

ALMA MATER STUDIORUM – UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

**DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE
CICLO XXXII**

SETTORE CONCORSUALE: 12/A1

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE: IUS/01

TITOLO TESI

**LE NUOVE FORME DI GENITORIALITÀ TRA VINCOLI BIOLOGICI, VERITÀ
LEGALE E LEGAMI AFFETTIVI**

PRESENTATA DA:

DILETTA GIUNCHEDI

COORDINATORE DOTTORATO

SUPERVISORE

CHIAR.MO PROF. ANDREA MORRONE

CHIAR.MO PROF. LUIGI BALESTRA

ESAME FINALE ANNO 2020

*A mia madre Marina,
che mi manca ogni giorno.*

INDICE

INTRODUZIONE	8
La frammentazione del procedimento procreativo e la moltiplicazione dei rapporti giuridici di genitorialità.	8
Capitolo I	15
Introduzione	16
1. Il modello ispiratore delle tecniche riproduttive: “ <i>imitatio naturae</i> ” e divieti. .21	
1.2. La fecondazione eterologa e le conseguenze della scissione tra genitorialità genetica e genitorialità legale.	24
1.3 Il diritto alla procreazione e alla genitorialità: le esclusioni (omogenitorialità e monogenitorialità).....	31
1.3.1. Diritto alla genitorialità e diritto alla procreazione.....	35
1.3.2. Libertà riproduttiva tra diritto alla procreazione e diritto all'interruzione della gravidanza.....	38
1.3.3. Diritto alla genitorialità e limiti della capacità procreativa.	41
1.4. La procreazione assistita <i>post mortem</i> tra responsabilità procreativa e <i>favor veritatis</i>	44
1.4.1. Gli aspiranti genitori devono essere entrambi viventi.	44
1.4.2. Lo stato giuridico del figlio nato da procreazione <i>post mortem</i> nato da coppia coniugata.....	48
1.4.3. Lo stato giuridico del figlio nato da procreazione <i>post mortem</i> da coppia non coniugata.....	51
1.4.4. Il recente orientamento della giurisprudenza di merito tra aperture e reticenze.	57
1.4.5. La Cassazione e la valorizzazione dell'elemento volontaristico.	62
1.4.6. Il valore del consenso nella procreazione <i>post mortem</i>	63
1.4.7. L'interesse del minore tra principio di verità e diritto alla bigenitorialità..	64
2. Il valore e la natura del consenso espresso in sede di accesso al trattamento di procreazione medicalmente assistita.....	68
2.1. La (ir)revocabilità del consenso.....	72
2.2. Lo <i>status</i> giuridico del figlio nato da PMA.	75
2.2.1. Il coordinamento con la disciplina civilistica e le problematiche causate dalla formazione dello stato giuridico.	78
3. <i>Mater semper certa (non) est</i>	83
Premessa: la decostruzione della maternità.	83
3.1. La definizione di "madre" nella normativa codicistica: la rilevanza legale di un evento biologico.....	88
3.2. La PMA e la disgregazione dell'unitario concetto di maternità: <i>mother, maternity and matherhood</i>	90
3.3. Il divieto di anonimato materno e il <i>favor stabilitatis</i>	91

3.4. Il caso dello scambio di embrioni: il legame biologico prevale sul rapporto genetico.....	95
3.4.1 La vicenda giudiziaria del caso dell’Ospedale Pertini.....	96
3.4.2. Il giudizio di merito.	99
3.4.3. La maternità gestazionale nella analisi della pronuncia.	101
3.4.4. Riflessioni <i>ex latere patris</i> e in merito alla disciplina del disconoscimento della paternità.....	105
3.4.5. Alcune perplessità.....	107
3.5 Two mothers and a limited father nell’esperienza inglese.	109
3.5.1. Human Fertilization Embriology Act.	109
3.5.2. La “presunzione di maternità” in <i>married and partnership lesbian couple</i>	112
3.5.3. <i>The agreed female parenthood condition</i> : uno <i>status</i> genitoriale fondato sul solo consenso.	117
3.5.4 Il problema definitorio del “ <i>second parent</i> ” e la disciplina della crisi matrimoniale nella normativa inglese.....	120
3.6. La pratica vietata: maternità surrogata (<i>rinvio</i>).	125
3.7. La co-maternità alla luce della recente giurisprudenza italiana. Premessa...	130
3.7.1. Trascrizione degli atti di nascita formati all’estero di figli nati da due madri in presenza e in assenza del legame biologico e/o genetico.	136
3.7.2. Riconoscimento del figlio nato in Italia a seguito di PMA eterologa conclusa all’estero.	144
3.7.2.1. La genitorialità omosessuale alla luce del quadro normativo interno. ...	148
3.7.2.2. Un’interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata della legge 40/2004.....	151
3.7.2.3. Il consenso: un’anticipata formazione dello stato di figlio?.....	154
3.7.2.4. Lo <i>status</i> giuridico del figlio nato in Italia a seguito di PMA eterologa all’estero e il superiore interesse del minore.	155
3.7.2.5 Il riconoscimento e l’attribuzione del doppio cognome materno.	158
4. La frammentazione della figura paterna: il vincolo legale privo di legame genetico.....	159
4.1. Il consenso informato e l’accesso alla procedura procreativa.	163
4.2. Il limite al diritto di revoca: la fecondazione dell’embrione.	163
4.2.1. Il diritto di revoca e il superiore interesse del minore.	166
4.2.2. L’analisi giurisprudenziale della revoca “tardiva”.	167
4.3. Il divieto di disconoscimento e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità: preclusione e anticipazione.....	171
4.3.1. La legittimazione del nato da PMA a conoscere le proprie origini.	174
4.4. Dalla paternità per presunzione alla genitorialità per decisione.	176
5. Il ruolo del donatore e della donatrice.	178

5.1. La disciplina dell’anonimato del donatore e della donatrice.	178
5.1. L’anonimato del donatore e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini.	179
5.3. La figura del “ <i>known donor</i> ” e l’emergente figura del “ <i>limited father</i> ”	186
5.4. La normativa inglese del Mitochondrial Replacement Therapy.....	191
Capitolo II	193
Introduzione	193
1. Introduzione alla maternità surrogata nel diritto inglese tra analisi comparatistica e prospettiva de iure condendo.	196
2.Surrogacy Arrangement Act.	199
3.Parental Order.	201
3.1. I requisiti.	201
3.2. Il contenuto negoziale e il divieto di <i>surrogacy arrangments on commercial basis</i> . <i>Commercial arrangements</i> conclusi all’estero.	204
3.3. L’interpretazione estensiva del termine di 6 mesi richiesto per l’ottenimento dell’ordine parentale.	208
3.4. In caso di inottemperanza delle obbligazioni insorgenti dal <i>surrogacy agreement</i> : le controversie insorgenti tra gestante e genitori committenti.	209
4. La trascrizione degli atti di nascita e l’attribuzione della genitorialità al vaglio della giurisprudenza italiana.	210
4.1. L’ordine pubblico internazionale e il limite all’accesso alla omogenitorialità.	210
4.2. La trascrizione dell’atto di nascita concesso dalla Corte d’appello di Trento: un tentativo di apertura respinto.	212
4.3. L’ordinanza di remissione in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite: la definizione di ordine pubblico.	215
4.4. Le Sezioni Unite e la Cedu: la maternità surrogata tra ordine pubblico, <i>favor veritatis</i> e dignità della maternità.....	216
4.4.1. L’antefatto: i provvedimenti canadesi e il rifiuto dell’ufficiale di stato civile.	219
4.4.2. L’ordine pubblico internazionale e la natura imperativa del divieto di maternità surrogata.	221
4.4.3. La circolazione dello <i>status filiationis</i> e l’ordine pubblico attenuato.	223
4.4.4. La maternità surrogata tra <i>favor stabilitatis</i> e genitorialità intenzionale.	227
4.4.5. L’affievolimento del <i>favor stabilitatis</i> e la prevalenza del <i>favor veritatis</i>	235
4.4.6. Lo <i>status</i> giuridico del figlio tra genitorialità genetica e genitorialità intenzionale: il ricorso all’istituto dell’adozione.	238
4.5. Criticità e fragilità della soluzione delle Sezioni Unite.	240
Capitolo III	243
Introduzione	243

1. Il genitore sociale e l'omoaffettività.....	249
2. Il genitore sociale e il genitore intenzionale: convergenze ed divergenze.	253
3.I rapporti significativi con la <i>ex partner</i> della madre biologica e l'applicazione dell'art. 333 c.c.	255
3.1. Alcune riflessioni e perplessità.	260
4. Il ricorso all'adozione in casi particolari <i>ex art. 44 lett. d) l. n. 183/1984.</i>	263
4.1. Omogenitorialità e adozione legittimante. Riflessioni in attesa delle Sezioni Unite.	268
4.2. Adozione legittimante e il requisito della diversità di sesso.....	270
4.3. Soluzioni possibili	271
5. La genitorialità sociale e gli istituti che la governano in UK.	273
5.1. Le tipologie di genitorialità sociale.	275
5.1.1. Guardianship.....	276
5.1.2. Foster parents.....	279
5.1.3. Those who treat a child as “a child of the family”.....	280
5.1.4. La responsabilità genitoriale tra <i>step parent</i> e genitore biologico.....	281
5.1.5. Others caring for the child.	283
6. Possibili soluzioni alle lacune normative e futuri argomenti di ricerca.....	283
6.1. Il <i>best interest of the child</i> quale criterio di qualificazione e attribuzione della genitorialità.	283
6.2. Nuovi criteri di attribuzione del rapporto di genitorialità: tra condivisione del progetto genitoriale e assenza di legami biologici. Il <i>functional parentig</i>	285
6.3. La proposta radicale: dissoluzione del concetto <i>parentage</i> ed esercizio condiviso della responsabilità genitoriale.....	288
6.4. Autonomia contrattuale e disponibilità dello <i>status</i> genitoriale.	289
Bibliografia	299
Giurisprudenza.....	332
Abstract.....	Errore. Il segnalibro non è definito.
Abstract (English version)	Errore. Il segnalibro non è definito.
Attività dottorali svolte	Errore. Il segnalibro non è definito.

INTRODUZIONE

La frammentazione del procedimento procreativo e la moltiplicazione dei rapporti giuridici di genitorialità.

“*What is a parent?*” si chiedeva Andrew Bainham in una famosa opera di fine anni novanta¹: la domanda, tutt’altro che retorica, pone in luce e in dubbio la consistenza e la coerenza delle definizioni tradizionali di maternità e paternità, nonché di famiglia, alla luce del moltiplicarsi dei modelli familiari e dello svilupparsi delle tecniche riproduttive.

L’accresciuta sensibilità giuridica alle esigenze sociali ha condotto ad una progressiva evoluzione del diritto di famiglia, compulsando la giurisprudenza prima e il legislatore poi a concedere una veste giuridica conoscere a legami sentimentali la cui morfologia non aderiva al modello familiare definita quale “società naturale fondata sul matrimonio”, cristallizzata dal dettato costituzionale dell’art. 29 Cost.. Le recenti novelle hanno portato ad affiancare alla struttura tradizionale eterosessuale ad una pluralità di modelli familiari dalle geometrie variabili.

Alla luce della normativa vigente infatti l’orientamento sessuale e il tipo di impegno che ci si vuole assumere nel contesto privato rappresentano elementi di caratterizzazione del tipo di unione prescelto. Possiamo annoverare infatti il matrimonio, quale forma istituzionale e ancora in parte favorita dall’ordinamento, l’unione civile tra persone dello stesso sesso (artt. 1-35 l. n. 76/2016) e le convivenze di fatto composte da persone di sesso diverso e uguale, nelle forme previste dall’art. 1 commi 36 e seguenti della legge n. 76/2016, o spontanee, che trovano invece soluzioni extra-normative.

Contestualmente la mancanza di solidità e di stabilità dei legami affettivi ha permesso l’insorgere di un altro tipo di destrutturazione: nell’instabilità sentimentale è stato necessario individuare un nucleo duro immutabile e

¹ Bainham, *What's a parent? A socio-legal analysis*, London, 1999.

indifferente alla volatilità delle relazioni sentimentali da cui insorge: ossia a presenza di figli e dunque il rapporto di filiazione. Quest'ultimo è diventato dunque un contenuto minimo della formazione sociale, uno statuto riservato alla conservazione dei rapporti verticali tra genitori e figli.

Il procedimento di scissione tra la vita sentimentale e il legame con i figli ha veicolato la rafforzata idea secondo cui la famiglia è dove c'è procreazione: è necessariamente consequenziale ritenere che il rapporto genitoriale, ma più strettamente procreativo, sembra dunque rappresentare il nucleo fondante, o, meglio, il sintagma minimo costitutivo e caratterizzante la comunità familiare.

In questa prospettiva di progressiva frammentazione dell'unitarietà del modello familiare e genitoriale, lo scioglimento del vincolo sentimentale, il numero crescente di unioni che un soggetto può avere nel corso della vita e l'evoluzione delle tecniche procreative ha dunque portato ad una ulteriore conseguenza: la sempre più frequente difformità tra il vincolo giuridico, il legame biologico e il rapporto affettivo tra i genitori – o più genericamente coloro che a vario titolo esercitano la responsabilità genitoriale – e i figli o minori conviventi.

A tal riguardo, appare opportuno sottolineare che le discrasie e le rotture non sono questione nuova del diritto di famiglia: la frattura del binomio tra legame genitoriale e rapporto giuridico ha, a vario titolo, occupato i giusfamiliaristi, i sociologi e i politici, che hanno giustificato la predominanza di un determinato format familiare in ragione di una pluralità di fattori sociali, culturali e giuridici, nel tentativo di distillare un modello che fosse rappresentativo del “comune sentire” storicamente determinabile.

La rilevanza riservata alla famiglia legittima fondata sul matrimonio e l'esigenza di tutelarne l'unitarietà giustificava ad esempio la vigenza di una disciplina stringente e difficilmente accessibile in merito alla rimozione dello *status* di filiazione; tale struttura normativa assicurava al padre una discendenza legittima, sacrificando l'eventuale disallineamento con il dato biologico.

Per il momento basti ricordare che il sistema è stato poi progressivamente modificato per mano della giurisprudenza e del legislatore, culminando nella riforma di unificazione dello stato di filiazione. A titolo esemplificativo, si pensi ai

termini prescrizionali, di 5 anni decorrenti dalla nascita del figlio, previsti per il padre e per la madre ai sensi dei Capi dal II a V, del Titolo VII, del Libro primo del codice civile, così come riformati dal d.lgs. n. 154/2013.

Appare, in questo contesto, evidente l'intenzione legislativa di sacrificare il principio di verità e l'esigenza dei genitori di far emergere la sussistenza della divergenza biologica rispetto al legame giuridico genitoriale, favorendo così la stabilità dello *status filiationis* e l'autonomia del figlio a conoscere le proprie origini, concedendogli un illimitato diritto ad agire in giudizio.

L'evoluzione delle ricerche genetiche hanno poi permesso un più facile accesso alla verità genetica, determinando una tendenziale inutilità dell'intricato sistema di presunzioni vigenti e promuovendo un maggiore interesse circa la prevalenza del principio di verità. La progressiva preferenza accordata alla corrispondenza del dato biologico a quello giuridico ha trovato giustificazione nella condivisa opinione secondo cui il principio di verità garantisca un migliore soddisfacimento dell'interesse del minore ad avere uno status giuridico conforme al proprio corredo genetico. Coincidenza che presuppone necessariamente la presunta maggior idoneità ed adeguatezza dei progenitori genetici a svolgere la funzione educativa genitoriale.

Aderendo ad un'idea di frammentazione più che di fluidità della figura genitoriale², il progetto di ricerca si sviluppa idealmente seguendo una tripartizione, mutuata dalla letteratura giuridica inglese e non suscettibile di una fedele traduzione letterale: (1) *parentage*, (2) *parenthood* e (3) *parental responsibility*.

Il primo termine evidenzia il rapporto biologico e genetico intercorrente tra genitore e figlio, qualificante e caratterizzante l'archetipo della madre gestante e del padre genetico, che in caso di PMA possono essere sostituiti, per quanto concerne l'apporto genetico da donatrice e donatore anonimi e giuridicamente estranei al nascituro.

In questa prospettiva, i progenitori sono coloro che hanno generato il nato e che condividono con lo stesso il medesimo patrimonio genetico. È facilmente

² Tesi sostenuta da A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017.

intuibile la rilevanza e l'incidenza del legame di sangue non solo per i genitori, che possono così vantare una discendenza, ma soprattutto per i nati che hanno la possibilità di conoscere e definire la propria identità personale e genetica, fermo restando che è stato già da tempo affermato che le condizioni fisiche del concepimento e della nascita non hanno alcuna diretta influenza sull'attaccamento emotivo del figlio ai genitori³.

Il rapporto “naturale”, come anticipato, conosce una distinzione al suo interno tra apporto genetico, più frequentemente per motivi fisiologici e giuridici individualizzante il rapporto paterno, e legame gestazionale, riservato alla donna.

La genitorialità gestazionale invece definisce il vincolo privilegiato che si crea durante la gravidanza: la donna che ha partorito è giuridicamente la madre del nato. Quest'ultima regola, vigente sia nell'ordinamento inglese che italiano e che verrà approfondita nel prossimo capitolo, affonda la sua ancestrale origine nei 9 mesi di gravidanza, ma può essere posta in dubbio in considerazione della facoltà di disconoscere la maternità, concessa solo in Italia, per tramite della facoltà della partoriente di non essere nominata, oppure nel caso in cui la gestante sia una madre surrogata, la quale non ha intenzione di essere o di essere trattata come genitore.

In ragione però dell'introduzione nell'evento naturalistico del concepimento di alcune varianti, quali l'apporto genetico di un donatore o di una donatrice o la pratica della gestazione per altri, ci si deve chiedere quale sia il significato da attribuire al concetto e alla definizione di *natural parent*, nozione che incarna ed evoca la preminenza e l'esclusività del legame di sangue, che le tecniche moderne e gli accordi di gestazione surrogata hanno alterato. L'alterazione del patrimonio genetico non solo pone in dubbio la morfologia e la struttura del genitore biologico, ma altresì apre alla problematica del diritto all'identità genetica e alla conoscenza delle origini del figlio. Vi è infatti da domandarsi fino a che punto la conoscenza delle circostanze del proprio concepimento e la rivelazione delle informazioni circa un donatore anonimo privo di intenzione genitoriale possano equipararsi al

³ Goldstein, Freud, Solnit, *Beyond the best interest of the child*, London, 1979, p. 17.

soddisfacimento del diritto a conoscere il legame genetico e a soddisfare dunque quel desiderio di appartenenza che tale intimo vincolo esprime.

Il secondo concetto, quello di *parenthood*, appare essere più ampio, in quanto include i rapporti genitoriali che hanno ottenuto un legale riconoscimento: si potrebbe affermare che esso riassume tutti i rapporti che la legge, prescindendo dalla matrice originaria del vincolo, qualifica come genitoriali, in forza ed in conformità della normativa vigente in materia di attribuzione dello *status filiationis* previsto, nell'ordinamento italiano, dalla disciplina codicistica, dalla legge sull'adozione e dall'art. 8 e 9 della l. n. 40/2004.

Infine, la *parental responsibility*, in gran parte assimilabile all'istituto della responsabilità genitoriale adottata dal diritto italiano a seguito della riforma che ha portato all'unificazione dello stato di figlio nel 2012/2013⁴, raccoglie gli obblighi e i doveri che gravano su chi ha ottenuto lo stato giuridico genitoriale e che sono assunti di fatto da chi si trovi in una posizione di prossimità privilegiata con il minore, come potrebbe essere il o la *partner* del genitore biologico, compendiabile in via di prima approssimazione nella figura del genitore sociale.

La genitorialità sociale ha assunto rilevanza in giurisprudenza e in dottrina e scaturisce da una attenzione e cura quotidiana delle esigenze e dei bisogni del minore, in termini non solo di sostegno materiale ma altresì affettivo. Solo attraverso una condizione di fatto perpetrata nel tempo un adulto in contatto con il minore può diventare un “psychological parent”⁵.

Dinanzi alla possibilità di scomporre e frammentare il procedimento procreativo e, conseguentemente, la figura genitoriale e le obbligazioni da essa insorgenti, l'interprete si deve porre la domanda se le definizioni di madre e padre e i criteri di attribuzione dello *status* genitoriale siano ancora paradigmatici della realtà contemporanea.

In via di prima approssimazione, occorre sottolineare che i criteri vigenti di attribuzione dello status genitoriale sono stati modellati dalla tradizione giuridica al

⁴ Lenti, *Dalla responsabilità genitoriale alla responsabilità genitoriale*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 375 ss.

⁵ Goldstein, Freud, Solnit, *Beyond the best interest of the child*, London, 1979, p. 17 ss.

fine di aderire ad un procedimento procreativo e ad una figura genitoriale, materna e paterna, unitari: essi sono difatti intimamente connessi alla sussistenza o alla presunzione di esistenza del legame biologico tra genitori e figli.

La problematica, non solo definitoria ma giuridica e sociale, assume inoltre una portata più ampia se si considera il fenomeno circolatorio che coinvolge i provvedimenti recanti rapporti di genitorialità insorti da pratiche vietate dall'ordinamento interno, quali la maternità surrogata, la PMA tra persone dello stesso sesso, *post mortem* e di single conclusi all'estero e di cui viene richiesto il riconoscimento nell'ordinamento nazionale.

Le istanze avanzate agli ufficiali di stato civile e alle corti nazionali richiedono infatti di accogliere e riconoscere *status* e rapporti familiari legittimamente formatisi all'estero, ma che si pongono in una posizione di estraneità e difformità rispetto alla normativa ordinaria vigente, scontrandosi non solo con i divieti posti dalla legge n. 40/2004 e dalla legge n. 76/2016, avendo quest'ultima precluso l'accesso alle procedure adottive alle coppie dello stesso sesso e avendo altresì escluso il rinvio alla disciplina della filiazione, ma altresì con un vuoto normativo del sistema internazionalprivatistico italiano.

La questione coinvolge dunque la determinazione dei confini della discrezionalità legislativa ma ancor più la sindacabilità dei provvedimenti dinanzi al limite dell'ordine pubblico internazionale, quale confine interno posto a tutela del principio di legalità, della conformità e dell'omogeneità dell'ordinamento interno.

In tale prospettiva e a prescindere dall'esito del vaglio di compatibilità, avanza l'esigenza di trovare una collocazione a detti rapporti nel sistema sociale e giuridico e di individuare uno strumento giuridico ragionevole ed idoneo che fornisca una veste formale ai rapporti di filiazione insorgenti dalle sopraddette pratiche riproduttive.

Le Corti superiori italiane si mostrano infatti consapevoli della necessità di salvaguardare il superiore interesse del minore, a mantenere stabile il proprio nucleo familiare, a non essere privati del sostentamento economico e affettivo e

altresì di non subire alterazioni che pregiudicherebbero i rapporti formati tra lo stesso e i genitori.

Capitolo I

La scomposizione della figura parentale e la PMA: la genitorialità biologica e genetica.

“Amico, tu ed io rimarremo estranei alla vita, e l'uno all'altro, e ciascuno a se stesso, fino al giorno in cui tu parlerai e io ascolterò credendo di ascoltare la mia voce”.

Kahlil Gibran

Sommario: Introduzione. - 1. Il modello ispiratore delle tecniche riproduttive: “*imitatio naturae*” e divieti. - 1.1. L’infertilità e la sterilità tra interventi additivi e interpretazioni estensive. La caduta dell’ “ultima irragionevolezza”. - 1.2. La fecondazione eterologa e le conseguenze della scissione tra genitorialità genetica e genitorialità legale. - 1.3. Il diritto alla procreazione e alla genitorialità: le esclusioni (omogenitorialità e monogenitorialità). - 1.3.1. Diritto alla genitorialità e diritto alla procreazione. - 1.3.2. Libertà riproduttiva tra diritto alla procreazione e diritto all’interruzione della gravidanza. - 1.3.3. Diritto alla genitorialità e limiti della capacità procreativa. - 1.4. La procreazione assistita *post mortem* tra responsabilità procreativa e *favor veritatis*. - 1.4.1. Gli aspiranti genitori devono essere entrambi viventi. - 1.4.2. Lo stato giuridico del figlio nato da procreazione *post mortem* nato da coppia coniugata. - 1.4.3. Lo stato giuridico del figlio nato da procreazione *post mortem* da coppia non coniugata. - 1.4.4. Il recente orientamento della giurisprudenza di merito tra aperture e reticenze. - 1.4.5. La Cassazione e la valorizzazione dell’elemento volontaristico. - 1.4.6. Il valore del consenso nella procreazione *post mortem*. - 1.4.7. L’interesse del minore tra principio di verità e diritto alla bigenitorialità. - 2. Il valore e la natura del consenso espresso in sede di accesso al trattamento di procreazione medicalmente assistita. - 2.1. La (ir)revocabilità del consenso. - 2.2. Lo *status* giuridico del figlio nato da PMA. - 2.2.1. Il coordinamento con la disciplina civilistica e le problematiche causate dalla formazione dello stato giuridico. - 3. *Mater semper certa (non) est*. - Premessa: la decostruzione della maternità. - 3.1. La definizione di “madre” nella normativa codicistica: la rilevanza legale di un evento biologico. - 3.2. La PMA e la disgregazione dell’unitario concetto di maternità: *mother, maternity and matherhood*. - 3.3. Il divieto di anonimato materno e il *favor stabilitatis*. - 3.4. Il caso dello scambio di embrioni: il legame biologico prevale sul rapporto genetico.

- 3.4.1. La vicenda giudiziaria del caso dell'Ospedale Pertini. - 3.4.2. Il giudizio di merito. - 3.4.3. La maternità gestazionale nella analisi della pronuncia. - 3.4.4. Riflessioni *ex latere patris* e in merito alla disciplina del disconoscimento della paternità. - 3.4.5. Alcune perplessità. - 3.5 *Two mothers and a limited father* nell'esperienza inglese. - 3.5.1. *Human Fertilization Embriology Act.*- 3.5.2. La "presunzione di maternità" in *married and partnership lesbian couple*. - 3.5.3. *The agreed female parenthood condition*: uno status genitoriale fondato sul solo consenso. - 3.5.4. Il problema definitorio del "second parent" e la disciplina della crisi matrimoniale nella normativa inglese. - 3.6. La pratica vietata: maternità surrogata (*rinvio*). - 3.7. La co-maternità alla luce della recente giurisprudenza italiana. Premessa. - 3.7.1. Trascrizione degli atti di nascita formati all'estero di figli nati da due madri in presenza e in assenza del legame biologico e/o genetico. - 3.7.2. Riconoscimento del figlio nato in Italia a seguito di PMA eterologa conclusa all'estero. - 3.7.2.1. La genitorialità omosessuale alla luce del quadro normativo interno. - 3.7.2.2. Un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata della legge 40/2004. - 3.7.2.3. Il consenso: un'anticipata formazione dello stato di figlio? - 3.7.2.4. Lo status giuridico del figlio nato in Italia a seguito di PMA eterologa all'estero e il superiore interesse del minore. - 3.7.2.5. Il riconoscimento e l'attribuzione del doppio cognome materno. - 4. La frammentazione della figura paterna: il vincolo legale privo di legame genetico. - 4.1. Il consenso informato e l'accesso alla procedura procreativa. - 4.2. Il limite al diritto di revoca: la fecondazione dell'embrione. - 4.2.1. Il diritto di revoca e il superiore interesse del minore. - 4.2.2. L'analisi giurisprudenziale della revoca "tardiva". - 4.3. Il divieto di disconoscimento e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità: preclusione e anticipazione. - 4.3.1. Il diritto del nato da PMA a conoscere le proprie origini. - 4.4. Dalla paternità per presunzione alla genitorialità per decisione. - 5. Il ruolo del donatore e della donatrice. - 5.1. La disciplina dell'anonimato del donatore e della donatrice. - 5.2. L'anonimato del donatore e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini. - 5.3. La figura del "known donor" e l'emergente figura del "limited father". - 5.4. La normativa inglese del *Mitochondrial Replacement Therapy*.

Introduzione

Antonio Cicu introduceva il volume dedicato alla Filiazione, del Trattato Vassalli affermando che "non vi è coincidenza piena fra il fatto naturale della

filiazione e il rapporto giuridico di filiazione. La procreazione non sempre dà luogo ad un rapporto giuridico di filiazione"⁶.

L'insegnamento del Maestro, impartito in un contesto giuridico e sociale in cui la famiglia fondata sul matrimonio rappresentava l'unica forma legittima di aggregazione, perseguiva l'intento di distinguere e dunque diversificare la condizione dei figli nati nel matrimonio e quelli nati fuori di esso: la condizione giuridica dei secondi non poteva infatti essere equiparata a quella dei primi, a rischio di svalutare e di minare la solidità del legame familiare matrimoniale.

Il mutato contesto, non solo sociale ma soprattutto giuridico e scientifico, stimola l'interprete contemporaneo a trarre un ulteriore e rinnovato significato dall'insegnamento del Maestro. Il vincolo legale e il legame procreativo, che è opportuno distinguere tra rapporto genetico e gestazionale, non sono necessariamente coincidenti; il figlio adottato, così come quello nato da pratica di PMA eterologa, presentano caratteri genetici difforni rispetto al loro *status filiationis*.

In questo mutato contesto trova conferma l'assunto di Cicu secondo cui "dalla procreazione non discende necessariamente il vincolo giuridico di genitorialità".

La discrasia tra verità legale e legame biologico nel rapporto di filiazione era conosciuta dall'ordinamento prima dell'introduzione della legge 40/2004 e la caduta del divieto di fecondazione eterologa, quale conseguenza dell'istituto dell'adozione, procedimento giurisdizionale che conferisce la possibilità di offrire

⁶ Cicu, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, III, 2, Torino, 1939, p. 9. L'Autore non illustra solamente la "sacralità" della famiglia fondata sul matrimonio, ma dipinge uno scenario socio-giuridico articolato: una comunità familiare istituzionalizzata e gerarchicamente organizzata in cui lo *status* giuridico (in questo caso di filiazione e di genitorialità) non "ha solo un significato generico di condizione giuridica", ma designa una specifica e particolare posizione che il soggetto detiene come "membro di un tutto organico". In argomento si v. anche Id., *Il concetto di «status»*, in *Studi giuridici in onore di Simoncelli*, Napoli, 1917, p. 59 ss; Lenti, *Status* (sez. civ.), in *Dig. dir. priv.*, XIX, Torino, 1999, p. 29 ss; Sicchiero, *Possesso di stato* (sez. civ.), in *Dig. dir. priv.*, XIV, 1996, p. 41 ss; Santoro Passarelli, *Status familiae*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 421; Robles, *Paternità* (ricerca biologica della) (sez. civ.), in *Dig. dir. priv.*, Agg. XI, Torino, 2018, p. 371; Dogliotti, *Famiglia di fatto* (sez. civ.), in *Dig. dir. priv.*, VIII, Torino, 1992, p. 188 ss; Grassetti, *Diritto di famiglia* (sez. civ.), in *Dig. dir. priv.*, VI, Torino, 1990, p. 192; Corasaniti, *Stato delle persone* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 948 ss; Spadafora, *Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 1092.

al minore in stato di abbandono una famiglia, permettendo la formazione di rapporti genitoriali non supportati dal vincolo di sangue.

La finalità solidaristica e la tutela del diritto del figlio ad avere una famiglia⁷ giustificano sia l'intervento statale nella struttura familiare che si mostri essere luogo idoneo alla cura e all'educazione del minore, sia la deroga al generale principio di coincidenza tra verità legale ed identità biologica.

L'introduzione della legge 19 febbraio 2004 n. 40⁸ e soprattutto i successivi interventi abrogativi avvenuti per mano della Corte Costituzionale hanno alterato il modello genitoriale, interferendo sulla struttura relazionale e sulla morfologia della figura materna e paterna⁹; hanno infatti avviato un procedimento di progressiva

⁷ Il titolo "Diritto del minore ad una famiglia" della legge L. 4 maggio 1983, n. 184 è stato modificato dall'art. 1, L. 28 marzo 2001, n. 149.

⁸ Per una ricostruzione dei lavori preparatori si v. Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3660. In materia si v. anche R. Villani, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 281; Sesta, *L. 19 febbraio 2004, n. 40, artt. 1-11*, in *Codice dell'unione civile e convivenze*, a cura di Sesta, Milano, 2017, p. 1965; Gorassini, voce *Procreazione* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 944 ss. Tra i primi commentatori della disciplina, si v. Busnelli, *Procreazione artificiale: una giurisprudenza "in trincea"*, in *Studi in onore di Majello*, Napoli, 2005, p. 281 ss.; id., *Procreazione artificiale e filiazione adottiva*, in Tomassini (a cura di), *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare. Atti del Convegno di studi (Copanello, 28-29 settembre 2001)*, Torino, 2003, p. 46 ss.; Borsellino, *Considerazioni filosofiche-giuridiche in margine ad una legge da rifare*, in Celotto e Zanon (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, p. 87 ss.; Canestrari, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 411 ss.; Celotto, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili di costituzionalità*, in AA.VV., *La fecondazione assistita. Riflessione di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, p. 59 ss.; D'Avack, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 793 ss.; Dogliotti, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 117 ss.; Dogliotti, Figone, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti e linee di tendenza*, Milano, 2004; Ferrando, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 810 ss.; Frosini, *Così cala l'ombra dell'illegittimità*, in *Guida al dir.*, 2004, 3, p. 48 ss.; Sesta, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1405 ss.; Camassa, Casonato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005; Martini, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006.

⁹ Ai fini di garantire una chiara esposizione dell'ambito di indagine, appare opportuno precisare che l'assunto si focalizza sull'attribuzione dello *status filiationis* che sia frutto di un procedimento giurisdizionale o inquadrabile in una categoria *ab origine* disciplinata. Si escludono consapevolmente i casi in cui il rapporto legale-biologico sia divergente a causa della

perdita di centralità del principio del *favor veritatis*, inteso quale esigenza e preferenza di coincidenza tra stato legale e rapporto biologico.

Come giustamente è stato osservato “con l’ingresso della procreazione medicalmente assistita si attiva un collegamento della filiazione alla scelta della persona, anche indipendentemente dai vincoli della genetica”¹⁰.

Il Legislatore del 2004 ha perseguito l’intento di fornire una regolamentazione organica¹¹, la quale si è rilevata essere maggiormente proibizionista rispetto a quella previgente, assumendo che fosse possibile ricostruirne una. Infatti, sebbene sia opinione comune ritenere che prima del 2004 si configurasse un “*far west* procreativo”, dovuto all’assenza di una disciplina organica in materia, appare preferibile accogliere la ricostruzione di chi, al contrario, individuava nei codici deontologici o nelle circolari ministeriali quelle disposizioni che l’intervento normativo ha in parte riorganizzato¹².

Ciononostante, attenta dottrina ha constatato che l’intervento riformatore ha promosso il passaggio da un contesto di tendenziale libertà procreativa ad uno

decadenza dei termini per azionare gli strumenti giurisdizionali al fine di rimuovere lo *status* “non veridico”. Tale osservazione, a seguito della riforma della filiazione del 2012-2013, assume rilevanze prevalentemente per i genitori, in quanto al figlio è concessa l’imprescrittibilità dei rimedi giudiziari, rendendolo così “padrone” delle sorti della propria identità e unico legittimato ad esercitare un’azione che realizzi il diritto a conoscere le proprie origini.

¹⁰ Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 14; Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 154, ove l’A. affermava che “la legislazione ordinaria, almeno nei sistemi con la costituzione rigida, non può imporre limitazioni a tale diritto, e che spetta esclusivamente all’interessato la scelta del modo e del momento di procreare”.

¹¹ Per una ricostruzione dell’inquadramento giurisprudenziale e dottrinale previgente all’intervento normativo si v. Fortino (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita, Atti al convegno internazionale di Messina 13-14 dicembre 2002 aggiornati con le sentenze della Corte costituzionale sull’ammissibilità dei referendum abrogativi della l. n. 40/2004 corredate da commento*, Torino, 2002; i contributi di Rodotà, Perlingieri, C.M. Bianca, Zatti, Rossi Carleo, Dogliotti, S. Patti, in Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989; Mori, *La fecondazione artificiale. Una nuova forma di riproduzione umana*, Roma-Bari, 1995.

¹² Contrario alla definizione di “*far west* procreativo” per il periodo antecedente all’intervento legislativo: Salanito, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell’interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1360. Egli ricorda che il codice deontologico (art. 42 della versione del 1998) regolava i requisiti soggettivi per cui erano ammesse alla tecnica solo le coppie sposate o conviventi, composte da soggetti maggiorenni, viventi, di sesso diverso e potenzialmente fertili e altresì esprimeva le medesime finalità tecniche, che il legislatore ha adottato nella normativa in commento.

invece caratterizzato da divieti significativamente restrittivi¹³, predisponendo le condizioni che avrebbe condotto ai necessari interventi della Corte costituzionale e altresì al sempre più frequente fenomeno del turismo procreativo, i cui effetti occupano sempre più frequentemente le Corti nazionali e comunitarie.

La volontà sottesa all'intervento riformatore del 2004 era quella di elaborare una disciplina riservata ai trattamenti procreativi che non provocasse un disallineamento tra la genitorialità genetica e legale, preservando un modello "naturale" di concepimento.

A tale esigenza, ispirata al principio dell'*imitatio naturae*, risponde il combinato disposto degli artt. 5, 8, 9 della l. n. 40/2004, che stabiliscono i requisiti soggettivi degli aspiranti genitori, modellati sulla coppia, coniugata o convivente, di sesso diverso. Si disponeva inoltre il divieto di fecondazione eterologa, regolando contestualmente la disciplina da applicarsi in caso di violazione dello stesso. Si assicurava così un sistema normativa che promuovesse il mantenimento del momento procreativo all'interno della coppia e dunque della famiglia.

Appare dunque evidente come la struttura normativa, sino a qui brevemente delineata, conduce a due evidenti conseguenze discriminatorie: l'esclusione dal trattamento riproduttivo degli aspiranti genitori affetti da infertilità talmente grave da richiedere l'utilizzo di materiale genetico di soggetti terzi e delle coppie dello stesso sesso e delle persone single, ai quali tutt'oggi è inibita la possibilità di avere una famiglia che comprenda anche i figli.

Per volontà del legislatore, dunque, l'introduzione della normativa in materia di PMA non avrebbe dovuto alterare il modello familiare tradizionale e l'archetipo della genitorialità "monogama"¹⁴ e eterosessuale.

Gli interventi abrogatori giurisprudenziali stimolano altresì l'interprete a domandarsi fino a che punto le modifiche apportate alla legge n. 40/2004 abbiano

¹³ Sesta, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1405 ss.

¹⁴ Si conceda l'uso improprio del termine che, in questo contesto, mira ad enfatizzare la volontà legislativa a mantenere il momento fecondativo espressione di un rapporto bilaterale e, soprattutto, esclusivo tra uomo e donna.

influenzato la natura e la struttura dello schema normativo e del modello genitoriale suggerito.

L'estensione dei requisiti d'accesso, così come l'ammissione di pratiche eterologhe prima vietate modificano la struttura dell'impianto normativo e l'interpretazione delle disposizioni, originariamente connotate per i caratteri restrittivi e di cui sembrano invece esserne mutati i pilastri fondanti.

Alla luce di tali modifiche, sembra necessario provvedere a più approfondite riflessioni sia circa la natura della pratica assistita, oltretutto all'esistenza e al significato del diritto alla genitorialità e del diritto alla procreazione.

1. Il modello ispiratore delle tecniche riproduttive: “*imitatio naturae*” e divieti.

1.1. L'infertilità e la sterilità tra interventi additivi e interpretazioni estensive. La caduta dell' “ultima irragionevolezza”¹⁵.

L'intervento normativo dedicato alla procreazione medicalmente assistita è stato dettato dalla necessità di colmare la carenza di una organica e coordinata disciplina in materia¹⁶. Come anticipato, contrariamente a chi ritiene che prima dell'intervento del 2004 i trattamenti riproduttivi non conoscessero alcuna regolamentazione, appare più convincente accogliere la ricostruzione di chi ha escluso la sussistenza di una lacuna legislativa, potendosi infatti ricostruire e

¹⁵ Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *costituzionalismo.it*, 2015, 2.

¹⁶ Interessanti le riflessioni di Zambrano, *La fecondazione assistita e il mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica*, in Stanzione, Sciancalepore, *Procreazione assistita commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 293 ss., in part. p. 299, ove afferma che "l'accresciuta consapevolezza della centralità della persona umana e dell'importanza che riveste la tutela della sua dignità impone, *omissis*, di andare alla ricerca di soluzioni che, pur pensate per colmare una lacuna legislativa, siano altresì razionali oltre che essere espressione di intrinseca coerenza."

Ancora, Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1360. L'Autore evidenzia come l'assenza di una disciplina organica non provocava uno stato di “vuoto legislativo”, ma la regolamentazione si traeva da una pluralità e complementarietà di fonti secondarie, rinnegando così l'intervento legislativo “liberticida”.

desumere alcune disposizioni o indicazioni di indirizzo da un articolato complesso eterogeneo di fonti tra cui linee guida, circolari ministeriali e codici deontologici medici.

Ciononostante la mancanza di un sistema normativo coerente comportava necessariamente la produzione di soluzioni giurisprudenziali significativamente eterogenee e difformi.

La legge n. 40/2004 si pone quale obiettivo la risoluzione dei riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, consentendo il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito (art. 1).

Il ricorso alle tecniche di PMA assume dunque un carattere residuale, in quanto è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate, documentate da atto medico, nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata (art. 4, comma 1).

L'infertilità e la sterilità rappresentano il presupposto fisiologico che giustifica l'accesso alle suddette pratiche: tale impostazione suggerisce che la riproduzione assistita sia una soluzione medico-terapeutica ad un *deficit* connesso alla riproduttività biologica e che, conseguentemente, non sia espressione e conseguenza di una libera scelta riproduttiva dei componenti della coppia.

L'art. 5, recante la disciplina dei requisiti soggettivi dei richiedenti, stabilisce che “fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”.

L'analisi dei requisiti permette di individuare una duplicità di presupposti.

In primo luogo appare evidente quale tipologia di coppia venga preferita e quale modello familiare si cerchi di promuovere, ossia la famiglia eterosessuale fondata sul matrimonio o sulla convivenza, trovando ispirazione dunque dal medesimo principio di *imitatio naturae*, che governa la disciplina dell'adozione.

Così come evidenziata da illustre dottrina “si può dire che le attitudini restrittive mettono ancora l’accento sulla funzione riproduttiva come monopolio della coppia, offrendo a questa soltanto la possibilità di ricorrere alle tecnologie della riproduzione”¹⁷.

In secondo luogo, la fecondazione artificiale è un peculiare trattamento medico-riproduttivo sostitutivo della riproduzione naturale, ma al quel è possibile accedere solo al ricorrere delle condizioni e dei requisiti prescritti dalla legge.

Da ciò dovrebbe dunque conseguire che la disciplina riservata alla PMA non conosce un'autonomia, ma vive e si dispiega nelle lacune della riproduzione naturale e attinge altresì dalla regolamentazione codicistica prevista in materia di attribuzione della filiazione frutto di un concepimento “naturale”.

Lo scenario normativo sembra però mutare in considerazione della dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, l. n. 40/2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della L. 22 maggio 1978, n. 194, accertate da apposite strutture pubbliche. In tale prospettiva si estende infatti l’accessibilità a coppie fertili ma impossibilitati per altre ragioni a concepire¹⁸.

¹⁷ Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 159.

¹⁸ Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *costituzionalismo.it*, 2015, 2, con nota di Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 382 ss., con nota di Ferrando, *Come d'autunno gli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*; in *Diritto&Giustizia* 2015, 11 giugno; in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 5; in *Foro it.*, 2015, I, c. 2250, con commento di Casaburi; in *Giur. cost.*, 2015, p. 789, con nota di Iadicicco, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto in attesa del doveroso intervento del legislatore*; ibidem, p. 797, di Iannuzzi, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1457, con nota di Vallini, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*. Si v. anche Scia, *Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2012.

Per ragioni di chiarezza espositiva, preme a chi scrive evidenziare che si è consapevoli che il sopracitato intervento sia successivo alla caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa, ma tale ordine non cronologico si adatta maggiormente alle esigenze espositive.

La Corte afferma infatti che “la normativa denunciata costituisce *..omissis..* il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento - ed è lesiva del diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria - nella parte in cui non consente, e dunque esclude, che, nel quadro di disciplina della legge in esame, possano ricorrere alla PMA le coppie affette da patologie siffatte, adeguatamente accertate”¹⁹.

L'intervento ha perseguito l'intento di eliminare il trattamento discriminatorio tra coloro affetti da sterilità e infertilità medicalmente diagnosticate o diagnosticabili e coloro che al contrario, seppur non affetti da patologie invalidanti, ai fini della procreazione presentano alcune affezioni trasmissibili al feto, e che perciò rimanevano esclusi dalla normativa.

Alla luce di tale regolamentazione che produceva un trattamento ingiustamente differenziato, il giudice delle leggi ha provveduto ad estendere la facoltà d'accesso anche a soggetti che, seppur potenzialmente fertili, non potessero procedere ad una procreazione naturale.

L'equiparazione realizzata dalla Corte permette però di affermare la tendenziale irrilevanza del presupposto dell'infertilità, aprendo ipoteticamente l'accesso anche a coppie fertili, sebbene non affette da malattie.

1.2. La fecondazione eterologa e le conseguenze della scissione tra genitorialità genetica e genitorialità legale.

¹⁹ Si ricorda inoltre che la Corte di Strasburgo aveva già condannato l'Italia per il trattamento discriminatorio insorgente dalla disciplina in commento. Si v. Corte di Strasburgo del 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ove si denuncia " l'incoerenza del sistema legislativo italiano che ... non consente alle coppie portatrici di patologie geneticamente trasmissibili di accedere alla PMA". Per un commento, si v. Tripodina, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa et Pavan vs Italia)*, in *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2013, p. 923 ss.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa²⁰, riconducendo la materia "a ragionevolezza".

La pronuncia rappresenta un passaggio cruciale ai fini della ricomposizione della disciplina sulla PMA non solo nella prospettiva della ridefinizione dei confini della genitorialità e dell'insorgere della distinzione tra genitorialità genetica e legale, ma altresì di una più generale riconsiderazione della normativa nel suo complesso.

Il divieto posto dall'art. 4, comma 3, della l. n. 40/2004 impediva alle coppie di accedere a trattamenti che richiedessero l'intervento di un soggetto estraneo, ossia un donatore o donatrice che fornisse il materiale genetico necessario alla fecondazione e dunque al concepimento²¹.

La preclusione conduceva dunque a impedire l'accesso alla procreazione a quelle coppie affette dalle più gravi forme di sterilità ed infertilità, ma sostanzialmente dagli effetti analoghi a coloro a cui invece il ricorso alle pratiche era concesso e quindi meritevole della medesima tutela.

²⁰ Per una nota critica a questa sentenza, Tripodina, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2593; Imarisio, Tripodina, *La giustizia secondo la Corte. Un confronto e un esperimento mentale sulla giurisprudenza costituzionale in materia di matrimonio omosessuale e fecondazione eterologa*, in *Democrazia e diritto*, 2015, 1, p. 119 ss.; Salanito, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1360-1361, osserva come gli interventi della Corte abbiano dato vita ad una vicenda circolare, riconducendo a quanto praticato prima dell'emanazione della legge.

Si ricorda che il termine eterologo sarebbe di base scorretto in quanto riferibile in ambito scientifico all'unione di due generi, quindi sarebbe preferibile utilizzare il termine esogamico. Per uniformità alle scelte normative si prosegue però a riferirsi alla procreazione eterologa. Si v. Mastropaolo, *Ingegneria genetica* (sez. civ.), in *Dig. dir. priv.*, Agg., 2011, p. 478; Lorenzetti, *Maternità surrogata (nello stesso)* (sez. civ.), in *Dig. dir. priv.*, Agg., 2011, p. 615.

²¹ È bene ricordare che in epoca antecedente l'intervento legislativo, la pratica della fecondazione eterologa era comunemente praticata, prevedendo inoltre l'attribuzione dello *status* di figlio dei coniugi o conviventi che avevano acconsentito al trattamento. La giurisprudenza aveva inoltre già riconosciuto l'operatività del divieto di disconoscimento della paternità, risolvendo il conflitto in favore della stabilità dello *status filiationis*. In giurisprudenza, si v. Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 233, con nota di Sesta, *Fecondazione assistita: la cassazione anticipa il legislatore*.

Cfr. Salanito, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, 2016, p. 3688.

La conseguenza del divieto era il trattamento ingiustamente discriminatorio di soggetti che sebbene affetti da patologie differenti erano gravati da una impossibilità riproduttiva.

Ciononostante la legittimità del divieto veniva motivato in ragione del latente timore che l'apertura alla tecnica eterologa conducesse a derive eugenetiche ed inoltre in considerazione della confusione e incertezza circa l'identità genetica del figlio nato da tale pratica, che sarebbe stato esposto a gravi pregiudizi alla tutela del diritto all'identità personale e del diritto a conoscere le proprie origini²².

Sotto differente prospettiva, appariva centrale altresì alla permanenza del divieto di PMA eterologa la qualificazione della natura del trattamento procreativo artificiale. È stato fatto notare che la procedura assistita è definita dall'art. 1 l. n. 40/2004, quale trattamento terapeutico, finalizzato alla risoluzione di una affezione riproduttiva e della conseguente sterilità: non sarebbe dunque corretto ritenere che il ricorso alla PMA possa essere espressione di una mera scelta personale, ma una "necessità" terapeutica alla rimozione dei *deficit* fisici e utile alla realizzazione del progetto di diventare genitori²³.

In questa prospettiva, vi è chi però ha escluso che il trattamento eterologo debba essere incluso dal novero delle terapie mediche, ritenendo che il trattamento eterologo non possa essere considerato terapeutico, qualificazione che può essere attribuito solo a quei trattamenti che ripristinano le funzioni dello stesso individuo, e non che bypassando la limitazione e offrendo un'alternativa.

²² La q.l.c. era stata sollevata sull'onda della prima sentenza della Corte Europea di Strasburgo, si v. *S. H. and others v. Austria*, 1° aprile 2010, (n. 57813/00), in *Fam. e dir.*, 2010, p. 977; in *Giur. it.*, 2011, p. 776. In questa sentenza, la Corte afferma che il diritto all'accesso alle tecniche procreative assistite rientra nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata e familiare e, conseguentemente, sono considerati discriminatori, ai sensi dell'art. 14 Cedu, i limiti che privi di motivazioni ragionevoli precludono l'accesso alle stesse. La decisione della Cedu non è stata accolta dalla successiva pronuncia della *Grande Chambre* (*S.H. and others c. Austria*, 3 novembre 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 224, con nota di Murgo), la quale ha ritenuto che il divieto di fecondazione eterologa disposta dalle normative nazionali non debba considerarsi in contrasto con i diritti tutelati dalla Cedu, in quanto espressione della discrezionale valutazione riservata ai singoli Stati: il bilanciamento effettuato dagli Stati è da ritenersi dunque corretto, purché non produca risultati irragionevoli.

²³ Mengarelli, *Prefazione. Cosa è successo alla legge 40 dopo la sentenza n. 151. Un esempio di invecchiamento precoce*, in *La cicogna e il codice. Fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, a cura di D'Amico, Alesso, Clara, Milano, 2010, p. 37.

Ciononostante, la Corte costituzionale²⁴ ha ritenuto le argomentazioni insufficienti a giustificare la permanenza del divieto nell'ordinamento. La motivazione, criticata da alcuni per l'assenza di chiarezza espositiva e per carenza di linearità²⁵, si concentra su una duplice prospettiva: da un lato la valorizzazione del principio di autodeterminazione e sul diritto alla salute mentre, dall'altro, la necessità di un bilanciamento ragionevole degli interessi coinvolti, ossia il diritto alla genitorialità e il diritto personale del nato alla a conoscere la propria identità genetica e le proprie origini²⁶.

Particolare attenzione, inoltre, viene riposta nell'effetto terapeutico della tecnica procreativa eterologa nei confronti del malessere psicofisico provocato dall'incapacità o dagli insuccessi affrontati nei tentavi di procreazione.

Ai fini della ricerca, appare interessante soffermarsi sull'analisi condotta dalla Corte in merito alla “scelta di diventare genitori e di formare una famiglia”, intesa quale libertà di autodeterminarsi, concernente la sfera privata e familiare.

In tale prospettiva, si afferma che il “diritto alla genitorialità”²⁷ non è privo di limitazioni, che possono costituire un limite assoluto qualora si accerti la violazione di altro diritto di pari livello: “la determinazione ad avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può essere incoercibile”.

²⁴ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 753 ss., con nota di Carbone, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1068 ss, con nota di Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, con nota di Ead., *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; in *Studium iuris*, 2014, p. 1243 ss., con nota di R. Villani, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*; in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 831 ss., con nota di Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*. Si v. anche Salanito, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1316.

²⁵ Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *costituzionalismo.it*, 2015, 2.

²⁶ Salanito, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1361.

²⁷ Rinvio § 1.3.

È inoltre opportuno riflettere circa la complementarità della tutela offerta dalla Carta costituzionale e dalla Convenzione dei diritti dell'uomo, offrendo quest'ultima garanzia non solo al diritto a sposarsi ma altresì al diritto ad avere una famiglia, nel quale è chiaramente assorbito quello di avere dei figli²⁸ (art. 12 Cedu), a sua volta inoltre garantito anche dal diritto alla vita privata e familiare (art. 8 Cedu).

Meno flessibile potrebbe sembrare la nozione di famiglia costituzionalmente definita e tutelata, modellata e definita dalla definizione di “società naturale fondata sul matrimonio”.

Ciononostante si può affermare che la lettura della Carta costituzionale sostiene la filiazione predisponendo forme di tutela alle famiglie numerose e altresì promuove la tutela della filiazione anche se formatasi a seguito di procedimento adottivo.

Il bilanciamento e l'eventuale compressione e sacrificio delle posizioni giuridiche coinvolte riguarda dunque il diritto alle genitorialità e l'interesse del nascituro a conoscere le proprie origini. Il divieto rappresenta dunque una sorta di intromissione del potere pubblico nella intima sfera privata in cui si svolge la realizzazione di un progetto genitoriale²⁹.

Ragionando sul bilanciamento realizzato dalla Corte, deve essere osservato che il trattamento eterologo promuove e favorisce la nascita di una vita che senza tale procedura non sarebbe incominciata: si pone dunque *a latere*, o meglio si mette a tacere, il timore di abusi a fini eugenetici, in considerazione del necessario certificato medico di infertilità e sterilità assoluta e irreversibile, per poter accedere alle suddette pratiche, ed altresì si esclude che la mancanza di coincidenza tra origini genetiche del nato, non coincidenti con lo *status* legale, possa arrecare pregiudizio alla serenità psicologica del minore.

Diversamente, il sindacato di ragionevolezza effettuato dalla Corte si muove sulla valutazione delle eventuali conseguenze nocive sulle condizioni psicologiche

²⁸ Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1070.

²⁹ Cfr. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 834.

del nato alla luce della conosciuta discrasia tra legame genetico e vincolo giuridico che lo lega ai genitori. Con le parole della Corte “l’unico interesse che si contrappone ai predetti beni costituzionali è, dunque, quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo, che, *omissis*, sarebbe leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica.”

Il parallelismo appare necessario e immediato: la PMA e l’adozione. L’ordinamento italiano offre e promuove il ricorso alla procedura adottiva ogniqualvolta un minore verta in stato di abbandono. I presupposti e la funzione appaiono apparentemente divergenti o quanto meno alternativi: l’adozione infatti nasce con la funzione primaria di fornire una famiglia al minore bisognoso di cura e di tutela, mentre al contrario la procedura procreativa ambisce al soddisfacimento della volontà dell’adulto a concepire un figlio.

Nonostante le strutturali diversità, i due istituti evidenziano che la provenienza genetica non costituisce né un elemento irrinunciabile, né esclusivo fondante il rapporto genitoriale o la famiglia stessa. L’identità genetica e il condiviso patrimonio biologico non godono di copertura costituzionale e altresì possono conoscere una compressione qualora bilanciati con l’interesse superiore del minore.

Il ripudio della genitorialità, che contemplates l'utilizzo di gameti estranei la coppia, adottato dalla formulazione originaria della normativa della l. n. 40/2004 perseguiva in ultima analisi l’intento di conservare la sacralità del concepimento frutto dell’unione dell’uomo e della donna appartenente alla coppia, che “per quanto rispettabile *omissis* non ha alcun fondamento costituzionale e che non può essere imposto per legge a chi non la condivide”³⁰.

La scelta linguistica della Corte appare significativa e suggerisce alcune più approfondite riflessioni: la “genitorialità non naturale” che deve essere probabilmente intesa alla luce dell’esigenza espositiva di distinguere il rapporto insorgente da un procedimento procreativo che prevede l’unione di un uomo e di

³⁰ Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L’illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1074.

una donna, da quello che invece necessita non solo di un intervento medico ma altresì del contributo genetico di un soggetto estraneo alla coppia. Il significato sotteso a tale formulazione è più intenso e significativo, colto da chi ha definito il divieto di eterologa l'“emblema dell'ideologia punitiva”.

La sconoscenza del "tabù naturalistico"³¹, che si concretizza nell'accettazione della non necessaria “naturalità” della generazione umana e la conseguente apertura dell'ordinamento alla procedura eterologa, ha condotto a conseguenze cruciali sia sotto un profilo interno, che sotto un profilo esterno.

Si può osservare da un lato l'ingresso di un soggetto estraneo alla coppia nel procedimento procreativo, ipotizzandosi situazioni che vedono un massimo di 4 “progenitori” – due donatori, una gestante e un genitore intenzionale, biologicamente non connesso al nascituro -, mentre dall'altro permette la “fuoriuscita” del concepimento dalla coppia e dalla famiglia³².

Appare opportuno provvedere ad una chiarificazione: il bilanciamento offerto dalla Corte non coinvolge la valutazione dell'interesse del minore all'attribuzione e alla stabilità dello *status filiationis*, garantito dalla disposizione dell'art. 9 l. n. 40/2004 ed in conformità all'insegnamento della giurisprudenza di legittimità. Già prima dell'intervento caducatorio, la norma, disponendo la disciplina da applicarsi in caso di violazione del divieto di PMA eterologa, imponeva il divieto di disconoscimento della paternità, di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità e di anonimato materno, già anticipato dalla giurisprudenza di legittimità. Alla luce di tale considerazione, assume una funzione fondamentale la volontà

³¹ Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 834. Sul punto esprime parere contrario Faraoni, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002, p. 71 che ritiene che la "procreazione senza sessualità" non abbia modificato la "naturalità" degli eventi, probabilmente riferendosi all'evento gestazionale che non è infatti modificato. Sulla stessa linea pare altresì Zambrano, *La fecondazione assistita e il mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica*, in Stanzione, Sciancalepore, *Procreazione assistita commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 293 ss., in part. p. 303, nella parte in cui mira a minare quello che definisce il "il falso dilemma dell'artificialità v. naturalità".

³² Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 834, ove osserva altresì che la “esternalizzazione tecnica” del concepimento e l'intervento di un professionista rende più effettivo un impedimento legale che altrimenti sarebbe difficilmente esercitabile.

espressa dai coniugi o dai conviventi che, acconsentendo alla pratica fecondativa, saranno poi chiamati ad assumersi la responsabilità per il nato.

Si giunge dunque alla consapevolezza che l'artificialità di alcune fasi della procedura riproduttiva non diminuisce il valore dell'atto generativo e la libertà personale rappresentata dalla scelta di avere dei figli attinente alla sfera della vita privata.

1.3 Il diritto alla procreazione e alla genitorialità: le esclusioni (omogenitorialità e monogenitorialità).

Alla luce del testo normativo risultante a seguito degli interventi della Corte e dunque di un mutato contesto giuridico, si potrebbe proporre una rilettura in chiave evolutiva dello stesso, tesa alla valorizzazione del diritto alla procreazione, della tutela alla salute psichica e del diritto all'autodeterminazione.

Tale correzione prospettica potrebbe persino condurre a ritenere illegittimo il divieto di accesso ai *single*, alle coppie non più in età fertile e alle coppie omosessuali, che subiscono la irragionevole compressione del diritto ad avere una famiglia, comprensiva di figli, e la lesione dei diritti della personalità connessi all'estrinsecazione della stessa.

Al fine di argomentare e sostenere questa tesi, è necessario inclinare il piano e adottare un differente punto prospettico: da un lato, si dovrebbe declinare il diritto all'autodeterminazione nel duplice significato di diritto alla procreazione e diritto alla genitorialità, abbracciando l'assunto secondo cui il fatto che il diritto soggettivo, in questo caso ad essere genitori, possa conoscere bilanciamento con altri diritti di pari rango, non ne modifica la natura nonché la cogenza³³.

Dall'altro si dovrebbe inoltre assumere che il ricorso alla PMA non si configuri quale una prestazione sanitaria terapeutica (né obbligatoria), bensì il risultato di una libera scelta alternativa alla procreazione naturale. Si presuppone

³³ Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1361 ss.

dunque che la libertà procreativa, quale attribuzione agli individui di fare le proprie scelte riproduttive quale celebrazione della libertà per come l'hanno scelta³⁴.

Ciononostante, entrambi gli interventi sopracitati della Corte costituzionale e i conseguenti effetti estensivi, i giudici hanno confermato la legittimità del dettato normativo ed hanno dunque ritenuto ragionevole la permanenza dei requisiti soggettivi³⁵ prescritti all'art. 5 della l. n. 40/2004.

Da ultimo infatti la Corte costituzionale³⁶ ha ritenuto infondata la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Pordenone, seguito dal Tribunale di Bolzano, che ha ritenuto la violazione costituzionale, "in riferimento agli artt. 2, 3, 31, secondo comma, 32, primo comma, e 117, primo comma, della Costituzione - quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con L. 4 agosto 1955, n. 848 - degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10, della L. 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui, rispettivamente, limitano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole "coppie ... di sesso diverso" e sanzionano, di riflesso, chiunque applichi tali tecniche "a coppie ... composte da soggetti dello stesso sesso"³⁷.

³⁴ Alghrani, Harris, *Reproductive liberty: should the foundation of families be regulated*, in *Child & Family Law Quarterly*, 2006, 18, p. 210.

³⁵ Si ricorda che il Trib. di Bolzano, 3 gennaio 2019 aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale relativa alla violazione dell'art. 3 Cost. della legge 40/2004 nella parte in cui impediva l'accesso alla PMA alle coppie dello stesso sesso. Ancora in attesa del deposito della pronuncia, l'Ufficio stampa della Corte ha comunicato (18 giugno 2019) che "La Corte costituzionale si è riunita oggi in camera di consiglio per discutere le questioni sollevate dai Tribunali di Pordenone e di Bolzano sulla legittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004 là dove vieta alle coppie omosessuali di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. In attesa del deposito della sentenza, l'Ufficio stampa della Corte fa sapere che al termine della discussione le questioni sono state dichiarate non fondate. La Corte ha ritenuto che le disposizioni censurate non siano in contrasto con i principi costituzionali invocati dai due Tribunali". Si v. Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 24 ottobre, con nota di Marino, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla procreazione assistita non viola la Costituzione*; in *Guida al diritto*, 2020, 2, 36, con nota di Buffone, *Su temi etici e morali il legislatore mantiene ampia discrezionalità*.

Al contrario, in data, in data 27 settembre il Parlamento francese ha votato a favore della PMA per le donne sigle e le coppie lesbiche.

³⁶ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

³⁷ Trib. Pordenone, 2 luglio 2018, in *Dejure*; seguito poi da Trib. Bolzano, 3 gennaio 2019, in *Dejure*.

Ad opinione del giudice remittente, il divieto di accesso alla PMA, stabilito nei confronti delle coppie omosessuali, e la correlata previsione di sanzioni nei confronti del personale medico e delle strutture che non lo rispettino si porrebbero in contrasto, anzitutto, con l'art. 2 Cost., in quanto non garantirebbero il diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo, sia come soggetto singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Le norme censurate violerebbero, altresì, l'art. 3 Cost., dando origine a disparità di trattamento basate sull'orientamento sessuale e sulle condizioni economiche dei cittadini.

Afferma il tribunale che “risulterebbe, infatti, irragionevole e "logicamente contraddittoria" la mancata inclusione delle coppie formate da persone dello stesso sesso tra i soggetti legittimati ad accedere alle tecniche in questione, le quali mirano precipuamente a favorire la soluzione dei problemi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”. Concentrandosi prevalentemente sulle coppie dello stesso sesso femminili, si sottolinea come anche si realizzi la violazione dell'art. 31, secondo comma, Cost., in forza del quale la Repubblica è chiamata a proteggere la maternità, favorendo gli istituti necessari a tale scopo, e l'art. 32, primo comma, Cost., in quanto - come rilevato dalla citata sentenza n. 162 del 2014 - il diritto alla salute, tutelato dal precetto costituzionale, deve ritenersi comprensivo della salute psichica, oltre che fisica, dovendosi desumere che l'impossibilità di realizzare un progetto genitoriale provochi una lesione della salute psichica della coppia.

La Corte costituzionale ha ritenuto però infondate la questione.

In primis, la Corte si concentra sulla funzione svolta dalla normativa: la legge n. 40 del 2004 configura, infatti, le tecniche riproduttive come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile: escludendo chiaramente, con ciò, che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del "desiderio di genitorialità" alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati. Nella specie, non vi è, d'altronde, alcuna incongruenza interna alla disciplina legislativa della materia, alla quale occorra por rimedio. Contrariamente a quanto mostrano di ritenere i giudici a quibus, l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e

irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

La seconda direttrice attiene alla struttura del nucleo familiare scaturente dalle tecniche in questione, argomentazione ostica per la Corte. La legge prevede, infatti, una serie di limitazioni di ordine soggettivo all'accesso alla PMA, alla cui radice si colloca il trasparente intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre.

L'ammissione alla PMA delle coppie omosessuali, conseguente al loro accoglimento, esigerebbe, infatti, la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive (oltre che con interrogativi particolarmente delicati quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili - in punto di diritto alla genitorialità - richiederebbe, come già accennato, che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata).

Sotto quest'ultimo profilo, come è stato fatto notare da attenta dottrina³⁸, l'argomentazione non appare convincente soprattutto da un punto di vista sistematico. Se si può affermare infatti che l'unione tra persone dello stesso sesso sia giuridicamente equiparabile ad una "famiglia", non si capisce dunque perché debba essere impedita la facoltà di procreare. Si consideri inoltre che la regolamentazione in materia di PMA è stata introdotta quando ancora non avevano trovato riconoscimento giuridico le unioni omosessuali e dunque non era possibile prevedere una disciplina che contemplasse un libero accesso anche alle coppie dello stesso sesso: con ciò dunque volendo sottolineare come l'intenzionalità del

³⁸ Buffone, *Su temi etici e morali il legislatore mantiene ampia discrezionalità*, in *Guida al diritto*, 2020, 2, p. 49.

legislatore del 2004 non possa essere determinante ai fini dell'esclusione dalla filiazione delle coppie dello stesso sesso.

Inoltre, la pronuncia affronta incidentalmente la distinzione tra le tecniche che dovrebbero essere intraprese dalle coppie omosessuali femminili e maschili; le seconde tramite surrogazione di maternità, fortemente osteggiata, e le prime tramite PMA eterologa, concessa invece alle coppie eterosessuali.

1.3.1. Diritto alla genitorialità e diritto alla procreazione.

L'evoluzione delle scienze riproduttive ha promosso l'insorgere di nuovi diritti, quale il "diritto ad essere genitore", il quale può essere inteso nella duplice valenza di diritto a procreare e di diritto alla genitorialità³⁹.

In questa prospettiva assume rilevanza l'analisi dei limiti che il legislatore ha posto all'accesso alle pratiche mediche e all'esercizio del diritto alla procreazione.

Si pone dunque il quesito se si possa distinguere l'esistenza del diritto alla genitorialità e alla procreazione, coerentemente alla scissione che è avvenuta in campo scientifico ove la procreazione non coincide necessariamente con la genitorialità.

Il diritto alla genitorialità viene prevalentemente inteso nel senso di diritto alla riproduzione naturale quale manifestazione e proiezione della personalità.

Diversamente, il diritto a procreare non trova una espressa menzione nell'ordinamento interno⁴⁰, ciononostante la copertura normativa può essere

³⁹ In merito alla complessa tematica dell'insorgenza di nuove tipologie di diritti così come della espansione dei limiti del corpo, intesa altresì come giuridificazione del corpo si v. l'analisi di Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 173, ove l'A. afferma che "Le tecnologie si presentano come strumenti che dilatano le dimensioni del corpo, ma esigono prezzi elevati" e si domanda "Dov'è il nuovo punto di equilibrio, qual è oggi il criterio per un accettabile bilanciamento degli interessi?". L'A. invita a riflettere criticamente: l'insorgere di una visione individualistica dei diritti personali non può essere intesa nei "limiti del relativismo che si sostituisce ai punti di riferimento fermi condivisi". La modificazione di tali valori non esprime cioè il predominio della "caparbia volontà", ma testimonia la fragilità e la rigidità che caratterizzano tali valori non resilienti al modificato contesto.

⁴⁰ È più corretto affermare che non è pacifica né condivisa la considerazione che sia legittimo affermare l'esistenza di un diritto a procreare. In argomento le riflessioni di Zambrano, *La fecondazione assistita e il mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica*, in

ricostruita sia alla luce della regolamentazione europea convenzionale e di alcuni atti comunitari, del diritto alla procreazione quale espressione del diritto alla autodeterminazione.

La tutela comunitaria si fonda sia sull'art. 12 Cedu, rubricato Diritto al matrimonio, ove si sancisce il diritto dell'uomo e della donna di sposarsi e di fondare una famiglia; sia sull'art. 8 Cedu, che, sebbene fornisca una generale tutela al diritto alla vita privata e familiare, è stato oggetto di una intensa attività interpretativa giurisprudenziale che ha condotto a fare rientrare nella sfera di copertura della norma anche il diritto ad avere un figlio, sia che il concepimento avvenga tramite incontro sessuale, sia mediante ricorso alla procreazione medicalmente assistita.

Tale soluzione interpretativa è stata formulata dalla Corte di Strasburgo, che ha dichiarato la violazione dell'art. 8 Cedu a fronte del negato accesso alle pratiche di fecondazione di una coppia, uno dei cui componenti detenuto in carcere, dichiarando che il diritto ad accedere al trattamento intimamente connesso al diritto alla espressione della personalità e della autodeterminazione non poteva subire compressione o sacrificio nemmeno a fronte dello stato di detenzione⁴¹.

Merita menzione anche la Raccomandazione del Consiglio d'Europa che precisa il diritto della coppia di decidere il numero e il tempo in cui avere dei figli⁴².

In una prospettiva di analisi del diritto interno, il diritto alla genitorialità, nel significato di diritto alla procreazione naturale, è ritenuto uno dei diritti fondamentali della persona tutelati dagli artt. 2, 29, 30, 31 Cost. Il diritto alla procreazione gode di tutela costituzionale non solo quale espressione del diritto dell'individuo alla manifestazione e alla estrinsecazione della personalità ed alla

Stanzione, Sciancalepore, *Procreazione assistita commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 293 ss., in part. p. 300, soprattutto in merito alla qualificazione del diritto a procreare quale diritto soggettivo o quale, ritenuto preferibile, interesse giuridicamente tutelato. Si v. anche Santosuosso, *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, p. 26; Campiglio, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003, p. 34, ove si affronta la problematica del diritto alla procreazione vista dalla prospettiva dei singoli soggetti coinvolti: la libertà riproduttiva della donna, il diritto ad una discendenza dell'uomo e diritto a conoscere le proprie origini del nato.

⁴¹ *Grande Chambre*, 4 dicembre 2007, *Dickson v. Uk*, ric.44362/04, in *www.echr.coe.int*.

⁴² Raccomandazione n. 675 del 1972.

libera autodeterminazione, ma altresì quale diritto personale che deve essere riconosciuto nelle formazioni sociali, ambienti preposti alla realizzazione della propria personalità⁴³.

Nonostante la copertura europea e costituzionale, appare però necessario svolgere una più approfondita analisi della regolamentazione che il legislatore nazionale ha riservato al diritto alla genitorialità nelle varie fasi del procedimento genitoriale: dall'accesso alla pratica, passando per la fecondazione e fino all'attribuzione dello *status*.

Gli elementi su cui deve essere posta l'attenzione sono, da un lato, la morfologia del diritto alla genitorialità, così come indicato e influenzato dall'introduzione della procreazione artificiale, soprattutto eterologa, al fine di vagliare la distinzione, suggerita da certa dottrina, tra diritto alla procreazione e libertà procreativa⁴⁴. Dall'altra, in una prospettiva sistematica, il coordinamento tra il diritto di autodeterminazione, il quale potrebbe giustificare una libertà procreativa priva di limiti, e la regolamentazione che disciplina lo svolgersi dello stesso, con particolare riferimento alla legge sull'aborto, sull'adozione e sulla procreazione medicalmente assistita, le quali impongono limitazioni atte a evitare arbitrarie decisioni in materia.

Si può dunque affermare che si debba escludere che l'esercizio del diritto alla genitorialità, sebbene goda di tutela costituzionale, di un ambito illimitato e che può essere governato dal libero imperio della volontà individuale, possa essere esercitato illimitatamente. Mutuando le parole della Consulta: “la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la l. n. 40 del 2004 sia appunto preordinata alla “tutela delle esigenze di procreazione”, da contemperare con ulteriori valori

⁴³ Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, II ed., Milano, 2013, p. 60; Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 35. In argomento si v. Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, 2018, p. 36; Mengarelli, *Prefazione. Cosa è successo alla legge 40 dopo la sentenza n. 151. Un esempio di invecchiamento precoce*, in *La cicogna e il codice. Fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, a cura di D'Amico, Alesso, Clara, Milano, 2010, p. 21.

⁴⁴ Distinzione ricostruita da Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, 2018, p. 38. In argomento, Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del convegno di Catania 7-8 giugno 2013*, a cura di Giuffrè, Nicotera, Napoli 2014, p. 132.

costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi”⁴⁵.

Il contenuto particolarmente sensibile ed eticamente rilevante rende l’esercizio del diritto oggetto di valutazione, riservata al legislatore, e suscettibile di bilanciamento che può condurre a compressione o sacrificio, qualora si trovi in contrasto con l’esigenza di tutela di una confliggente posizione giuridica che goda anch’essa di garanzia riservata ai diritti di rango superiore. In tale prospettiva, dunque il diritto ad essere genitori non è passibile di coercizione, ma al contempo deve essere positivamente definito entro confini normativi imposti⁴⁶.

1.3.2. Libertà riproduttiva tra diritto alla procreazione e diritto all'interruzione della gravidanza.

Appare dunque coerente ad una prospettiva liberale la disciplina recante la regolamentazione in materia di interruzione volontaria della gravidanza: la legge n. 194 del 1978 pone la maternità e la scelta della donna al centro dell’evento riproduttivo e afferma che lo Stato si impegna a garantire l’esercizio del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, ritenendo superiore l’interesse alla tutela della salute e il diritto di autodeterminazione della donna al diritto alla vita di un individuo ancora non esistente⁴⁷.

Lo schema normativo della legge sull’aborto è frutto di un compromesso, che come hanno notato i primi commentatori, non ha soddisfatto i contrapposti

⁴⁵ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2301.

⁴⁶ Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, 2018, p. 38.

⁴⁷ Ferri, *Tutela giuridica del nascituro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 34 ss., in part. p. 42 ove l’A. afferma che in epoca antecedente alla scelta di legalizzazione dell’aborto, la dottrina civilistica non aveva posto alcuna rilevanza giuridica e persino biologica al concepito. Insorge così per contrapposizione al diritto materno di interrompere la gravidanza la figura del nascituro quale centro di interessi, soggetto di diritti e quindi persona. F. ritiene che la legittimazione dell’aborto abbia non solo sconvolto la tradizione, ma che abbia creato una situazione di scoordinamento, di contraddittorietà. “Un sistema incoerente non può, alla lunga, reggere” (p. 48). Biscontini, *Interruzione della gravidanza e tutela della maternità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 5 ss.

schieramenti parlamentari⁴⁸. Le correnti che percorrono la disciplina abortiva hanno plasmato una regolamentazione mal bilanciata: il punto di equilibrio è stato raggiunto nell'evitare che la scelta abortiva della donna potesse essere espressione di un impulso volitivo privo di un meditato consulto; alla stessa esigenza, risponde l'apposizione di requisiti connessi allo stato di salute della donna o del nascituro, al fine di influenzarne, almeno in parte, la scelta.

Il dettato normativo pone il potere di scelta non tanto al diritto di autodeterminazione della donna, quanto più al potere certificativo del medico⁴⁹.

Prescindendo dall'analisi critica della legge, la disciplina richiamata sull'interruzione della gravidanza ha il merito di porre in discussione ed enfatizzare il valore di una scelta genitoriale consapevole e responsabile, evidenziando, sebbene in secondo piano, il diritto di autodeterminazione della donna gestante, non "condannata" alla maternità qualora per motivi di salute o economici non lo desidera. La Corte costituzionale ha provveduto a enfatizzare e ad avvalorare la tutela della madre rispetto all'embrione, i cui interessi devono ritenersi subordinati a quelli della donna, quale persona esistente⁵⁰.

Diverso contenuto, ma simile scelta tecnica e ideologica, si rinviene nella normativa dedicata alla PMA: una dottrina ha affermato che l'intervento normativo è dedicato all'"autoregolamentazione a procreare", espressione che mira ad enfatizzare il momento volontaristico del procedimento riproduttivo tramite procedure mediche e l'assunzione della responsabilità genitoriale⁵¹.

⁴⁸ Biscontini, *Interruzione della gravidanza e tutela della maternità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 5. L'A. afferma che nonostante l'intervento normativo, il dibattito in materia è lontano dal sopirsi: il compromesso raggiunto appare infatti inappagante e insoddisfacente per i due opposti schieramenti (cattolici e marxisti).

⁴⁹ Biscontini, *Interruzione della gravidanza e tutela della maternità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 9. Il potere di autodeterminazione della donna e la proclamata tutela della maternità ancora una volta si limita alla dichiarazione di principio che non trova poi sostegno nella elaborazione dottrinale e giurisprudenziale né concretizzazione nelle vicende quotidiane. La libertà femminile di gestire liberamente le proprie capacità riproduttive subisce il giudizio della valutazione sociale di stampo cattolico, antiabortista e patriarcale, oltretutto la compressione e il sacrificio, ritenendosi superiore l'interesse alla vita del concepito.

⁵⁰ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, p. 344; Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. it.*, 1997, p. 347 ss., con nota di Ruotolo, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale?*.

⁵¹ Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 37.

L'interpretazione che sta recentemente incontrando consenso, sia in dottrina che in giurisprudenza, qualifica la procreazione artificiale come procedura alternativa a quella naturale: non solo in ragione delle differenti modalità pratiche e gli strumenti medico-scientifici che portano al concepimento, ma soprattutto in considerazione della autonomia della disciplina di attribuzione della genitorialità rispetto alle disposizioni codicistiche.

La crescente adesione alla teoria che pone la volontà al centro del fenomeno procreativo trae origine dalla caducazione del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: che ha provocato una scissione tra genitorialità genetica e sociale, privilegiando la seconda sulla prima e, dunque, attribuendo alla volontà di realizzare un progetto genitoriale effetti determinanti ai fini dell'assegnazione degli *status* familiari⁵². Quest'ultima impostazione ha incontrato da ultimo l'avallo della Corte di cassazione che, ordinando l'applicabilità dell'art. 8 legge n. 40/2004 anche alla PMA *post mortem*, ha sancito la centralità del momento volontaristico e del progetto genitoriale condiviso dai richiedenti in sede di fecondazione assistita.

La PMA eterologa predispose le basi per l'insorgere di un nuovo percorso interpretativo-evolutivo che tende progressivamente a sgretolare il binomio tra diritto e diritto alla genitorialità, intesa quale diritto ad una discendenza genetica. Più precisamente, le implicazioni dello scollamento tra genetica e legalità modifica in radice la struttura e la matrice stessa del diritto a essere genitore, non più solo intesa quale esigenza di tramandare il proprio patrimonio genetico, imponendo una rivalutazione delle tutele e degli strumenti atti ad accertarne la tutela. Alla luce di tali considerazioni, le esigenze di tutela dell'embrione, risultato della combinazione di contributi provenienti da una pluralità di soggetti non tutti genitoriali in senso stretto, sono oggetto di rinnovato bilanciamento in rapporto agli interessi degli aspiranti genitori.

⁵² Recalcati, *Si fa presto a dire famiglia*, in *la.Repubblica.it*, 1 maggio 2016, ove si afferma che l'atto generativo, privo di assunzione di responsabilità, non è evento sufficiente a fondare la genitorialità. Si aggiunge che generare un figlio non significa essere madri e padri. È necessario sempre un "supplemento ultra biologico, estraneo alla natura, un atto simbolico, una assunzione etica di responsabilità". Lo psicanalista non rivolge le richiamate riflessioni in materia di distinzione tra concepimento naturale o medico, ma solleva e enfatizza la centralità della volontarietà, contribuendo a screditare la sacralità del legame genetico.

“La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può essere coercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch’essa attiene a questa sfera”⁵³.

Nonostante la ricostruzione illustrata sia estremamente convincente, oltre che condivisa da chi scrive, essa deve confrontarsi con l’intento normativo espresso dall’art. 1 della legge n. 40/2004 che sembra tracciare e suggerire un diverso e contrario inquadramento strutturale e sistematico. Lo scopo è infatti quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti da sterilità e infertilità umana, *deficit* riproduttivi che possono essere “curati” solo se vertano in capo a soggetti dotati dei requisiti richiesti al libero accesso alle pratiche, ossia di sesso diverso ed entrambi viventi.

Appare evidente che l’obiettivo della normativa sia dunque quello di rimuovere gli ostacoli fisiologici che si frappongono alla realizzazione del diritto alla genitorialità e alla creazione della famiglia. Lo schema normativo risponde dunque all’esigenza di fornire uno strumento terapeutico che elimini o, più precisamente, permetta di aggirare la patologia, al fine di garantire la realizzazione di un diritto fondamentale. L’interesse negativo perseguito è altresì quello di evitare che la libertà procreativa sia affidata alla libera autodeterminazione delle parti.

1.3.3. Diritto alla genitorialità e limiti della capacità procreativa.

La coerenza sistematica interna alla normativa inizia dunque a vacillare con l’avvento della procreazione eterologa, dinanzi alla scissione tra genitorialità genetica e sociale.

Le tecniche permettono di dividere la procreazione dell’essere genitore e suggeriscono lo spostamento di tutela dalla genitorialità alla capacità procreativa,

⁵³ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2301.

permettendo inoltre di bypassare l'incapacità, permettendo l'intervento di un terzo. In questo momento la PMA sembra cambiare o meglio estendere il bene oggetto di tutela: non è più solo terapeutico ma diventa autonomo, diviene anche tutela della genitorialità a prescindere dalla procreazione, a prescindere dalla genetica.

Se si assume infatti che il diritto di essere genitori sia passibile di sacrificio per il bene di un diverso diritto, ci si interroga quale sia il soggetto che trae vantaggio dall'esclusione all'accesso delle tecniche fecondative, strumento di concretizzazione del diritto alla genitorialità, delle coppie omosessuali e delle persone singole.

Alla luce dell'attuale scenario normativo, la genitorialità omosessuale non si può ritenere di per se stessa completamente preclusa alle coppie dello stesso sesso o ai *single*: dall'analisi della recente giurisprudenza di legittimità, appare lecito affermare *in primis* che l'orientamento sessuale della coppia genitoriale non possa essere considerata causa di pregiudizio per il minore e altresì che il rapporto omogenitoriale⁵⁴ sia meritevole di tutela anche qualora sia privo di fondamento genetico.

L'adozione in casi particolari concede, nelle condizioni previste dalla legge, la facoltà ai *single* di adottare e la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha individuato nella procedura prevista ai sensi dell'art. 44 lett. d) della legge sull'adozione il procedimento per ottenere la legittimazione della genitorialità intenzionale del secondo padre⁵⁵.

È necessario procedere ad una precisazione: l'obiezione che potrebbe essere posta a tale ricostruzione è chiaramente di natura teleologica, ossia la legge sull'adozione ed ancora più intensamente le fattispecie comprensive dei casi

⁵⁴ Sulla categoria della omogenitorialità si v. Ronfani, *L'omogenitorialità. Una categoria realizzata?*, in Bosisio, Ronfani, *Le famiglie omogenitoriali, Responsabilità, regole e diritti*, Roma, 2015, p. 43 ss., in part. p. 50 ove si analizzano le contrapposte motivazioni antropologiche che sostengono e oppongono la configurabilità della genitorialità omosessuale.

⁵⁵ Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 667, con nota di Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*; ivi, p. 677, con nota di Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Famiglia*, 2019, p. 369 ss.; con nota di M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*; in *Corr. giur.*, 2019, in corso di pubblicazione.

particolari sono finalizzate non al soddisfacimento dell'interesse individuale di diventare genitore, ma perseguono lo scopo di garantire ai minori una famiglia, qualora ne siano privi o qualora per motivi legati alle loro condizioni personali vertano in condizioni instabilità o precarietà.

Inoltre, le Sezioni unite hanno recentemente dichiarato che l'istituto dell'adozione è lo strumento idoneo ad offrire un rapporto di genitorialità legittimo ad un minore che sia legato da un rapporto di filiazione privo di legame genetico, insorto da maternità surrogata e dunque perseguendo il soddisfacimento il suo interesse al mantenimento di una stabilità affettiva.

Ciononostante l'intento della normativa sia chiara, il recente utilizzo dell'istituto dell'adozione perpetrato dalla giurisprudenza di legittimità ha suggerito che l'esigenza di colmare un vuoto affettivo e di cura del minore non sia l'unica esigenza perseguita.

Si aggiunga inoltre un'ulteriore riflessione: nella pronuncia che ha segnato il crollo del divieto di eterologa, il giudice costituzionale riconosce che il diritto ad avere una famiglia, e nel caso specifico ad avere dei figli, è espressione del principio di libertà e di autodeterminazione e perciò suscettibile di tutela costituzionale. Ciononostante ne delinea e ne tratteggia i confini, ritenendo che il diritto alla genitorialità non possa essere incoercibile e illimitato: esso deve innanzitutto essere espressione di un libero esercizio del potere legislativo espressione di un procedimento legislativo democratico, a cui è demandato il compito di bilanciare ed, eventualmente, limitare l'esercizio di tale diritto qualora esso provochi la lesione di un diritto di pari rango dei soggetti coinvolti nella procedura procreativa, con particolare attenzione per i figli concepiti.

La limitazione è dunque legittima qualora persegua l'esigenza di tutelare un diritto costituzionalmente garantito. Per quanto l'assunto in via di prima approssimazione possa non sollevare perplessità, la chiarezza dell'indicazione fornita vacilla alla luce di una considerazione: come è stato osservato, i timori circa la pregiudizialità del riconoscimento del rapporto di filiazione disancorato dal legame biologico sono proiettati al periodo successivo alla nascita del figlio. Il bilanciamento modellato e condotto in aderenza alle indicazioni fornite parrebbe

condurre ad una soluzione (quasi) obbligata: se si considera infatti che porre delle limitazioni all'espressione della volontà di avere una famiglia, intesa nella sua più ampia e profonda accezione di desiderio di procreare, significa necessariamente impedire la nascita di una nuova vita, si dovrebbe concludere che qualsiasi tipo di opposizione e ostruzionismo alla realizzazione di tale progetto dovrebbe essere considerata irragionevole e, dunque, illegittima.

1.4. La procreazione assistita *post mortem* tra responsabilità procreativa e *favor veritatis*.

1.4.1. Gli aspiranti genitori devono essere entrambi viventi.

La disciplina vigente riserva l'accesso alla PMA alle coppie i cui componenti siano entrambi viventi (art. 5, l. n. 40/2004), disposizione che è stata oggetto di critiche tese a rilevare la scarsa chiarezza e coerenza del divieto di PMA *post mortem*. La critica mossa al legislatore da questa dottrina è di aver posto divieti senza trattare le conseguenze in considerazione dell'assunto dell'art. 1 della l. n. 40/2004.

Occorre specificare che la definizione "procreazione *post mortem*" può intendere una pluralità di eterogenee circostanze, tra le quali si annovera il prelievo di seme da cadavere, l'utilizzo di seme donato da coniuge o *partner* morto prima della fecondazione e, inoltre, l'impianto di embrione nell'utero materno successivamente al decesso del *partner*.

Al contrario vi è chi limita il divieto al solo utilizzo del seme del non vivente, concedendo invece l'impianto dell'embrione già formato prima della morte del *partner*. Si deve infatti equipararsi quest'ultimo illustrato caso alla morte sopravvenuta dopo il concepimento naturale: "il tempo dell'impianto non può condizionare lo stato del nato da fecondazione tra soggetti viventi"⁵⁶. La medesima

⁵⁶ Oppo, *Vario diritto*, in *Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, p. 53.

soluzione è sostenuta per l'uso del seme dopo la morte. La certezza del legame deve garantire al nato lo stato conforme alla sua nascita.

In primo luogo, il requisito soggettivo prescritto all'art. 5, dispone che "l'applicazione delle tecniche sia permesso a soggetti ..omissis.. entrambi viventi"⁵⁷, è l'unico e indiretto riferimento che il legislatore dedica alla procreazione *post mortem*⁵⁸.

Occorre, infatti, evidenziare che il dettato normativo, esprimendosi in termini di "applicazione" delle tecniche, non offre una chiara indicazione circa il momento o il lasso di tempo in cui i richiedenti debbano essere entrambi in vita⁵⁹. Tale individuazione appare determinante soprattutto in considerazione dell'arco temporale in cui possono collocarsi la fecondazione e il concepimento, momenti del procedimento procreativo che la tecnica ha permesso di distanziare, anche in maniera significativa⁶⁰. A tal riguardo, sembra un'interpretazione convincente quella che distingue il caso in cui la morte del *partner* avvenga quando il procedimento fecondativo sia già avviato, da quello in cui invece si debba ancora procedere all'utilizzo di gameti maschili prelevati da cadavere o crioconservati⁶¹.

La premorienza avvenuta dopo la fecondazione sarebbe infatti irrilevante ai fini della procedura: da un lato occorre prendere in considerazione il divieto di soppressione degli embrioni (art. 12) con cui il divieto di PMA *post mortem* deve

⁵⁷ Opinione condivisa da Santosuosso, *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, 50, ove l'A. solleva una serie di perplessità: *in primis* circa il rischio biologico di una degenerazione del seme e in secondo luogo delle possibili difficoltà che incontrerebbe il figlio, una volta divenuto consapevole di essere "orfano fin dal concepimento" e magari di essere frutto del progetto genitoriale della sola madre.

⁵⁸ Naddeo, *Accesso alle pratiche*, in Stanzione, Sciancalepore, *Procreazione assistita commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 74 ss.

⁵⁹ R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 179.

⁶⁰ Argomentazione sostenuta da Santosuosso, *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Guida al dir.*, 3, p. 29 ss. Interessante la divisione in fasi della PMA illustrata da R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 180-181.

⁶¹ Sesta, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1405 ss., in part. 1409; Id., *L. 19 febbraio 2004, n. 40, artt. 1-11*, in *Codice dell'unione civile e convivenze*, a cura di Sesta, Milano, 2017, p. 1965.

necessariamente essere coordinato⁶²; dall'altro la revoca del consenso può essere legittimamente esercitata fino al momento della fecondazione. Ne consegue che qualsiasi evento successivo è da considerarsi irrilevante⁶³, salvo il difficile coordinamento con la disciplina di attribuzione dello stato di figlio sia matrimoniale che non e con la regolamentazione della disciplina successoria.

Ha emesso una ormai risalente ordinanza⁶⁴, compatibile con tale ricostruzione, il Tribunale di Palermo, che ha ritenuto illegittimo il rifiuto opposto dal centro medico alla richiesta della vedova di procedere ad un impianto, nonostante la morte sopravvenuta del marito e, quindi, ha ordinato il trasferimento in utero degli embrioni fecondati⁶⁵. Il diritto della vedova alla consegna e, dunque, all'impianto degli ovuli entro un anno dalla morte del marito era inoltre previsto dal disegno di legge elaborato dalla Commissione Busnelli⁶⁶, che attribuiva al nato lo

⁶² Espressione della tutela della vita umana fino dal momento della fecondazione.

⁶³ Tar Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Foro it.*, III, 2008, c. 207, ove si legge: “intervengono (...) sia l'articolo 14, comma 1, della predetta legge, che vieta la soppressione degli embrioni sia l'articolo 6, comma 3, che prevede l'inefficacia della revoca della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita dopo la fecondazione dell'ovulo sicché deve ritenersi che la presenza in vita del partner o meglio dei componenti la coppia sia richiesta soltanto prima dell'inizio della procedura.”

⁶⁴ In seguito alla richiesta avanzata dalla vedova ex art. 700 c.p.c.

⁶⁵ Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1654, con nota di Nivarra, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo nel metodo)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 225, con nota di Palmerini, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi*; in *Fam. e dir.*, 1999, 55 ss., con nota di Dogliotti, *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*. Nel caso di specie, verificatosi in epoca anteriore all'emanazione della normativa in materia, il giudice ha ritenuto la sussistenza del divieto di applicazione della PMA *post mortem* - previsto dal codice deontologico a cui la struttura aderiva - insufficiente a giustificare la frustrazione dell'aspirazione della vedova a portare a termine il progetto genitoriale, concordato con il marito, e ha considerato prevalente il diritto alla vita dell'embrione, piuttosto che il diritto ad avere una famiglia stabile e composta dalla doppia figura genitoriale. Si v. anche Dogliotti, *Inseminazione artificiale. Problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 417 ss, ove l'A. commenta la sentenza del *Tribunal de grande instance de Creteil* del 1 agosto 1984 che accoglie la richiesta sollevata dalla vedova di ottenere la restituzione di un'ampolla contenente il seme del marito defunto, che questi aveva depositato presso la clinica con lo specifico intento di riconsegnarla alla moglie per fini procreativi. *Contra* Trib. Bologna, 21 maggio 2015, in *Dejure*.

⁶⁶ art. 23, comma 6, della proposta della Commissione Busnelli consultabile in Baldini-Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, 542 ss. Nel 1995 fu istituita la Commissione presieduta dal Prof. Busnelli che approntò un disegno di legge (Norme in tema di bioetica con particolare riguardo alla fecondazione assistita), che non ebbe seguito. La commissione aveva previsto una regolamentazione anche in caso di premorienza della moglie, prevedendo che “il vedovo che abbia contratto nuovo matrimonio e il coniuge, possono chiedere l'impianto dell'embrione. Il nato assume lo stato di figlio legittimo della coppia”.

stato di figlio legittimo (secondo la disciplina vigente si direbbe "nato nel matrimonio")⁶⁷.

In via di prima approssimazione, si può quindi ritenere che il divieto di procreazione *post mortem* non sia normativamente così assoluto come potrebbe apparire: il valore attribuito al condiviso progetto genitoriale e alla manifestazione della volontà di assumersi la responsabilità procreativa manifestata in vita potrebbe permettere alla moglie sopravvissuta di proseguire nel trattamento⁶⁸, anche nel nostro ordinamento.

Occorre infine sottolineare che il trattamento sanzionatorio comminato in caso di violazione del divieto di procreazione *post mortem* appare meno gravoso di quello prescritto per altre fattispecie (si pensi al divieto di maternità surrogata la cui violazione è punita con la reclusione, oltre che una pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004). Sembra dunque suggerire che l'ordinamento attribuisca a tale violazione un minor disvalore.

La lacuna normativa⁶⁹ che reca maggiori difficoltà interpretative è la mancata previsione della disciplina dello stato giuridico da attribuire al figlio nato nonostante il divieto di PMA *post mortem*; il legislatore aveva al contrario previsto la normativa da applicarsi in caso di procreazione avvenuta in contrasto con il divieto di procreazione eterologa, prima dell'intervento demolitorio della Corte costituzionale.

⁶⁷ Posizione radicalmente contraria aveva assunto invece la Commissione presieduta nel 1986 da Santosuosso: all'art. 16, rubricata "Ipotesi di divieto", della seconda proposta "Norme sulla fecondazione artificiale umana e sul trattamento di gameti ed embrioni" si legge che "è vietata l'utilizzazione dei gameti dei coniugi, o di embrioni con essi realizzati, dopo la morte di un coniuge nonostante un suo eventuale consenso scritto, o pronunce di scioglimento e annullamento del matrimonio, nello stato di separazione legale o di fatto, nonché nel corso dei giudizi di scioglimento, annullamento o separazione". I testi della prima e della seconda proposta sono consultabile in *Giur. it.*, 1986, 2, IV, p. 61 ss. in part. p. 64.

⁶⁸ Santosuosso, *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Guida al dir.*, 2004, 3, p. 31.

⁶⁹ Rescigno, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 981 ss., in part. p. 983, ove affermava che sarebbe stato "preferibile il vuoto normativo ad una disciplina lacunosa e contraddittoria". Previsioni in attesa di modelli di regolamentazione, si v. Pocar, Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 1998, p. 205 ss.; Piccinini, *Il genitore e lo status di figlio nel diritto di famiglia italiano*, Milano, 1999, p. 169 ss.

1.4.2. Lo stato giuridico del figlio nato da procreazione *post mortem* nato da coppia coniugata.

Al fine di analizzare la tematica in esame appare centrale chiedersi quale sia il rapporto di filiazione insorgente da una procreazione *post mortem*, tenuto conto della mancanza di previsione normativa in merito⁷⁰.

Recentemente la Corte d'appello d'Ancona⁷¹, accogliendo un orientamento interpretativo, non pienamente condivisibile ad opinione di chi scrive, ha preferito attribuire lo stato di figlio non matrimoniale, motivando la propria decisione in ragione del fatto che la nascita fosse avvenuta oltre i 300 giorni dalla morte del marito (art. 232, comma 2, c.c.), termine oltre il quale non opera la presunzione di paternità (artt. 231, 232, comma 1, c.c.), e che non fosse possibile dimostrare che il concepimento fosse avvenuto in costanza di matrimonio (art. 234 c.c.).

Parte della dottrina ha elaborato alcune soluzioni alternative, chiaramente non accolte dalla corte d'appello, che perseguono l'obiettivo di coordinare ed estendere la normativa codicistica, destinata alla formazione dello stato giuridico di figlio nato da procreazione naturale, alla peculiarità della fecondazione assistita.

Un primo orientamento propone il ricorso analogico all'art. 9 l. n. 40/2004, che prevede l'attribuzione ai figli nati, a seguito di procreazione assistita *post mortem*, lo stato giuridico matrimoniale o riconosciuto dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere a tali tecniche, come era previsto per i nati in violazione del divieto (ora abrogato) di fecondazione eterologa; tale applicazione garantirebbe l'operatività del divieto di esercitare l'azione di disconoscimento (art. 235, comma 1, c.c., oggi art. 243 *bis* c.c.)⁷², o di impugnare il riconoscimento per difetto di

⁷⁰ Rileva la contraddittorietà della legge che regola lo stato giuridico di una pratica vietata quale la PMA eterologa e nulla prevede circa la PMA *post mortem*: Rescigno, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 983; Cavajoni, *Procreazione assistita e status filiationis*, in *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, a cura di Dossetti, Lupo, M. Moretti, Milano, 2010, p. 98.

⁷¹ App. Ancona, 12 marzo 2018, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1429, riformata poi dalla Cass. 15 maggio 2019, n. 13000, in *Fam. e dir.*, 2020, p. 27, con nota di Giunchedi, *La procreazione assistita post mortem tra responsabilità procreativa e favor stabilitatis*.

⁷² Divieto già riconosciuto in giurisprudenza: Corte cost., 22 settembre 1998 n. 347, in *Corr. giur.*, 1998, 1294 ss, con nota di Carbone, *Riconoscimento di paternità e inseminazione*

veridicità (art. 263 c.c.), fornendo garanzia di stabilità allo stato del figlio. La ricostruzione prospettata, sebbene offra una soluzione soddisfacente dal punto di vista dell'attribuzione di uno *status* giuridico coerente con il progetto genitoriale espresso dalla coppia che si sottopone alle pratiche, non tiene conto della complessità delle posizioni giuridiche coinvolte, oltre che degli automatismi operanti nella sola filiazione matrimoniale⁷³.

L'analisi dovrebbe infatti essere condotta distinguendo i casi di attribuzione giuridico del figlio nato nel e fuori del matrimonio.

Nel primo caso infatti le problematiche insorgono solo qualora la nascita avvenga successivamente ai 300 giorni. La presunzione di concepimento durante il matrimonio (art. 232 c.c.) garantisce infatti che il figlio nato nei 300 giorni successivi allo scioglimento del matrimonio sia figlio matrimoniale, permettendo l'operatività della presunzione di paternità ai sensi dell'art. 231 c.c.⁷⁴. L'art. 234 c.c. offre inoltre la facoltà a coniuge superstite, eredi, nonché al figlio di fornire la prova della straordinaria durata della gravidanza e dunque che il concepimento sia comunque avvenuto in costanza di matrimonio. In caso di fecondazione *post mortem* è però impossibile fornire tale prova, in considerazione del fatto che, a prescindere dal momento della fecondazione e dell'impianto, il concepimento, quale evento naturale, avviene necessariamente quando il matrimonio è già sciolto per morte del coniuge⁷⁵.

Alcune le ricostruzioni, fondate su convinzioni ormai desuete, ritenevano che la vedova rimanesse moglie del defunto marito sino alla celebrazione di nuove

eterologa: la Corte costituzionale non risolve il problema; in *Fam. e dir.*, 1998, 405 ss, con nota di Sciancalepore, *L'interesse del minore tra esercizi di formalismo giuridico e legalità costituzionale*; Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Corr. giur.*, 1999, 429; in *Fam. e dir.*, 1999, 237, con nota di Sesta, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*. In argomento, cfr. M. Finocchiaro, *Dopo il consenso impossibile disconoscere la prole*, in *Guida al dir.*, 2004, 3, p. 36 ss.

⁷³ Critica sollevata R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Torino, 2004, p. 185.

⁷⁴ R. Villani, *op. ult. cit.*, p. 185.

⁷⁵ Sesta, *L. 19 febbraio 2004*, n. 40, artt. 1-11, in *Codice dell'unione civile e convivenze*, cit., p. 1965.

nozze⁷⁶ e, dunque, che l'attribuzione dello stato di filiazione matrimoniale sarebbe stato conseguenza dell'ultrattività degli effetti del matrimonio sulla filiazione.

La soluzione che appare più convincente è quella di interpretare in maniera estensiva il riferimento normativo al "concepimento" in costanza di matrimonio *ex art. 234 c.c.*⁷⁷: la frammentazione del processo generativo permette infatti di individuare tale momento non tanto nell'avvenimento naturalistico in senso stretto, ma piuttosto nella partecipazione del marito al progetto procreativo, individuando nell'elemento volontaristico il minimo sufficiente affinché si possa ritenere la filiazione avvenuta in costanza di matrimonio⁷⁸.

In breve, l'atto causativo della nascita deve individuarsi nell'accordo dei coniugi a ricorrere alle tecniche di PMA, ossia nel consenso⁷⁹ finalisticamente orientato al processo biologico, e non più nel rapporto fisico tra gli stessi⁸⁰.

Parte della dottrina ha tentato di coordinare la presunzione operante nella filiazione matrimoniale *ex art. 232 c.c.* e la disciplina della PMA *post mortem*: nei casi in cui il marito abbia previamente manifestato il consenso alla prosecuzione del trattamento in qualsiasi evenienza, si dovrebbe considerare "invincibile" la presunzione del 232 c.c., rimanendo consolidato lo *status* di figlio matrimoniale in capo al nato⁸¹.

⁷⁶ Auletta, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 21. Se infatti la vedova è da considerarsi sposa del marito sino ad eventuali nuove nozze, l'*affectio maritalis* mai interrotto garantirebbe che il figlio non è concepito al di fuori del rapporto matrimoniale.

⁷⁷ "Se interrogato nel modo giusto, lo *ius conditum* può offrire risposte utili" afferma Nivarra, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo nel metodo)*, cit., c. 1656.

⁷⁸ Interpretazione sostenuta da C.M. Bianca, *Nuove tecniche genetiche, regola giuridiche e tutela dell'essere umano*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di Ferrando, Padova, 1989, 167; Stanzione, Sciancalepore, *Procreazione assistita commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 80.

⁷⁹ Ferrando, *La procreazione assistita tra regole e principi. Contributo al dibattito sulla nuova legge*, in *La procreazione medicalmente assistita atti del convegno internazionale di Messina 13-14 dicembre 2002*, a cura di Fortino, Torino, 2005, p.155, ove l'A. afferma che il consenso della PMA ha provocato una modifica del paradigma sul quale vengono generalmente impostate le questioni di *status*.

⁸⁰ Baldini, *Procreazione artificiale post-mortem: ricognizione delle principali questioni*, cit., 186; Stanzione, Sciancalepore, *Procreazione assistita commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 93.

⁸¹ R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 185.

Più cauto invece chi, escludendo che l'adesione del marito al progetto genitoriale possa essere sufficiente a sostituire la prova del concepimento in costanza di matrimonio, propone che la vedova possa essere chiamata a fornire la prova che il figlio è stato concepito con il seme del marito, equiparando alla prova del concepimento in costanza di matrimonio⁸².

Sembra legittimo il dubbio sollevato da chi reputa inapplicabile la normativa codicistica, dedicata e plasmata sulla filiazione da fecondazione naturale, ai rapporti di filiazione insorgenti da procreazione artificiale⁸³.

Nel caso in esame inoltre, il nato da PMA omologa, anche se *post mortem*, dovrebbe considerarsi figlio della coppia sposata, a prescindere dal tempo dell'impianto, poiché la mancanza dell'elemento del concepimento in costanza di matrimonio non giustifica la frustrazione o la compressione del riconoscimento del legame biologico del nato con il padre biologico e legale⁸⁴. Si consideri inoltre che il *favor stabilitatis*, ispirato al soddisfacimento del superiore interesse del minore e, in particolare, all'esigenza dello stesso di non vedersi modificato lo stato giuridico, era promosso dal legislatore stesso, quando, in vigenza del divieto di PMA eterologa, indirizzava l'interprete ad attribuire ai figli nati in violazione del divieto lo stato giuridico di nati nel matrimonio o riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche procreative.

1.4.3. Lo stato giuridico del figlio nato da procreazione post mortem da coppia non coniugata.

⁸² Dogliotti, *Inseminazione artificiale. Problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 1985, IV, p. 424, ove "i coniugi o i loro eredi possono dimostrare che il figlio è concepito nel matrimonio, ciò che forse equivarrebbe a dire che la vedova può dimostrare che il figlio è nato dal seme del marito".

⁸³ Cfr. Ferrando, *La procreazione assistita tra regole e principi. Contributo al dibattito sulla nuova legge*, in *La procreazione medicalmente assistita atti del convegno internazionale di Messina 13-14 dicembre 2002*, a cura di Fortino, Torino, 2005, p. 155.

⁸⁴ Cavajoni, *Procreazione assistita e status filiationis*, in *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, a cura di Dossetti, Lupo, M. Moretti, Milano, 2010, p. 102.

La vicenda giudiziaria giunta all'attenzione della Corte di appello di Ancona, da cui si prende spunto, riguarda un caso di procreazione *post mortem*: la moglie si è infatti sottoposta ad un trattamento di PMA omologa, procedendo sia alla fecondazione, sia all'impianto dell'ovulo in epoca successiva al decesso del marito⁸⁵, il quale aveva manifestato il proprio consenso al proseguimento del procedimento procreativo, anche in caso di premorienza⁸⁶. In linea generale, la legislazione sulle tecniche di riproduzione assistita in Spagna⁸⁷, ove la pratica è stata effettuata, esclude che possa insorgere un rapporto di filiazione tra il figlio e il marito deceduto, salvo che l'ovulo non sia già stato impiantato nell'utero materno alla data della morte dello stesso. È tuttavia prevista un'eccezione: il marito può esprimere anticipatamente il consenso – che deve risultare da scrittura pubblica o testamento – affinché il suo materiale riproduttore possa essere utilizzato dalla moglie nei sei mesi successivi al decesso: tale procreazione produce, secondo la normativa vigente, i medesimi effetti derivanti dalla filiazione matrimoniale⁸⁸.

In via di prima approssimazione, si può affermare che, in forza di una più rigida interpretazione del dettato normativo, la Corte di appello di Ancona⁸⁹ ha attribuito al minore lo stato giuridico di figlio nato fuori del matrimonio, attribuendo il cognome della madre, essendo l'unico genitore ad aver (o meglio, poter) effettuare il riconoscimento *ex art. 250 c.c.*. La pronuncia non esclude però che l'accertamento della paternità possa ottenersi tramite l'azione *ex art. 269 c.c.*, che,

⁸⁵ Fondamentale la distinzione tra fecondazione e impianto *post mortem*, si v. Busnelli, *Postilla*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 233.

⁸⁶ Trib. Bologna, 31 maggio 2012, in *Dejure* ha negato l'impianto nell'utero della moglie dei gameti del marito premorto, il quale non aveva espresso in vita la specifica volontà, ma anzi aveva destinato i suoi semi.

⁸⁷ Nivarra, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo nel metodo)*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1656, ove l'A. prevedeva il pericolo che, a fronte di un eventuale intervento legislativo finalizzato a ostacolare specifiche procedure, si sarebbero create disuguaglianze tra coloro che possono recarsi in “paradisi procreativi” e chi diversamente non può. In argomento, si v. Vestò, *Maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità*, Torino, 2018, p. 34 ove l'A. analizza il caso della Signora Diane Blood, donna inglese, che nel 1997 ottenne l'autorizzazione a sottoporsi ad una pratica di procreazione assistita in Belgio con il seme prelevato dal marito in coma.

⁸⁸ Art. 9, rubricato *Premorienza del marito*, l. 26 maggio 2006, n. 14, norma prevista già dall'art. 8, l. 22 novembre 1988, n. 35, consultabile in Baldini, Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, p. 583.

⁸⁹ App. Ancona, 12 marzo 2018, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1429.

a parere di alcuni, sarebbe legittimamente esperibile, solo qualora sia possibile provare il consenso del *partner* premorto⁹⁰.

Occorre dunque analizzare l'interpretazione fornita dalla sentenza richiamata, che non appare completamente convincente: sebbene la pronuncia applichi coerentemente la disciplina sullo stato del figlio, escludendo l'operatività della presunzione di paternità e di concepimento, sembra tuttavia trascurare le particolarità del procedimento procreativo artificiale⁹¹, assistito nel caso in esame dalla congiunta volontà dei coniugi di completare il trattamento anche in caso di premorienza del marito; sembra inoltre ignorare la recente tendenza giurisprudenziale tesa a valorizzare l'intenzionalità del rapporto genitoriale⁹².

Tuttavia, anche accedendo alla teoria espressa dalla Corte d'appello secondo cui la filiazione nel caso di specie debba essere non matrimoniale, sembra che non si possa trascurare la volontà espressa dal marito in adesione al progetto genitoriale condiviso⁹³.

⁹⁰ Sesta, *L. 19 febbraio 2004, n. 40, artt. 1-11*, in *Codice dell'unione civile e convivenze*, a cura di Sesta, Milano, 2017, p. 1965.

⁹¹ La ricostruzione, accolta dalla maggioranza della dottrina e dalla pronuncia in commento, attribuisce al trattamento sanitario procreativo una funzione sostitutiva, e non alternativa, all'unione naturale tra uomo e donna, in argomento si v. Vercellone, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Sacco, Torino, 1987, p. 311, ove definisce la fecondazione omologa quale "mera protesi" per consentire ai *partners* di addivenire al medesimo risultato procreativo. Sembra giungere alla stessa conclusione il filosofo Mori, *La fecondazione artificiale. Una nuova forma di fecondazione umana*, Roma-Bari, 1995, p. 33 ove l'A. motiva la complessità di tale operazione analogica alla luce della reticenza a ritenere la sterilità una malattia, traslando i medesimi dubbi sulla *terapeuticità* un trattamento di fecondazione artificiale, che si sostituisce meramente al processo riproduttivo naturale.

⁹² In argomento di "genitorialità intenzionale", il legislatore aveva stabilito che in caso di ricorso illegittimo alla fecondazione eterologa era prevalente non il dato biologico ma il consenso e la genitorialità intenzionale; principio che ha trovato applicazione per quanto concerne i frequenti casi di omogenitorialità: Trib. Pistoia, 5 luglio 2018, ove si afferma che "nell'attuale sistema normativo si deve ritenere che il consenso sia alla base della costituzione del rapporto di filiazione in caso di ricorso alla PMA (cosiddetta genitorialità intenzionale) così come, nella gestazione "ordinaria", lo è il dato biologico genetico"; Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Riv. dir. intern.*, 2018, p. 632; in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 15 ss.

⁹³ Seguendo l'insegnamento di Lipari, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 928, ove ritiene "necessario per l'operatore pratico di prendere in considerazione non un sistema rigido di enunciati, ma un contesto di situazioni reali governato da indici di valore condivisi".

L'argomentazione sostenuta dalla pronuncia presuppone che il consenso⁹⁴ prestato dalle parti all'accesso al trattamento procreativo abbia efficacia esclusivamente per il momento in cui è espresso ed abbia effetto nei confronti delle parti, fintanto che viventi, e che sia esclusa qualsiasi efficacia anticipatoria ai fini della formazione dello *status filiationis*. Riguardo a quest'ultimo profilo, si è consolidata l'opinione secondo cui l'art. 8 l. n. 40/2004 non configura un'ipotesi di attribuzione *ex lege* dello stato giuridico di figlio⁹⁵, che, anche in caso di procreazione assistita, rimane regolato dalle norme codicistiche previste per la procreazione naturale⁹⁶. In motivazione si legge che accogliere un'interpretazione contraria a quella ricostruita comporterebbe “una soluzione abrogatrice del sistema normativo vigente”.

L'art. 8 l. n. 40/2004 prevede che i nati da tecniche di procreazione assistita hanno lo stato di “figli riconosciuti” di coloro che hanno espresso la volontà di ricorrere al trattamento procreativo. Tale formulazione, privilegiando il valore giuridico dell'elemento volontaristico del consenso espresso al momento dell'accesso alle cure, potrebbe suggerire un'interpretazione che escluda almeno parzialmente la necessità di procedere al riconoscimento prescritto ai sensi dell'art. 250 c.c.⁹⁷.

⁹⁴ Occorre osservare che il consenso informato disciplinato all'art. 6, l. n. 40/2004, è considerato dalla maggioranza della dottrina quale manifestazione congiunta della volontà di accedere alle cure mediche di entrambi i soggetti, coniugi e conviventi, che siano stati correttamente informati dal medico responsabile della struttura ai sensi della normativa del dpcm 28 dicembre 2016, n. 265, *Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita*.

⁹⁵ Soluzione accolta invece da R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 104, ove si legge che è coerente prevedere l'attribuzione *ex lege* dello *status* di figlio naturale (nato fuori dal matrimonio) se nato da pratiche di fecondazione assistita, dovendosi qualificare il riconoscimento quale “conseguenza ineluttabile” della già espressa volontà al trattamento.

⁹⁶ Tri i primi commentatori, si era espressa l'opinione, rimasta però isolata, che fosse stato creato un *tertium genus* di rapporti di filiazione, insorgenti da tecniche procreative artificiali. Cfr. Dogliotti, Figone, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, cit., p. 179.

⁹⁷ R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 102; prima della normativa Auletta, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 67.

Sebbene il decreto presidenziale n. 265 del 28 dicembre 2016, recante la normativa sulla manifestazione della volontà ad accedere alle pratiche di procreazione assistita⁹⁸, fornisca una disciplina che, tenute in considerazione le peculiarità della materia, è costruita sulla falsa riga del consenso informato⁹⁹ richiesto per i trattamenti sanitari, non si può non tener conto della peculiarità della natura e degli effetti che da tale espressione di volontà discendono.

Tale consenso fa insorgere infatti una serie di preclusioni (*ex art. 9*), quali il divieto di disconoscere la genitorialità e di impugnare il riconoscimento per mancanza di veridicità, oltre che l'ulteriore divieto di anonimato materno - quest'ultimo in particolare in caso di filiazione matrimoniale impedirebbe la formazione dello stato. Tale sistema preclusivo se da un lato tutela il figlio nato, garantendo la stabilità del suo *status*, soprattutto in caso di PMA eterologa, dall'altro pone quale presupposto la volontà dei genitori di assumersi l'obbligo di mantenerli, istruirli e educarli, offrendo così ai figli nati da procreazione artificiale, avvantaggiati da un riconoscimento anticipato dal consenso, un trattamento indiscriminatamente vantaggioso¹⁰⁰.

Tale preoccupazione sembra però infondata, se si considera che l'esigenza a cui risponde il riconoscimento, quale dichiarazione di natura discrezionale sebbene vincolata ad alcuni elementi oggettivi¹⁰¹, era quella di riservare al genitore la valutazione se assumersi o meno la responsabilità procreativa; il mancato riconoscimento è dunque l'unico strumento idoneo a manifestare la mancata coincidenza tra volontà e procreazione¹⁰².

⁹⁸ Per una ricostruzione della normativa, v. A. Ricci, *La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il d.m. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 40 ss.

⁹⁹ All'emanazione della l. n. 40/2004, si esprimeva in materia di consenso: Rossi Carleo, *Le informazioni per il "consenso" alla procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 705 ss.

¹⁰⁰ Così Scia, *Procreazione medicalmente assistita e status del generato. Percorsi giurisprudenziali e intervento legislativo*, Napoli, 2010, p. 152.

¹⁰¹ Riconoscimento quale atto a discrezionalità vincolata, cfr. Sesta, *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia, Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di Auletta, IV, Torino, 1999, p. 242.

¹⁰² R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 103.

Nel caso in cui diversamente il consenso sia stato prestato in sede di accesso alla PMA, manifestando dunque la condivisione di un progetto genitoriale¹⁰³, non è illogico pensare che il legislatore abbia previsto un trattamento differenziato tra i figli nati da procreazione naturale e fecondazione assistita¹⁰⁴ o, quanto meno, che si possa attribuire una natura di “prericonoscimento del nascituro”¹⁰⁵ al consenso espresso in sede di accesso al trattamento.

Si può dunque prospettare un diverso coordinamento tra *lex specialis* e disciplina codicistica e, quindi, una diversa soluzione: nella filiazione fuori dal matrimonio, infatti si potrebbe ritenere che la dichiarazione di volontà accedere alle tecniche di fecondazione assistita possa essere qualificata se non come accertamento anticipato del rapporto di filiazione¹⁰⁶, aderendo al brocardo “*consensus facit filios*”¹⁰⁷, almeno quale volontà irrevocabile di riconoscimento¹⁰⁸.

Al fine di eludere i problemi insorgenti dal difficile coordinamento della l. n. 40/2004 e la normativa codicistica, sono state elaborate altre interpretazioni che

¹⁰³ Baldini, *Considerazioni introduttive*, in Baldini, Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, 150, ove l’A. segnala che il consenso espresso in sede di PMA – riferendosi in particolar modo a quella eterologa – non è una mera autorizzazione, ma è una volontà di filiazione.

¹⁰⁴ R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 102.

¹⁰⁵ Così si esprimeva la Relazione introduttiva alla Proposta di legge n. 1869.

¹⁰⁶ Cavajoni, *Procreazione assistita e status filiationis*, in *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, a cura di Dossetti, Lupo, M. Moretti, Milano, 2010, p. 103, la quale fa derivare lo *status* dalla sola richiesta scritta di accesso alla PMA compiuta dai genitori, senza che si renda necessario alcun atto ulteriore. La domanda di accesso alla PMA sarebbe dunque un atto di riconoscimento congiunto anticipato, simile con al riconoscimento congiunto *ex art. 254 c.c.* Contra Sesta, *Procreazione medicalmente assistita e status del figlio*, in *La filiazione verso un unico status, Atti del convegno di Como il 23-24 .6.2006*, in *Aiaf Quaderni*, 2006, p. 89, ove si contesta l’assimilazione all’art. 254 c.c. in quanto il riconoscimento anticipato deve avvenire almeno quando è già avvenuto il concepimento, evento che non si è ancora realizzato al momento del consenso.

¹⁰⁷ Riportato da Santosuosso, *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, p. 128; Del Prato, *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in *Famiglia*, 2001, p. 1035 ss., ove l’A. si interroga circa la natura e gli effetti giuridici da attribuire alla “scelta procreativa”.

¹⁰⁸ Dogliotti, Figone, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, cit., 181. Ipotesi prospettata anche nel disegno di legge n. 2042 presentata dall’on. Palumbo nel corso della XIV legislatura, ove si legge che “in caso di coppia stabilmente convivente la volontà espressa da entrambi i soggetti ai sensi dell’articolo 6, comma 2, e non revocata fino al momento della fecondazione dell’ovulo, costituisce riconoscimento ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 315 del codice civile e vale ad attribuire al nato lo stato di figlio naturale riconosciuto”.

paiono però meno condivisibili; un Autore suggerisce di ricorrere ad una “finzione giuridica” e di far discendere dal consenso espresso all’accesso all’inseminazione i medesimi effetti del riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio¹⁰⁹. Mentre altri ipotizzano la creazione di una presunzione di nascita del figlio in costanza di convivenza, concedendo la facoltà di fornire prova contraria mediante azione di disconoscimento¹¹⁰. L’automatica attribuzione di figlio nato fuori dal matrimonio se concepito tramite pratiche mediche, il rischio sarebbe quello di provocare l’insorgere di ingiuste discriminazioni tra figli nati fuori dal matrimonio a seconda che siano o meno frutto di pratiche concezionali naturali o meno¹¹¹.

La previsione di un’anticipazione di volontà di accertamento del rapporto genitoriale garantirebbe un trattamento paritario tra i genitori: alla madre è infatti inibito l’anonimato, mentre al padre sarebbe lasciato un margine di discrezionalità nella scelta del riconoscimento¹¹².

In conclusione, anche nel caso in cui la filiazione sia da definirsi non matrimoniale, non si potrà prescindere dal momento procreativo e dunque dalla volontà espressa dai coniugi, dovendosi dunque concludere che la dichiarazione di accesso alle pratiche debba contenere implicitamente la volontà di assumersi la responsabilità procreativa, nonostante l’evento della nascita si sia verificato dopo la morte del padre.

1.4.4. Il recente orientamento della giurisprudenza di merito tra aperture e reticenze.

¹⁰⁹ Sciancalepore, *L’interesse del minore tra esercizi di formalismo giuridico e legalità costituzionale*, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 405 ss, in part. p. 412.

¹¹⁰ Dogliotti, Figone, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004, p. 179.

¹¹¹ C.M. Bianca, *Stato delle persone*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana. Atti del convegno di Venezia 2-3-4 e 25 ottobre 1986*, Padova, 1987, p. 109.

¹¹² Si consideri che il riconoscimento è un atto spontaneo, incondizionato e irrevocabile; la previsione di una obbligatorietà o l’apposizione di una condizione sospensiva che possa essere individuata nella nascita inciderebbero sulla struttura e sulla natura stessa dell’atto di accertamento.

La Corte di Cassazione¹¹³ ha rigettato la decisione della Corte d'orica, affermando l'applicabilità dell'art. 8 della l. n. 40/2004 anche alle ipotesi di procreazione omologa *post mortem* avvenuta tramite utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo aver prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e che non ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo del suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte.

La vicenda in esame suggerisce di analizzare la natura giuridica del consenso prestato al trattamento procreativo e gli effetti giuridici che da esso discendono. Si solleva infatti in dubbio che la disciplina vigente in materia di formazione e attribuzione dello stato di figlio, giuridicamente strutturata in aderenza ad un procedimento generativo necessariamente unitario, possa – ancora oggi – rispondere alle esigenze e alle problematiche provocate dalla “frammentazione” del processo procreativo. Una frammentazione che da un lato provoca una “scomposizione” della figura *lato sensu* genitoriali (a seconda che si valorizzi il legame genetico, biologico, sociale e, per alcuni, anche intenzionale), mentre dall'altro divide ed allontana le fasi del processo riproduttivo¹¹⁴, che possono verificarsi in momenti significativamente lontani, sebbene appartenenti al medesimo progetto genitoriale.

La vicenda trattata dalla Corte appare, sotto quest'ultimo profilo, esemplare: è possibile infatti individuare un primo momento in cui i coniugi hanno prestato il

¹¹³ Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Fam. e dir.*, 2020, p. 27.

Un caso simile è stato risolto allo stesso modo dalle corti inglesi: si v. *R v Human Fertilisation and embryology authority, ex p Blood* [1999] Fam 151 (HC); [1991] Fam 151 (CA). La vicenda coinvolge infatti una donna che con lo sperma del marito e con il suo consenso, in seguito al decesso del partner si è dovuta recare in Belgio per ottenere la fecondazione e l'impianto in utero dell'embrione. Le corti nonostante la pratica non fosse conforme all'ordinamento ha attribuito la genitorialità alla partoriente e al padre premorto.

¹¹⁴ Baldini, *Considerazioni introduttivi*, in Baldini, Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, p. 150, ove l'A. segnala che l' "autonomizzarsi degli elementi costitutivi della figura parentale" e la conseguente frammentazione dell'unitario procedimento procreativo si realizza tramite la mancata coincidenza tra consenso e volontà procreativa, che tendenzialmente nella fecondazione naturale coincidono.

proprio consenso al trattamento procreativo, manifestazione che da un lato rappresenta l'assenso al trattamento sanitario e dall'altro la volontà di avviare un progetto genitoriale e di assumersi la responsabilità procreativa; un secondo momento alla morte del marito, in cui è avvenuta la fecondazione, che nella normativa italiana segna il momento dell'irrevocabilità del consenso, ed infine il momento procreativo, ossia la nascita della figlia, che risulta concepita fuori dal matrimonio e nata oltre i 300 giorni dallo scioglimento del vincolo matrimoniale.

Occorre dunque verificare se la disciplina vigente in materia di attribuzione dello *status filiationis* possa essere coerentemente interpretata alla luce dell'evoluzione della scienza medica, che consente la possibile scissione tra volontà procreativa, concepimento e fecondazione, perseguendo lo scopo di promuovere e garantire una piena tutela dei rapporti di filiazione insorgenti da procreazione artificiale e di escludere conseguenze ingiustamente discriminatorie.

Quest'ultima prospettiva, maggiormente propensa ad un'interpretazione estensiva, è stata adottata da un'altra parte della giurisprudenza¹¹⁵, che anticipando la decisione della Cassazione nella pronuncia n. 13000/2019, ha ritenuto legittimo sia il trasferimento intrauterino dell'embrione già formato e crioconservato prima del decesso del marito¹¹⁶, sia la fecondazione dell'ovulo materno, anche se non proveniente dalla moglie, con lo sperma donato dal marito prima della premorienza¹¹⁷.

Il tribunale di Bologna¹¹⁸, contrapponendosi all'indirizzo sostenuto dalla medesima autorità giudiziaria¹¹⁹, ha disposto, con provvedimento d'urgenza, su domanda della vedova, il trasferimento intrauterino degli embrioni crioconservati, formati su richiesta della coppia, fecondando gli ovociti, provenienti da una

¹¹⁵ Trib. Lecce, 21 giugno 2019, in *giustiziacivile.com*, 10 dicembre 2019; Trib. Bologna, 25 agosto 2018, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1430.; Trib. Messina, 28 settembre 2017, in *Foro it.*, 2019, 4, 1, c. 1430.

¹¹⁶ Trib. Lecce, 21 giugno 2019, in *giustiziacivile.com*, 10 dicembre 2019; Trib. Bologna, 25 agosto 2018, in *Foro it.*, 2019, 4, 1, c. 1430.

¹¹⁷ Trib. Messina, 28 settembre 2017, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1430.

¹¹⁸ Trib. Bologna, 25 agosto 2018, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1430.

¹¹⁹ Trib. Bologna, 31 maggio 2012, in *Dejure*.

donatrice, con i gameti del marito, deceduto successivamente alla formazione degli embrioni stessi.

La decisione è ovviamente facilitata dal fatto che gli ovuli femminili fossero già stati fecondati al momento del decesso del marito: come è infatti noto l'evento fecondativo esclude che il padre possa ritirare il proprio consenso, rendendo dunque irrilevante non solo le sopravvenienze che colpiscano la vita familiare o le condizioni dell'uomo, ma anche l'eventuale cambio di idea circa la procreazione e l'assunzione di responsabilità nei confronti del nascituro. Naturalmente sul punto deve distinguersi il trattamento riservato alla donna e all'uomo; mentre al secondo è preclusa la possibilità di modificare la volontà, la prima può invece rifiutarsi di subire l'impianto e altresì optare per l'interruzione di gravidanza, ricorrendo le condizioni prescritte dalla legge.

Occorre precisare che la materia del contendere sembra concernere non tanto la legittimità di una fecondazione *post mortem*, ma quanto più l'impianto tardivo di embrioni, di cui non può essere predisposto la soppressione.

Lo sforzo interpretativo è stato altresì compiuto al fine di giustificare l'impianto in utero degli embrioni fecondati in un contesto in cui uno solo dei membri della coppia sia vivente, dovendosi dunque escludere la violazione dei requisiti richiesti ai sensi dell'art. 5 della l. n. 40/2004. Il tribunale ha però dovuto bilanciare il dispositivo richiamato sia con il divieto di soppressione degli embrioni, sia con la libertà di autodeterminazione della coppia e della donna. Si tenga inoltre presente che le Linee guida contenute nel d.m. 1° luglio 2015 prevedono che la donna abbia sempre il diritto di ottenere l'impianto degli embrioni crioconservati che non siano stati abbandonati, senza stabilire alcun limite temporale o modale a tale facoltà¹²⁰. Lo stato di abbandono degli embrioni era escluso dalla ricostruzione degli eventi: la donna aveva infatti subito il fallimento del primo impianto a cui era

¹²⁰ In merito alla natura giuridica delle linee guida: la corte emiliana ritiene che le suddette linee guida, essendo state emesse in conformità a quanto previsto ai sensi dell'art. 7 della l. n. 40/2004, non devono essere qualificate come una fonte sub-legislativa, ma come norma di rango primario, assorbita dalla legge ordinaria tramite la tecnica del rinvio. In ragione dunque del principio di specialità esse prevalgono sulla normativa generale ex l. n. 40/2004.

seguito immediatamente la presentazione della richiesta che ha dato poi origine alla vicenda giudiziaria.

Il tribunale emiliano ha infine affermato che il rifiuto opposto dalla clinica all'impianto dell'embrione violasse "il diritto di rango costituzionale rappresentato dalla scelta di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli, e della conseguente intangibilità dello stesso qualora non vulneri altri valori costituzionali"¹²¹.

Il tribunale di Messina¹²² ha inoltre ritenuto illegittimo il rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile alla formazione dell'atto di nascita di una bambina con l'attribuzione della paternità e del relativo cognome al marito della madre, definito da oltre trecento giorni dalla nascita, che era però derivata da pratiche di procreazione medicalmente assistita all'estero, con il consenso dell'uomo, pur se l'embrione era stato formato e impiantato con successo dopo il suo decesso, atteso che tale rifiuto contrasta tanto con la tutela del superiore interesse del minore alla sua identità personale, quanto con il riconoscimento della paternità biologica, espresso dall'art. 8 l. n. 40/2004, con prevalenza rispetto ad ogni altra norma civilistica contrastante.

Gli eventi portati all'attenzione della corte siciliana presentano indubbiamente difficoltà interpretative maggiori dovendo infatti stabilire la normativa applicabile in caso di figlio nato in Italia a seguito di procreazione assistita omologa in cui la fecondazione e l'impianto sia avvenuto in un periodo successivo al decesso. La corte ritiene che la disciplina di attribuzione dello status nella PMA configuri un sistema alternativo e non possano trovare applicazione le regole codicistiche riferibili alla procreazione biologica naturale, escludendo che si possano applicare i principi generali in materia di procreazione biologica. Nel caso di specie non appare altresì congruo applicare la normativa codicistica in quanto una volta accertato che la fecondazione è avvenuta solo dopo la morte del soggetto che ha espresso il consenso e ciononostante si è altrettanto sicuri che intercorra tra quel soggetto e il nato un rapporto di consanguineità, che si pone alla base del

¹²¹ Trib. Bologna, 25 agosto 2018, §3, cit.

¹²² Trib. Messina, 28 settembre 2017, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1430.

rapporto di filiazione. Il timore è quello inoltre di provocare l'insorgere di trattamenti immotivatamente discriminatori tra nati da tecniche procreative assistite differenti.

Appare pertanto preferibile interpretare il dato testuale, tendenzialmente neutro, in funzione del raggiungimento della tutela funzionale del diritto della persona umana alla propria identità, la quale, come sottolineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, comprende l'identificazione del proprio *status* di figlio di determinati genitori.

1.4.5. La Cassazione e la valorizzazione dell'elemento volontaristico.

Il giudice di legittimità giunge a tale decisione, offrendo l'occasione di soffermarsi sulla disciplina riservata alla procreazione *post mortem*, e solleva, inoltre, il dubbio che la disciplina vigente in materia di formazione e attribuzione dello stato di figlio, giuridicamente strutturata in aderenza ad un procedimento generativo necessariamente unitario, possa – ancora oggi e nonostante gli artt. 8 e 9 l. n. 40/2004 – rispondere alle esigenze e alle problematiche provocate dalla “frammentazione” del processo procreativo. Una frammentazione che provoca una “scomposizione” della figura genitoriale (a seconda che si valorizzi il legame genetico, biologico, sociale e, per alcuni, anche intenzionale), e nel contempo scinde, anche temporalmente, le fasi del processo riproduttivo, che possono verificarsi in momenti significativamente lontani, sebbene appartenenti al medesimo progetto genitoriale.

Dalla ricostruzione delle circostanze e della normativa vigente in materia emerge il quesito a cui la Cassazione è stata chiamata a rispondere, ossia l'individuazione dello *status* giuridico del figlio nato in Italia a seguito di una pratica vietata dall'ordinamento nazionale conclusa all'estero. Occorre infatti precisare che la vicenda in commento non concerne il riconoscimento di un provvedimento straniero recante uno stato giuridico non contemplato dalla disciplina interna, ma, al contrario, attiene alla formazione di un atto di nascita in applicazione della normativa vigente in materia.

In tale prospettiva, la Corte ha rigettato la soluzione promossa dalla Corte d'appello, la quale, vale la pena ricordare, aveva optato per l'applicazione della normativa prevista dalla disciplina codicistica; il giudice di seconde cure aveva infatti ritenuto inapplicabile al caso di specie la disciplina prevista all'art. 232 c.c., in quanto erano trascorsi i 300 giorni previsti per ritenere operabile la presunzione di concepimento in costanza di matrimonio; di conseguenza, la figlia nata doveva essere considerata come figlia nata fuori del matrimonio, perciò riconosciuta esclusivamente dalla madre, di cui porta il cognome.

La Cassazione offre una ricostruzione e un percorso argomentativo che si pone in netto contrasto con la soluzione offerta dalla corte d'origine: *in primis* infatti esclude che il caso di specie possa essere regolata dalla normativa codicistica, in considerazione del fatto che la normativa ex l. n. 40/2004 rappresenta un autonomo statuto di attribuzione dello *status filiationis*, applicabile nei casi in cui il concepimento non sia conseguenza di un procedimento procreativo "naturale"; inoltre, alla luce degli artt. 6, 8 e 9 della l. n. 40/2004, è necessario affermare la centralità e la peculiarità del consenso espresso all'accesso delle tecniche procreative assistite.

1.4.6. Il valore del consenso nella procreazione *post mortem*.

Occorre dunque sollevare alcuni interrogativi circa il valore attribuibile al consenso espresso dal marito all'utilizzo del proprio materiale genetico, che porterà alla nascita di un figlio privo di una figura genitoriale.

In una prospettiva di diritto positivo, la criticità della vicenda in esame risiede nel fatto che il marito sia deceduto prima che fosse portata a termine la fecondazione degli ovuli materni, momento in cui si determina la irrevocabilità del consenso al trattamento e, quindi, da cui consegue la irrilevanza giuridica di una eventuale revoca. Più precisamente, sembra opportuno interrogarsi sulla legittimità degli effetti scaturenti dalla volontà procreativa espressa in vita.

Pare consapevole di tale profilo il legislatore spagnolo che predispone la tutela al diritto di autodeterminazione e di (non) paternità e concede al marito la

possibilità di revocare in qualsiasi momento la propria volontà, fino al momento della collocazione in utero degli embrioni fecondati.

La Cassazione pone l'attenzione proprio su tale aspetto, ossia che non si possa trascurare la volontà espressa dal marito in adesione al progetto genitoriale condiviso. Alla luce dell'art. 8 l. n. 40/2004 che prevede che i nati da tecniche di procreazione assistita hanno lo stato di "figli riconosciuti" di coloro che hanno espresso la volontà di ricorrere al trattamento procreativo, la Cassazione, procede a privilegiare il valore giuridico dell'elemento volontaristico del consenso espresso al momento dell'accesso delle cure.

Non si può prescindere dal momento procreativo e dunque dalla volontà espressa dai coniugi, dovendosi dunque concludere che la dichiarazione di accesso alle pratiche debba contenere implicitamente la volontà di assumersi la responsabilità procreativa, nonostante l'evento della nascita si sia verificato dopo la morte del padre.

1.4.7. L'interesse del minore tra principio di verità e diritto alla bigenitorialità.

La scelta legislativa di non concedere la PMA *post mortem* in considerazione del fatto che è giustificata dalla prevalenza del diritto psico-fisico del nascituro ad essere inserito in un nucleo familiare ove siano presenti entrambi le figure genitoriali, condividendo l'opinione secondo cui l'art. 30 Cost. offre piena tutela ad un modello familiare bigenitoriale¹²³.

Tale interpretazione non è condivisibile in considerazione del diverso contenuto normativo da attribuirsi al dettato costituzionale, ossia l'attribuzione al figlio del diritto ad essere mantenuto, istruito ed educato, ma non necessariamente da entrambi i genitori¹²⁴. Il modello bigenitoriale appare sicuramente

¹²³ Bruscuglia, *Diritti dei minori e procreazione artificiale*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di Ferrando, Padova, 1989, p. 169 ss.

¹²⁴ Busnelli, *Postilla*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 233; Dogliotti, *Inseminazione artificiale. Problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 1985, p. 417 ss.; Id., *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 55; Santosuosso, *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Guida al dir.*,

un'aspirazione dell'ordinamento, che in più contesti – si pensi ad esempio alla crisi familiare – si è dotato di normative finalizzate a tutelare il diritto del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore, e rappresenta forse uno degli ostacoli più significativi all'apertura agli istituti dell'adozione e dell'accesso alle pratiche di PMA anche alle persone singole.

Cionondimeno non si può affermare, né sotto un profilo sociologico, né tanto meno giuridico, che sia l'unico modello presente nella società italiana¹²⁵ e che si possa dunque escludere o lasciare privi di tutela modelli familiari alternativi¹²⁶. L'ordinamento offre, ad esempio, tutela anche a nuclei familiari monoparentali: si pensi ad esempio alla possibilità concessa al coniuge superstite di proseguire nella procedura di adozione in caso di premorienza dell'altro (art. 25, comma 4, l. n. 184/1983)¹²⁷, nonostante la disciplina adottiva sia prevalentemente votata al criterio preferenziale di bigenitorialità¹²⁸; oppure al necessario consenso del coniuge che abbia riconosciuto il figlio infraquattordicenne al riconoscimento tardivo dell'altro (art. 250, comma 3, c.c.).

2004, 3, p. 33. In giurisprudenza, Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, cit., che afferma che il diritto alla bigenitorialità è “fondato su rappresentazioni sociologiche ispirate ad un modello familiare che, sarebbe astrattamente preferibile e del tutto radicato nella più diffusa morale, non costituisce di certo l'unico presente alla società italiana”; Cass., 24 settembre 1996, n. 8413, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 78 ss.

¹²⁵ Sul punto si v. Mori, *La fecondazione artificiale. Una nuova forma di fecondazione umana*, Roma-Bari, 1995, p. 33.

¹²⁶ Nivarra, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo nel metodo)*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1654. A sostegno dell'opinione l'A. richiama la disciplina del riconoscimento e in particolare il necessario consenso al riconoscimento tardivo del secondo genitore: tale garanzia posta a tutela dell'interesse del minore sembra sottendere la possibilità, e non la necessità, del ripristino della doppia figura genitoriale. Concordano Rodotà, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di Ferrando, Padova, 1989, p. 138; Perlingieri, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in *ibidem*, p. 146, ove l'A. afferma che l'ordinamento non riconosce al figlio il diritto ad una famiglia in senso ortodosso quindi ad una coppia di genitori, ma tutela la posizione genitoriale al fine di garantire un'attività procreativa; Lojacono, (voce) *Inseminazione artificiale* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 757.

¹²⁷ Rileva in questo senso Perlingieri, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di Ferrando, Padova, 1989, p. 145; Stanzione, Sciancalepore, *Procreazione assistita commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004, p. 80.

¹²⁸ Zatti, *Interesse del minore e “doppia figura genitoriale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 88.

Si potrebbe dunque affermare che la coppia quale modello di famiglia è un “presunto principio”¹²⁹ che può trovare applicazione solo qualora corrisponda alla realizzazione del superiore interesse del minore. Al fine di garantire un corretto bilanciamento tra le molteplici posizioni giuridiche coinvolte e meritevoli di considerazione dall’ordinamento: il diritto alla vita del nascituro, il diritto del genitore superstite a non interrompere il processo vitale innescato e a realizzare un progetto genitoriale iniziato ed interrotto, compendiabili nel diritto alla tutela della vita familiare.

Dinnanzi alla carenza legislativa in tema di stato giuridico spetta dunque al giudice fornire un’interpretazione che garantisca la protezione delle posizioni giuridiche coinvolte, perseguendo però la realizzazione dell’interesse del minore. Si ritiene che in alcuni casi la giurisprudenza appresti una tutela parziale all’interesse del minore, di cui offre una ricostruzione insufficiente, e prospetta inoltre alcune soluzioni incoerenti con l’argomentazione sostenuta.

Il diniego opposto alla figlia a riconoscere la paternità del marito della madre e il conseguente *status* giuridico arreca lesione al diritto all’identità personale della stessa. La sua identità debba considerarsi pienamente tutelata da un lato dal riconoscimento della madre che permette alla minore di avere uno *status*, e dall’altro in quanto la paternità potrà in un secondo momento essere accertata tramite gli strumenti processuali predisposti dall’ordinamento all’accertamento giudiziale della filiazione.

Non si ritiene condivisibile l’assunto espresso dalla Corte secondo cui gli interessi e i diritti del minore siano comunque soddisfatti dall’atto di nascita formato, ove risulti riconosciuto il solo legame materno; non ci sembra infatti che l’attribuzione di un “qualsiasi”¹³⁰ *status* – qualunque esso sia – possa considerarsi sufficiente a realizzare le esigenze del minore. Nel caso di specie, l’accertamento del rapporto di filiazione nei confronti della madre appare insoddisfacente a

¹²⁹ Così lo definisce Zatti, *op. ult. cit.*, p. 88.

¹³⁰ Trib. min. Napoli, 10 maggio 1996, in *Dejure*, ove si è afferma che “l’interesse del minore non è quello di vedersi attribuito come padre un qualsiasi padre”. L’affermazione pare significativa se si tiene in considerazione che nel caso di specie si stava procedendo in opposizione al riconoscimento tardivo del padre biologico, ritenuto nocivo per il figlio.

realizzare il superiore interesse del minore¹³¹: esso frustra infatti l'esigenza della figlia ad avere un rapporto di filiazione giuridico corrispondente al rapporto di filiazione biologico, in conformità al principio di verità, il quale, sebbene secondo la giurisprudenza non sia da considerarsi preminente, è comunque meritevole di tutela e applicabile qualora corrisponda all'esigenza del minore di non essere privato del nome, dell'identità e della discendenza del padre.

In ipotesi difforme, si arrecherebbe un danno alla vita familiare e alla crescita della figlia che si trova impossibilitata ad essere inserita legittimamente nel nucleo parentale del padre, privata dei legami affettivi con i parenti paterni ed esclusa dall'asse ereditario¹³². Appare dunque preferibile per il benessere psico-fisico della minore l'attribuzione dello stato di figlia nata nel matrimonio, nonostante la possibile considerazione che a seguito dell'attribuzione conseguirà solo una condizione formale, priva dell'insorgenza dell'obbligo socio educativo a carico del genitore¹³³.

Da ultimo, appare discutibile sotto un profilo di coerenza sistematica interna alla decisione, tenuto conto del disvalore attribuito alla PMA *post mortem* in quanto lesivo del diritto alla bigenitorialità, che la Corte d'appello non escluda che la

¹³¹ Gorassini, *Un nuovo fenomeno giuridico: figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, p. 390, il quale, ricercando un criterio che oggi possa aiutare a definire o quanto meno delineare il rapporto biunivoco tra genitorialità e filiazione afferma che "l'unico indice di settore che emerge sembra essere il «preminente interesse del minore»".

¹³² Per ragioni di spazio, non è possibile affrontare la interessante problematica sottesa alla qualificazione della posizione successoria del soggetto non ancora concepito al tempo dell'apertura della successione. L'ordinamento già contempla alcune norme che potrebbero in linea generale essere passibili di interpretazione estensiva tra cui l'attribuzione della capacità a succedere all'erede concepito all'apertura della successione (art. 461 c.c.) e l'istituto della revocazione del testamento per sopravvenienza di figli (art. 687 c.c.); cionondimeno, qualora anche fosse legittimata la qualifica di erede "sopravvenuto", si dovrebbero tenere in considerazione le conseguenze che si provocherebbero sulle eventuali ulteriori posizioni già consolidate, che sarebbero connotate da profonda incertezza e instabilità così come anche ogni rapporto giuridico posto in essere. In argomento si v. Santosuosso, *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, p. 51; Baldini, *Procreazione artificiale post-mortem: ricognizione delle principali questioni*, in Baldini, Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, p. 187.

¹³³ Opinione espressa anche da Baldini, Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, p. 185; Lojacono, (voce) *Inseminazione artificiale* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 758, ove tra i casi paradossali ipotizzava la perdita della legittimità in capo ai figli concepiti con lo sperma del padre ma nati non più in costanza di matrimonio.

paternità possa essere accertata ricorrendo agli strumenti processuali previsti dall'ordinamento. Tale prospettiva che appare gravosa ed inutile a fronte di una prova genetica che verrebbe sicuramente soddisfatta. La possibilità prospettata infatti posticipa la presa di posizione sul merito allocandola in sede di accertamento giudiziale, lasciando irrisolti e sospesi alcuni degli interrogativi che la vicenda solleva; l'intento non condiviso sembra quello di lasciare alla scienza l'onere di fornire una risposta che la morale non è ancora pronta ad esprimere.

2. Il valore e la natura del consenso espresso in sede di accesso al trattamento di procreazione medicalmente assistita.

Ai fini della presente trattazione il consenso all'accesso alle pratiche riproduttive svolge una funzione cruciale: la disciplina regolatrice l'accesso alle tecniche di PMA è stata modellata sulla struttura del consenso informato¹³⁴, in considerazione che il trattamento riproduttivo sia in tutto assimilabile ad un

¹³⁴ Per motivi di coerenza sistematica e di spazio non è possibile qui trattare l'argomento del consenso informato. È necessario però ricordare che non sussiste nell'ordinamento nazionale un principio generale, dovendosi rivenire una regolamentazione solo in seno al Codice Deontologico medico, la cui natura giuridica e forza vincolante è posta in dubbio da parte della dottrina. Ad esempio, *Zatti, Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 1 ss. ritiene che siano da assimilare e a strumenti ermeneutici.

Sul piano normativo internazionale invece, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza del 7 dicembre 2000) statuisce all'art. 1 il principio secondo cui "la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata" e all'art. 3 dichiara che "ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica" e che nell'ambito della medicina e della biologia, deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, "il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge". Da tale combinato disposto, si evince dunque che il consenso sia espressione del diritto e della volontà di ciascun individuo di autodefinirsi e di definirsi in quanto tale (In argomento, si v. Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 69). È necessario inoltre ricordare la "Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano con riguardo all'applicazione della biologia e della medicina. Convenzione sui diritti dell'uomo e la bio- medicina", adottata dal Consiglio d'Europa ad Oviedo il 4 aprile 1997. Secondo l'art. 5 Conv. "*an intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent to it. This person shall beforehand be given appropriate information as to the purpose and nature of the intervention as well as on its consequences and risks. The person concerned may freely withdraw consent at any time*", consolidando la dimensione personalistica in cui si muove l'espressione del consenso. La sezione II della convenzione è poi dedicata ad una normativa dettagliata e fornisce i requisiti richiesti affinché il consenso possa considerarsi validamente espresso e legittimamente ricevuto.

intervento medico, sebbene non produca effetti curativi in senso stretto; ciononostante appare fondamentale introdurre brevemente la disciplina e la sua struttura, per poi procedere a valutare la rilevanza e la natura delle conseguenze di tale consenso.

L'art. 6 della legge n. 40/2004 stabilisce che prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico debba informare in maniera dettagliata i soggetti richiedenti, muniti di requisiti soggettivi richiesti alla luce dell'art. 5¹³⁵, sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro¹³⁶. Alla coppia che si appresta alle cure deve essere prospettata, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita, la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184.

Le informazioni fornite, oltre a quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo, devono perseguire l'intento di garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa¹³⁷.

¹³⁵ Si desidera notare che l'art. 1, comma 1, lett. b), del d.m. 28 dicembre 2016, n. 265, tra gli elementi minimi di conoscenza per poter far accesso alla PMA deve esserci anche l'informazione circa le conseguenze giuridiche per "l'uomo, la donna e il nascituro", consolidando anche in questa sede la considerazione secondo cui la procreazione artificiale debba essere e continuare a essere inibita alle coppie. La scelta linguistica di genere si dissocia poi da una tendenziale sensibilizzazione e preferenza ad associare un approccio neutrale ai ruoli genitoriali.

¹³⁶ Obbligo di informazione: Perlingieri, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di Ferrando, Padova, 1989, p. 303 ss.; Bellelli, *La disciplina della filiazione nella legge sulle unioni civili*, in C.M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017, p. 320 ss.; A. Ricci, *La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il d.m. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 40 ss.; Rossi Carleo, *Le informazioni per il "consenso" alla procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 712; Santosuosso, *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, p. 33

¹³⁷ A. Ricci, *La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il d.m. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 40 ss.; Rossi Carleo, *Le informazioni per il "consenso" alla procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 712; Santosuosso, *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, p. 33 che prevedeva che "il banco di prova della nuova normativa dipenderà in buona parte dalla politica di prevenzione e di informazione".

È previsto inoltre che la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute¹³⁸, ora vigente, in sostituzione del precedente provvedimento adottato nel 2004, il d.m. 28 dicembre 2016, n. 265, “Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell’articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40”¹³⁹.

L’*incipit* di tale disposizione è, in via di prima approssimazione, espressione del binomio su cui si fonda il principio del consenso informato¹⁴⁰: il diritto di scelta, speculare e compatibile con il diritto di informazione¹⁴¹, corrispondente al dovere di fornire una – possibilmente – esaustiva esposizione delle condizioni fisiche e delle possibili conseguenze, e la libertà di disposizione del proprio corpo, priva di

¹³⁸ Adottato ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400; ora modificato dal decreto ministeriale 28 dicembre 2016, n. 265. In argomento si v. A. Ricci, *La disciplina del consenso informato all’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il d.m. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 40 ss.

¹³⁹ Per un commento alla regolamentazione del decreto ministeriale: A. Ricci, *La disciplina del consenso informato all’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il d.m. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2018, 40 ss.

¹⁴⁰ In argomento di consenso, in giurisprudenza *ex multis*: Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328; Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 83; in *Giust. civ.*, 2008, p. 1724; in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 363. In dottrina: Alpa, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in Trattato Sacco, *Le persone e la famiglia*, I, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 2006, p. 243 ss.; Ferrando, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 37 ss.; Franzoni, *Dal consenso all’esercizio dell’attività medica all’autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 85 ss.; Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in Lenti, Palermo Fabris e Zatti (a cura di), *I diritti in medicina. Trattato di biodiritto*, Rodotà, Zatti (diretto da), Milano, 2011, p. 195.

¹⁴¹ Informazioni modalità di informazione: “la scelta è libera se informata” afferma A. Ricci, *La disciplina del consenso informato all’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il d.m. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2018, 49 ss.

All’art. 1, comma 2, d.m. 28 dicembre 2016, n. 265, si legge: “Le strutture autorizzate ai sensi dell’articolo 10 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, e dell’Accordo Stato-regioni del 15 marzo 2012 sono tenute, per il tramite dei propri medici, a fornire ai richiedenti, in maniera chiara ed esaustiva, nel corso di uno o più colloqui, gli elementi informativi di cui al comma 1 preliminarmente alla sottoscrizione del consenso informato ed al conseguente avvio del trattamento di procreazione medicalmente assistita.

una specifica disposizione costituzionale e fortemente influenzata da eteronome valutazioni di natura etica e psico-fisica¹⁴².

Si prevede inoltre che tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. L'imposizione di un lasso di tempo obbligatorio tra la manifestazione del consenso e l'applicazione delle tecniche risponde ovviamente all'esigenza di evitare conseguenze lesive non solo per richiedenti, ma soprattutto per il concepito; in particolare, in considerazione del fatto che la volontà può essere revocata da ciascuno dei richiedenti fino al momento della fecondazione dell'ovulo¹⁴³.

Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e confermate mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e 9 della presente legge.

Tra i primi commentatori, vi è stato chi ha intravisto sin dalla promulgazione della legge la centralità del ruolo del consenso, affermando che "il consenso informato potrebbe costruire il punto nodale intorno al quale si realizza il controllo sociale delle procedure e delle tecniche, consentendo la trasparenza del mercato,

¹⁴² Carducci, *Consenso informato*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, III, Napoli, 2010, p. 424 ss., in part. p. 426. In tale sede, l'Autore affronta l'analisi della attività di disposizione del corpo., riferendosi all'art. 5 c.c. per il quale "gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge (579 c.p.), all'ordine pubblico o al buon costume".

Merita inoltre attenzione il fatto che la disposizione non ha comunque impedito al legislatore di intervenire con la legge 22 dicembre 2017, n. 219 "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" (c.d. Testamento biologico), in vigore dal 31 gennaio 2018, il quale ha imposto un ripensamento del divieto di cagionarsi lesioni permanenti e un nuovo bilanciamento tra concetto di integrità fisica e libertà di autodeterminazione. La libertà di rifiutare le cure nonostante possa essere chiaro presupposto di un prevedibile evento nefasto è stato oggetto di specifica regolamentazione, sebbene non sia ancora chiaro se tale disposizione sia espressione di un generale principio o solo una concessione condizionata da tali specifiche condizioni.

In argomenti si v. anche A. Ricci, *La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il d.m. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2018, p. 40 ss.

¹⁴³ Fermo restando che la donna possa rifiutarsi di procedere all'impianto, non potendosi infatti immaginare il provvedimento che imponga un impianto coattivo a fronte di un consenso eventualmente ritirato. Ciononostante ovviamente imporrebbe l'estensione di cautele circa la protezione dell'embrione, già formatosi in seguito alla fecondazione.

esigenza prioritaria di una tutela dinamica che deve accompagnare il tumultuoso evolversi di processi inarrestabili"¹⁴⁴.

Appare rilevante soffermarsi non tanto sul profilo strettamente tecnico legato al consenso, ma quanto più alla peculiarità della natura del trattamento riproduttivo – creato inizialmente al fine di sanare o quanto meno a colmare una lacuna genetico o riproduttivo della coppia eterosessuale infecunda e in seguito usato quale strumento per ovviare alla incapacità procreativa delle coppie dello stesso sesso – ossia la ambivalente natura di procedimento tecnico-scientifico ma soprattutto di procedura umana- tecnica capace di generare rapporti giuridici di filiazione.

2.1. La (ir)revocabilità del consenso.

L'art. 6 dispone le modalità in cui entrambi gli aspiranti genitori debbano fornire il proprio assenso, precisando altresì che la volontà può essere revocata sino al momento della fecondazione dell'ovulo¹⁴⁵.

La disciplina brevemente illustrata è costruita sulla falsariga del consenso informato richiesto in sede medica, prescrivendosi inoltre le formalità e gli obblighi informativi che il sanitario deve ottemperare prima di avviare la procedura. Il modello del consenso sembra aderire alla natura terapeutica attribuita al trattamento: il consenso deve essere espresso in modo consapevole, esplicito e specifico.

Nonostante le caratteristiche proprie del consenso ad un trattamento sanitario, la peculiarità di tale consenso risiede nel fatto che esso non possa essere revocato successivamente alla fecondazione dell'ovulo. Sino a quel momento la libertà di sottoporsi o meno a tale trattamento è illimitato, in quanto la normativa tutela la

¹⁴⁴ Rossi Carleo, *Le informazioni per il "consenso" alla procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 717. Cfr. Sciancalepore, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in Stanzone, Sciancalepore, *Procreazione assistita commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 14; Santosuosso, *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, p. 32.

¹⁴⁵ Scia, *Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2012, p. 22. Solleva il problema della revocabilità del consenso quando dagli esami si desuma la malattia dell'embrione.

piena libertà di autodeterminazione, non solo per quanto concerne l'integrità fisica ma anche per quanto concerne la realizzazione della propria identità e del progetto genitoriale.

Tale normativa risponde all'esigenza, avvertita nella coscienza sociale, di impedire che, in qualsiasi momento e quindi anche in situazioni, in cui si fosse da tempo consolidato un rapporto di appartenenza del figlio riconosciuto al nucleo familiare in cui si trovava inserito, potesse essere attuata una sostanziale revoca da parte di chi era pienamente consapevole degli effetti giuridici che sarebbero conseguiti ad una falsa dichiarazione in ordine alla sussistenza del rapporto di filiazione.

La *ratio* sottesa all'apposizione di un limite massimo entro cui esercitare il ritiro della volontà è quella di offrire una piena tutela all'interesse dell'embrione alla conservazione della vita iniziata con la fecondazione, sacrificando l'eventuale ripensamento del progetto genitoriale della coppia.

Va altresì osservato che consentire la revoca del consenso, anche in un momento successivo alla fecondazione dell'ovulo, non apparirebbe compatibile con la tutela costituzionale degli embrioni, più volte affermata dalla Consulta¹⁴⁶.

Appare però condiviso l'opinione secondo cui la irrevocabilità del consenso all'accesso alle pratiche fecondative deve essere interpretato alla luce dell'esigenze di tutela del principio di autodeterminazione della donna, per la quale infatti si preferisce negare che tale divieto si estenda sulla stessa¹⁴⁷. Non può dunque trovare applicazione detto divieto in capo alla donna che è libera di rifiutare l'impianto sino all'ultimo momento, vanificando così la validità del divieto in esame.

Differente è la disciplina applicabile e riservata all'uomo, il quale pare trovarsi in una situazione di maggiore vincolatività: si discute infatti in dottrina se l'uomo possa rifiutarsi di procedere nel trattamento procreativo quando l'embrione

¹⁴⁶ *Ex multis* tra le altre Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *ConsultaOnline.it*; Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *cortecostituzionale.it*.

¹⁴⁷ Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 55. In dottrina, Oppo, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 330 ss.; Ferrando, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto degli embrioni?*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 372 ss.

sia stato creato *in vitro*. La normativa pare però escludere tale possibilità all'uomo che abbia fornito il consenso di interrompere il procedimento, nonostante l'eventuale crisi coniugale sopravvenuta¹⁴⁸.

Il Tribunale di Firenze¹⁴⁹ ha ritenuto ammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti degli artt. 6, comma 3, e 13 l. n. 40/2004, laddove tali disposizioni stabiliscono, rispettivamente, il divieto assoluto di revoca del consenso alla procreazione medicalmente assistita dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo per contrasto con gli artt. 2, 13, 32 Cost. e il divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica e sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso per contrasto con gli artt. 9, 32, 33, comma 1, Cost., disposizioni peraltro da ritenere illogiche e irragionevoli per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 31, 32, 33, comma 1, Cost.

La Corte costituzionale¹⁵⁰ ha invece ritenuto inammissibile la q.l.c. dell'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, l. n. 40/2004, con riferimento agli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33 comma 1, Cost., nella parte in cui non prevede la revoca del consenso al trattamento di procreazione medicalmente assistita, in seguito alla fecondazione dell'ovocita. Questo perché in tema di procreazione assistita, consentire la revoca del consenso, anche in un momento successivo alla fecondazione dell'ovulo, non apparirebbe compatibile con la tutela costituzionale degli embrioni¹⁵¹.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 162 del 2014, ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, in caso di sterilità infertilità assolute ed irreversibili. La Corte stessa esclude nella propria sentenza, che il proprio intervento provochi una situazione di vuoto normativo, precisando che la disciplina del consenso riguarda evidentemente anche la tecnica in esame.

Considerando inoltre che qualora si ammettesse la facoltà di revocare il consenso insorgerebbe il timore di creare un vuoto di tutela dovuto all'assenza di

¹⁴⁸ Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 56.

¹⁴⁹ Trib. Firenze, ord., 12 dicembre 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 589.

¹⁵⁰ Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Foro it.*, 2016, I, 5, c. 1509.

¹⁵¹ Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Dejure*. Conforme Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *ConsultaOnline.it*; Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *cortecostituzionale.it*.

un legame giuridico con il genitore biologico. Si precisa infatti che al di là dell'applicazione della normativa prevista ai sensi dell'art. 9 della l. n. 40/2004, la giurisprudenza ha pacificamente affermato che la preminenza della verità biologica rispetto a quella legale non costituisce valore di rilevanza costituzionale. Quando abbia prestato assenso alla fecondazione eterologa, priverebbe il nato di una delle due figure genitoriali e del connesso rapporto affettivo ed assistenziale, stante l'impossibilità di accertare la reale paternità a fronte dell'impiego di seme di provenienza ignota¹⁵².

In conclusione, è necessario sottolineare come l'impostazione legislativa e l'interpretazione fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza promuove un trattamento distinto tra uomo e donna, perpetrando una distinzione di genere.

È necessario sotto tale profilo osservare che la medesima struttura si ritrova, almeno parzialmente, per quanto concerne la disciplina recante la regolamentazione dell'interruzione di gravidanza, ove alla donna è riservata un più ampio margine di discrezionalità, oltre che di potere decisorio. Al fine di riavvicinare il trattamento della futura madre e del futuro padre, sarebbe auspicabile che l'uomo sia vincolato alla scelta procreativa dal momento del concepimento, inteso quale momento in cui l'embrione viene collocato nell'utero materno, piuttosto che dalla fecondazione in vitro: l'anticipazione dell'effetto preclusivo sin dalla fecondazione sembra compromettere ingiustificatamente la libertà dell'uomo di decidere quando essere genitore.

2.2. Lo status giuridico del figlio nato da PMA.

¹⁵² Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, p. 1193; in *Dir. fam. e pers.*, 2018, p. 823 ss.

Il Capo III della l. n. 40/2004, dedicato alle disposizioni concernenti la tutela del nascituro¹⁵³, contiene agli articoli 8 e 9 le norme relative all'attribuzione dello *status filitionis* del figlio nato a seguito di procreazione medicalmente assistita.

Si desidera precisare che il tema dell'attribuzione dello stato di figlio nato da PMA, ma più genericamente da tecnica procreativa artificiale o che preveda il contributo di un soggetto terzo alla coppia, è centrale per il presente progetto di ricerca. In ragione di tale centralità, la trattazione di suddetto argomento verrà a più riprese trattato nel corso della trattazione, procedendo ad una analisi delle norme in ogni singolo contesto.

Come già ricordato, ai sensi dell'art. 8 della l. n. 40/2004, i nati da fecondazione assistita hanno lo stato di figli della coppia che ha espresso il consenso ai sensi dell'art. 6 della stessa legge¹⁵⁴, dovendosi in tal senso intendersi che debba considerarsi figlio nato nel matrimonio colui che viene generato in un contesto di coppia matrimoniale, mentre deve essere considerato “figlio riconosciuto” – così espressamente denominato nella disposizione richiamata – , colui che è concepito da genitori non coniugati. Si ricorda che, a seguito della già più volte richiamata riforma dello stato unico di figlio, la differente nomenclatura vale esclusivamente a distinguere il procedimento di attribuzione dello status del nato, a nulla invece rilevando ai fini della formazione e della struttura del rapporto genitoriale e dell'esercizio della responsabilità genitoriale sullo stesso

L'art. 9 della medesima legge stabilisce che qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. Inoltre, la madre del

¹⁵³ R. Villani, *La “nuova” procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 329, in part. nt. 171, fa notare che, a dispetto del titolo del capitolo, nessuna disposizione in esso contenuta riguarda la disciplina del soggetto che nascerà, ma tratta solo delle sorti del figlio già nato.

¹⁵⁴ L'argomento viene approfondito nei §§ successivi.

nato non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. Infine si afferma che il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

Si segnala che le prime due disposizioni dettano una disciplina “preclusiva”, destinata ai genitori del nato, al fine di garantire la stabilità dello stato del figlio nato da PMA eterologa, il quale, dotato di un patrimonio genetico difforme da quello di uno o entrambi i genitori, potrebbe subire la rimozione dello stato di figlio nato dalla coppia che ha espresso il consenso al trattamento, proprio in virtù di una discrepanza genetica con i genitori.

Perseguendo la stessa esigenza di protezione e di tutela del rapporto di filiazione insorto, il dettato normativo inibisce la formazione di qualsiasi rapporto giuridicamente rilevante tra il nato e il donatore, il quale non è infatti considerato una figura genitoriale, se non per quanto attiene al mero rapporto genetico, che non è considerato sufficiente a giustificare l’insorgenza di un legame giuridicamente rilevante, non essendo infatti supportato dalla volontà di essere genitore.

Come si analizzerà meglio in seguito, il ruolo del donatore o della donatrice di gameti viene spesso equiparato al donatore di organi, anonimo e, tendenzialmente, irrintracciabile da parte del beneficiario della donazione. Caratteristiche che però devono essere adattate ed adeguate al peculiare contesto, ossia quello riproduttivo, in cui sono calate. L’interesse all’anonimato del donatore deve infatti essere bilanciato e contemperato al diritto alla salute e al diritto a conoscere le proprie origini del nato¹⁵⁵.

Si ricordi che le regole dettate dall’art. 9 dovevano essere applicate al solo caso in cui venisse violato il divieto di procreazione eterologhe, ossia quando la filiazione fosse insorta in occasione di un trattamento riproduttivo conclusosi in

¹⁵⁵ Rinvio al paragrafo dedicato al rapporto tra il donatore e il diritto alle origini del nato.

violazione delle disposizioni previste dalla l. n. 40/2004¹⁵⁶. L'intento perseguito dal legislatore era dunque quello di evitare che il figlio nato da un trattamento vietato subisse pregiudizio dalla mancata attribuzione dello stato di filiazione conforme al progetto genitoriale da cui era nato. Escludendo da un lato la rimozione dello stato di filiazione ai genitori e precludendo al donatore di assumere la titolarità di un ruolo genitoriale, si otteneva l'effetto di attribuire uno stato giuridico e al tempo stesso di impedirne la rimozione giudiziale.

A seguito della caduta per mano della Corte costituzionale del divieto di fecondazione assistita eterologa, l'assetto normativo ha continuato a regolare l'attribuzione dello *status filiationis* dei figli nati da PMA eterologa, non avendo infatti da allora subito alcuna modifica.

2.2.1. Il coordinamento con la disciplina civilistica e le problematiche causate dalla formazione dello stato giuridico.

¹⁵⁶ In questo senso, Salanitro, *Gli effetti della procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3733; Corti, *La procreazione assistita*, in *Trattato Ferrando*, vol. III, *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, p. 533; R. Villani, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 330, ove l'A. sgombra il campo dai dubbi che erano insorti all'indomani della pronuncia caducatoria della Corte costituzionale circa l'applicabilità dell'art. 8 anche ai figli nati da PMA eterologa.

Opinione contraria è stata espressa dai primi commentatori: Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive. Atti del convegno dei Lincei, Roma 31.1.2005*, Brindisi, 2005, p. 19; R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 104 ss.; Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 131 ss.; Dogliotti, Figone, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004, p. 182.

In giurisprudenza, Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Fam. e dir.*, 2020, p. 27; Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1708, con nota di Palmeri, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *articolo29.it*, con nota di Stefanelli, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito. Nota a Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878*; in *Guida al dir.*, 2017, 28, p. 54, con nota di M. Finocchiaro, *Quel "vizio" ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore*. Si v. anche Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *iusprudentia.it*, 27 ottobre 2016.

La caducazione del divieto di fecondazione eterologa, a cui non è seguito alcun intervento novativo del Legislatore, ha sollevato, o per meglio dire ha riproposto, alcuni dubbi in materia di attribuzione dello stato di filiazione del figlio nato da procreazione assistita, con particolare riferimento al coordinamento tra la normativa codicistica in materia di acquisizione dello stato di figli nati da procreazione “naturale” e la disciplina riservata all'attribuzione dello *status filiationis* di figli nati da procreazione assistita.

Il problema si era infatti posto tra i primi commentatori sin dal momento della promulgazione in materia di procreazione medicalmente assistita, soprattutto per i figli nati fuori dal matrimonio. Per i figli di genitori coniugati infatti il problema pare non porsi, in quanto il parto della madre coniugata e l'operatività della presunzione di paternità determinano l'automatica attribuzione dello stato filiale, non determinandosi così alcuna sostanziale differenziazione tra i figli coniugali nati da concepimento “naturale” o “artificiale”, sia nel caso di trattamento omologo o eterologo. Nel contesto di una coppia coniugata, il consenso non appare determinante in virtù del fatto che il concepimento o la nascita in costanza di matrimonio determina l'applicazione della disciplina ex art. 231 c.c. e dunque l'attribuzione automatica dello stato di figlio matrimoniale. Sembra dunque non bisognosa di alcun coordinamento.

Diversamente, la formulazione dell'art. 8 nella parte in cui riconosce lo stato di “figlio riconosciuto” al nato da PMA in un contesto non coniugale ha permesso ad alcuni studiosi di ritenere che, in caso di riproduzione artificiale, il consenso espresso dagli aspiranti genitori all'accesso delle cure riproduttive potesse essere sufficiente a determinare l'acquisizione dello stato di figlio riconosciuto al nato, implicitamente ritenendo che non fosse necessario procedere al riconoscimento ex art. 250 c.c.

Vi è chi sostiene che la disposizione dell'art. 8 abbia proposto una disciplina alternativa fondata sul consenso espresso all'art. 6 ed autonoma rispetto a quella

codicistica¹⁵⁷. Tale interpretazione sembra da un lato suggerire la caduta dell'indisponibilità degli *status*, permettendo che l'insorgenza del rapporto di filiazione possa discendere dalla volontà degli aspiranti genitori; altresì promuove la differenziazione della disciplina applicabile in base alle condizioni in cui sia avvenuto il concepimento: dinanzi ad un trattamento fecondativo assistito dovrebbe applicarsi la norma *ex art. 8*, mentre dovrebbe rimanere riservata all'attribuzione e accertamento degli *status filiationis* dei nati da procreazione naturale la normativa codicistica.

La letteratura giuridica però in merito non ha trovato una posizione unanime: posizione diametralmente opposta è sostenuta da coloro che escludono che la disciplina dell'art. 8 possa avere una valenza modificatrice della normativa codicistica o che possa delimitare l'ambito applicativa della stessa alle sole nascite da concepimento biologico privo di intervento medico. I criteri attributivi debbono infatti essere individuati dalla disciplina codicistica a cui la legge speciale in materia di PMA infatti rinvia¹⁵⁸.

Posizione intermedia sembra invece essere stata accolta da chi suggerisce un'interpretazione che promuova un procedimento di integrazione tra la regolamentazione prevista ai sensi delle norme codicistiche e le leggi speciali, nell'ottica di una anticipazione della tutela dei minori nati da trattamento assistito¹⁵⁹.

L'elemento centrale della disciplina di attribuzione dello stato di filiazione del figlio nato da procreazione assistita, omologa e soprattutto eterologa, è dunque da individuarsi nell'intenzione e la volontà espressa dalla coppia congiuntamente al medico responsabile per il trattamento¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Quadri, *Osservazioni sulla nuova disciplina della procreazione assistita*, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 228; Auletta, *Luci, ombre, silenzi nella disciplina di costituzione del rapporto genitoriale nella fecondazione assistita*, in *Annali del seminario giuridico*, V, Milano, 2005, p. 491 ss.

¹⁵⁸ In tal senso, si v. Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, p. 161.

¹⁵⁹ Salanitro, *Gli effetti della procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3734.

¹⁶⁰ Profilo approfondito nel § 1.4.6.

Ciononostante appare opportuno ricordare che il trattamento riproduttivo assistito, anche in un contesto matrimoniale, determina il determinarsi di alcune conseguenze derogatorie della disciplina della attribuzione e della rimozione dello stato di filiazione.

In primis, ai sensi dell'art. 9, comma 1, l. n. 40/2004, il padre, sebbene dotato di legittimazione attiva ai sensi dell'art. 243 *bis* c.c., non può ricorrere agli strumenti giudiziari previsti per la rimozione dello *status* di figlio, non potendo infatti disconoscere la paternità ai sensi dell'art. 243 *bis* c.c.¹⁶¹, nonostante la mancanza di legame genetico¹⁶² tra il padre e il nato.

Si tenga presente che, a seguito della riforma filiazione e soprattutto del decreto legislativo del 2013, intervenuto a riordinare la disciplina delle azioni di stato, è sufficiente, ai fini della rimozione dello stato di figlio, fornire prova genetica della non coincidenza tra legame biologico e vincolo legale attribuito, non necessitando più la dimostrazione di impotenza, non convivenza o adulterio.

In maniera complementare, in forza dell'art. 9, comma 2, della medesima legge, alla donna è inibito esprimere la volontà di non essere nominata nell'atto di nascita. Limitatamente al caso di parto di donna coniugata, infatti, l'esercizio del diritto all'anonimato della partoriente precluderebbe la formazione e l'attribuzione dello *status* di figlio matrimoniale.

In secondo luogo, è stato fatto notare che il consenso espresso in costanza di matrimonio e non revocato al momento dello scioglimento del vincolo potrebbe in linea di principio determinare l'insorgere dello *status* di figlio nato nel matrimonio, sebbene la nascita sia avvenuta dopo la cessazione del vincolo¹⁶³. Tale ricostruzione sembra porsi in linea di continuità e sembra essere compatibile con la disciplina codicistica ove si stabilisce che la presunzione di paternità operi, ai sensi degli artt. 232 e 233 c.c., anche nel caso in cui la nascita avvenga entro i 300 giorni dallo

¹⁶¹ Si è consapevoli del fatto che la legge 40/2004 non sia stata aggiornata e coordinata alla riforma della filiazione del 2012-2013 e dunque reca ancora il riferimento all'art. 235, primo comma, numeri 1) e 2), ora abrogata. Sebbene non aggiornato, è chiaro il rinvio alla nuova disciplina dell'azione di disconoscimento della paternità.

¹⁶² Per approfondimenti si rinvia a Cap. I, §§ 4.3 e 4.3.1.

¹⁶³ Salanitro, *Gli effetti della procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3734.

scioglimento del vincolo. La possibilità di fornire tale prova risponde, nella struttura codicistica, all'esigenza di evitare che un figlio, sebbene concepito in costanza di matrimonio o nelle more della crisi e nato a seguito di una gravidanza straordinariamente lunga, possa essere pregiudicato dall'attribuzione dello stato di figlio aderente al legame biologico. Vi è da precisare altresì che la disciplina del diritto di famiglia del 1942, non modificato dalla riforma del diritto di famiglia e completamente rovesciato solo dalla riforma del 2012, distingueva tra figli legittimi e figli naturali, attribuendo solo ai primi piene tutele patrimoniali e spirituali. Conseguentemente, era interesse del sistema sociale e giuridico garantire l'attribuzione al figlio nato in costanza di matrimonio lo status più favorevole matrimoniale, in aderenza ed in conformità al principio del *favor legitimitatis*.

Diverse possono essere le conseguenze di una filiazione insorgente da PMA eterologa effettuata da coppia convivente: in tal caso infatti, come precedentemente affermato nei paragrafi precedenti¹⁶⁴, il consenso espresso al momento dell'accesso alle cure da parte degli aspiranti genitori ha una determinante rilevanza, soprattutto qualora si acceda alla teoria secondo cui tale volontà possa escludere la necessità di una formale dichiarazione di riconoscimento ai sensi dell'art. 250 c.c.¹⁶⁵.

In questa prospettiva, si potrebbe prospettare l'esistenza di due modelli normativi, tra di loro alternativi, distinti dalla tecnica riproduttiva adottata.

Da un lato, si potrebbe ritenere che il consenso espresso ai sensi dell'art. 6 rappresenti un anticipato riconoscimento o prericonoscimento, i cui effetti sono subordinati alla nascita del figlio. In una prospettiva parzialmente differente, si potrebbe invece interpretare il suddetto consenso presupposto necessitato del

¹⁶⁴ Si rinvia ai §§ 1.4.3, 1.4.6.

¹⁶⁵ In tal senso Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive. Atti del convegno dei Lincei, Roma 31.1.2005*, Brindisi, 2005, p. 19; Quadri, *Osservazioni sulla nuova disciplina della procreazione assistita*, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 227 ss.; Sciancalepore, *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 130; Del Prato, *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in *Famiglia*, 2001, p. 1035 ss.

Tale interpretazione è stata criticata da Sesta, *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, 4, *Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di Auletta, Torino, 2011, p. 365 ss.; Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, p. 163 ss.

riconoscimento, reso - di fatto e in diritto - obbligatorio delle disposizioni preclusive dell'art. 9.

Qualora si accogliesse tale interpretazione, in entrambe le sue varianti, che porta in ultima analisi all'estrema conseguenza di rendere inutile il riconoscimento della filiazione fuori del matrimonio, si produrrebbero due significative conseguenze.

Da un lato, la dichiarazione di riconoscimento verrebbe privata del suo carattere di spontaneità, che ha condotto parte della dottrina a ritenere che il genitore non sia tenuto a riconoscere il figlio, sebbene invece sia tenuto a mantenerlo, obbligo che insorge dal momento della nascita e non al momento del riconoscimento. Come è stato fatto notare infatti la *ratio* che sostiene la normativa della dichiarazione di riconoscimento è quella di permettere al genitore, non vincolato da legami matrimoniali, di "accertare" il legame genetico con il figlio e di assumere volontariamente il ruolo genitoriale e i conseguenti doveri e obblighi che gravano sull' esercente la responsabilità genitoriale. Il carattere di spontaneità e di volontaria assunzione del ruolo genitoriale viene dunque meno a fronte del divieto posto al genitore di compromettere l'attribuzione dello stato di figlio.

In secondo luogo, si creerebbe altresì un trattamento diversificato dalle conseguenze discriminatorie tra figli di conviventi nati da procreazione "naturale" e quelli invece concepiti a seguito di un trattamento "artificiale": i primi infatti incorrerebbero nel rischio di non essere riconosciuti da entrambi o da uno dei genitori, mentre ai secondi verrebbe garantita la certezza di essere riconosciuti da entrambi i genitori e di acquisire uno *status filiationis* non matrimoniale.

3. Mater semper certa (non) est

Premessa: la decostruzione della maternità.

La maternità, intesa quale legame biologico e vincolo legale insorgente dall'evento naturale del parto, è da sempre connotata da un alto grado di certezza, caratteristica diversamente carente nel rapporto paterno, il quale, grazie

all'avanzamento delle tecniche e solo in tempi relativamente recenti, è stato spogliato dalla sua intrinseca incertezza.

Il brocardo “*mater semper certa est*” affonda le proprie radici nell’evento naturale della nascita, che da elemento biologico, empiricamente verificabile, è stato sussunto a criterio di attribuzione della genitorialità legale. La rilevanza di tale evento naturalistico ha inoltre promosso una visione unitaria della figura genitoriale materna, inibendo, o quanto meno rallentando, il processo di frammentazione che ha coinvolto e ha conosciuto la figura paterna.

Il legame biologico-gestazionale ha prevalso per lungo tempo quale elemento fondante l’unità familiare nelle comunità antiche, ove, secondo alcune ricostruzioni, la linea materna determinava l’appartenenza al gruppo familiare e veniva preferita al legame di sangue con il padre, incerto e, per lungo tempo, non accertabile¹⁶⁶.

Bachofen definì tale dinamica e tale rapporto come “*mother right*”¹⁶⁷, valorizzando la prevalenza del legame materno e del legame di sangue con la sua famiglia. Essere nati dalla stessa madre garantiva il rapporto di parentale e l’appartenenza identitaria al nucleo familiare. Egli fu uno dei primi studiosi ad analizzare la storia in una prospettiva femminile, ricercando le origini e le motivazioni della caduta della prevalenza matrilineare, partendo dallo studio della storia mitica – terminologia con la quale si definisce un’antologia eterogenea di storie mitologiche¹⁶⁸ e annali degli storici latini e greci¹⁶⁹ –, traccia un percorso storico alternativo che vede l’originaria supremazia del diritto materno affievolirsi e scomparire nella storia maschile¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Michel, *Sociologia della famiglia*, Bologna, 1973.

¹⁶⁷ Bachofen, *Das Mutterrecht*, 1861, in traduzione *Myth, Religion, and Mother Right: Selected Writings of J.J. Bachofen*, Princeton University Press, 1992, p. 67 ss. Si v. anche la ricostruzione di Engels, *The origin of the Family, Private Property and the State*, prima pubblicazione 1884, in traduzione Lawrence&Wishart, 1985, p. 71-72.

¹⁶⁸ Graves, *I miti greci*, I e II, Milano, 1963.

¹⁶⁹ Bachofen, *Il matriarcato. Ricerca sulla ginocrazia del mondo antico nei suoi aspetti religiosi e giuridici*, I, Torino, 1988, *passim*. L’A. ritiene che il diritto mitico permetta di individuare e far emergere la matrice originaria della coscienza e delle credenze comuni, quasi fosse un distillato della coscienza comune.

¹⁷⁰ Per una visione più ampia si v. Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 771 ss

L'insorgere della famiglia nucleare, la prevalenza del lavoro maschile e la nascita della proprietà privata rappresentano, per alcuni, le cause della crisi del sistema patriarcale e dell'ordine di discendenza femminile: *"the patriarchal law of inheritance where thereby overthrown, and the male line of descent and the paternal law of inheritance were substituted for them"*¹⁷¹.

Appare chiaro che la definizione di madre sia strettamente correlata con il concetto naturale e fondato su una prospettiva *gender-oriented*, la quale trova una ideale continuazione con l'idea di maternità promossa dal movimento femminista, che usa definirsi quale "third wave", che identifica nella maternità il compimento e la massima esaltazione della donna¹⁷².

Adrienne Rich ha proposto un'analisi approfondita e interessante nella quale analizza la maternità quale "istituzione", soffermandosi in particolar modo sulla ambivalenza della maternità vista quale "most fundamental and bewildering of the all contradictions"; nella sua analisi, infatti, si evidenzia come la capacità riproduttiva e la gestazione sia "empowering" ma allo stesso tempo "oppressive", evidenziando come "the power to bear child" veicoli la discriminazione femminile¹⁷³.

Ancora, Carol Smart afferma che "motherhood is not a natural condition. It is an institution"¹⁷⁴: nella critica promossa dall'autrice al tradizionale modello femminile, teso a promuovere il dicotomico assunto secondo cui la donna è per sua natura madre, evidenzia come la maternità sia la naturale conseguenza di un'attività eterosessuale ed espressione di una caratteristica femminile innata, ossia l'istinto materno. La maternità infatti dovrebbe non tanto essere considerata quale "given", ossia quale fenomeno naturale, ma bensì quale specifico e progressivo mutamento

¹⁷¹ Engels, *The origin of the Family, Private Property and the State*, Lawrence&Wishart, 1985, p. 86. L'Autore afferma che *"the overthrow of mother right was the world historical defeat of the female sex"* (p. 87).

¹⁷² Termini mutuati da Crawford, *Third-wave feminism, motherhood and the future of feminist legal theory*, in *Gender, sexualities and law*, a cura di Jones, Gear, Fenton and Stevenson, Oxon: Routledge, 2011, 230, about Walker, *Baby Love: choosing motherhood after a lifetime of ambivalence*, New York, Reverhead, 2007.

¹⁷³ Rich, *Of woman born. Motherhood As Experience and Institution*, Norton, 1976. Si v. anche De Beauvoir, *The Second Sex*, traduzione di Parshley, Londra, 1997.

¹⁷⁴ Smart, *Deconstructing motherhood*, in *Good enough mothering?*, a cura di Bortolaia, London-New York, 1996, p. 37.

sociale, espressione di un determinato contesto storico e culturale, che può essere ricostruito.

Inoltre, le scienze mediche e l'emancipazione sessuale hanno portato a considerare la maternità quale una relazione sociale e giuridica, portandola ad una tendenziale "denaturalizzazione".

Il procedimento di decostruzione della maternità trova causa scatenante nella divisione dell'unitarietà della maternità in una serie concatenata di eventi – naturali e giuridicamente rilevanti –, ognuno dei quali non è necessaria conseguenza del precedente. La gravidanza è dunque suddivisa in: attività sessuale, gravidanza, nascita, maternità e dunque rapporto parentale giuridicamente rilevante¹⁷⁵. La tesi sostenuta mira a rilevare come ogni evento e ogni passaggio non sia consequenzialmente connesso al precedente, ma sia piuttosto un susseguirsi di atti voluti, o meglio di scelte, e comportamenti socialmente e giuridicamente preordinati. La teoria mira dunque ad evidenziare l'assenza di una connessione necessitata e obbligata tra le singole fasi e, allo stesso tempo, ad enfatizzare gli effetti della volontà e il suo potere di controllo della capacità riproduttiva della donna per tutto il periodo dal concepimento al termine della gestazione. La ricostruzione storica segnala come le tecniche contraccettive, così come quelle abortive, fossero già conosciute e venissero comunemente praticate fin dall'epoca vittoriana; il tentativo di controllo delle nascite trovava inoltre giustificazione non tanto in un sentimento di autodeterminazione ma quanto più nell'ostilità con cui comportamenti irregolari, al di fuori del matrimonio così come al di fuori delle classi sociali, venivano perseguiti e puniti (l'aborto configurava infatti fattispecie perseguibile penalmente). L'ostruzionismo e l'oscurantismo con cui tali attività venivano socialmente e giuridicamente perseguite miravano a promuovere l'inevitabilità del legame tra rapporto sessuale e gravidanza, da cui doveva naturalmente e giuridicamente discendere la maternità¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Smart, *Deconstructing motherhood*, in *Good enough mothering?*, a cura di Bortolaia, London-New York, 1996, p. 37.

¹⁷⁶ Per una ricostruzione storica: Cavina, *Il padre spodestato: l'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Roma, 2007. Si v. anche il più recente Cavina, *Lineamenti dei poteri paterni nella storia del patriarcato europeo*, Bologna, 2017.

La nascita e la conseguente attribuzione dello *status* genitoriale per lungo tempo non sono state necessariamente consequenzialmente collegate, ad ulteriore riprova del fatto che la rilevanza giuridica della maternità sia il portato di una costruzione sociale e giuridica, che è stata per di più la conquista di una rivendicazione attraverso la quale si è ottenuta l'emancipazione femminile. La donna, o meglio la moglie, era considerata solo quale genitrice di fatto, ma da un punto di vista giuridico non assumeva alcun diritto e alcun ruolo nei confronti dei figli, che rientravano al contrario nella sfera giuridica e di possesso del padre, in aderenza alla configurazione della patria potestà¹⁷⁷.

La controversa questione del legame materno, che si pone all'attenzione dell'interprete contemporaneo a seguito dell'evoluzione delle tecniche riproduttive, si concentra sull'analisi del significato e della struttura da attribuirsi all'essere madre, che nella terminologia inglese trova espressione in una felice terminologia "mothering". Con la tale espressione non si intende infatti il legame in termini prettamente biologici, a cui invece è dedicato il diverso termine *maternity*, ma caratterizzato da una reale volontà e da una libera scelta, che valorizza e enfatizza la forza dell'intenzione di essere madre e di essere riconosciuta come tale. Lo spirito che contraddistingue tale interpretazione valorizza pienamente e compendia il principio di autodeterminazione e la libertà di controllo sul proprio corpo.

Il problema della distinzione tra relazione genetica e gestazionale sorge quando i comportamenti sociali e i trattamenti medici hanno provato un mutamento di prospettiva, imponendo il ripensamento della funzione sociale e della natura del ruolo della donna, quale essere umano dotato di capacità riproduttive.

Ciononostante, si dovrebbe dunque affermare che la maternità è ancora un *matter of biology*, a prescindere dall'evoluzione delle tecniche riproduttive tramite le quali non solo è possibile che i componenti genetici provengano da altre

¹⁷⁷ Foucault, *The history of sexuality*, I, traduzione di Robert Hurley, Londra, 1998. Ciò che L'Autore descrive quale "normalizzazione" della sessualità potrebbe essere applicabile anche alla maternità.

donatrici, così come è altresì possibile che la madre gestante non sia e non voglia essere la madre¹⁷⁸.

In conclusione, si evidenzia che il trattamento procreativo richiede la separazione dell'attività sessuale dal concepimento, rivelando chiaramente come la "natureness" dell'attività sessuale, del matrimonio e della famiglia nucleare siano una costruzione sociale.

3.1. La definizione di "madre" nella normativa codicistica: la rilevanza legale di un evento biologico.

L'ordinamento non stabilisce espressamente una definizione di maternità, ciononostante l'art. 263, comma 3 c.c., recante la disciplina dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, chiarisce che la madre è colei che ha partorito, conseguenza della sussunzione dell'evento naturale del parto ad elemento giuridico costitutivo e fondante il legame giuridico¹⁷⁹. Occorre dunque sin da ora segnalare che, in coerenza con il brocardo latino, "*mater sempre certa est*", la norma suggerisce che la madre possa essere una solamente ed eterosessuale.

Il riferimento al parto quale elemento naturale e biologico discretivo dell'attribuzione della maternità si rinviene anche nell'ordinamento dello stato civile, ove ai sensi degli artt. 29 e 30 del d.P.R. n. 396/2000 la formazione dell'atto di nascita deve tenersi in considerazione la volontà della madre a non essere

¹⁷⁸ Si pensi chiaramente alla donna che porti avanti la gravidanza dell'embrione frutto della fecondazione dell'ovulo appartenente ad una donatrice e i gameti di un donatore diverso dal marito. In UK, inoltre è possibile che i donatori siano anche più di due da quando è stata permessa nel 2014 la *Mitochondrial Replacement Therapy*, in forza del quale è possibile modificare il DNA dell'embrione ricorrendo all'uso del materiale genetico di un soggetto diverso da quello del donatore, potendosi dunque ipoteticamente creare una situazione in cui i donatori legati da vincolo genetico con il nato possono essere più di due.

¹⁷⁹ Sollevano perplessità circa il valore definitorio della norma Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 485; Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 246 ss; Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in Oppo, *Scritti giuridici*, VII, *Vario diritto*, Padova, 2005, p. 52.

nominata e, in ogni caso, la lettura sistematica della normativa induce a ritenere che sia centrale l'individuazione della puerpera e dell'avvenimento del parto per poter formare la dichiarazione e dunque l'atto di nascita¹⁸⁰.

La normativa si espone dunque alla considerazione che il rapporto materno possa prescindere dal legame genetico, ma non da quello biologico-gestazionale del parto.

La regolamentazione italiana, così come quella inglese, stabiliscono che la gravidanza e dunque il parto sia l'unico modo attraverso cui una donna possa diventare e ricevere il trattamento riservato alla madre.

Nell'ordinamento inglese, infatti, il legame di sangue esiste e prevale anche sull'intenzione della donna di assumere il ruolo genitoriale, non essendo concesso alla partoriente di disconoscere la propria maternità¹⁸¹. Più specificamente non vi è modo per la donna di esprimere il proprio dissenso ad assumere la titolarità della genitorialità tramite l'istituto dell'anonimato materno, completamente sconosciuto e ancora oggi osteggiato. L'unico modo in cui una donna può essere privata del suo titolo e dell'esercizio della maternità è tramite un *parental order* o tramite adozione¹⁸².

Il rapporto gestazionale sembra infatti mantenere nella disciplina inglese una rilevanza cruciale, anche qualora il gamete fecondato provenga da un'altra donatrice.

“Regardless the eventually lack of genetic link, the woman who gives birth has the right to be treated as the mother of the child and no other woman is to be treated as her, as regulated at Section 33 (1) HFEA 2008”.

¹⁸⁰ Calvigioni, *Nascita all'estero da genitori dello stesso sesso: dalla giurisprudenza recente al ruolo dell'ufficiale di stato civile nella trascrizione dell'atto*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 1056; Angelozzi, *Stato civile*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, p. 2868; Zaccaria, Faccioli, Omodei Salè, Tesaro, *Commentario all'ordinamento dello stato civile*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 173 ss.; Marino, *Cooperazione amministrativa e circolazione delle persone: verso il riconoscimento automatico degli atti di stato civile?*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 964; Attardi, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello, 1949; Ianelli, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Napoli, 1984; Cicu, *Azione di rettificazione di atti di stato civile e azioni di stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p.

¹⁸¹ Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 356.

¹⁸² Rinvio a Cap. II, §§ 3 ss.

Per la normativa inglese appare ancora più solido il legame in considerazione del fatto che la madre surrogata, che in forza di un *surrogacy agreement* si sia impegnata a portare a termine la gravidanza per conto di una coppia committente, è considerata la madre legale del figlio nato, prescindendo dalla sua volontà di assumere tale ruolo giuridicamente rilevante, fino a quando la coppia committente non richieda un *parental order*, i cui effetti revocano ed eliminano la maternità in capo alla gestante e attribuiscono la genitorialità alla coppia (HFEA Section 54).

3.2. La PMA e la disgregazione dell'unitario concetto di maternità: *mother, maternity and matherhood*.

La definizione offerta dalla normativa codicistica offre dunque un univoco concetto di maternità fondato necessariamente sul legame gestazionale, da cui discendono una pluralità di ulteriori considerazioni: la madre è una, può assumere questo titolo esclusivamente tramite la gravidanza e il parto, ed infine, in sottotraccia, la madre è eterosessuale.

Le implicazioni brevemente delineate possono essere messe però in dubbio a fronte dei procedimenti procreativi, che, sebbene non conoscano regolamentazione nell'ordinamento nazionale sono state oggetto di analisi dalla letteratura e dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale, devono necessariamente essere presi in considerazione: si pensi infatti all'accesso alla procreazione medicalmente assistita eterologa di coppie omosessuali femminile, così come alla gestazione per altri¹⁸³.

In via di prima approssimazione, appare dunque possibile constatare che si stia procedendo verso una "frammentazione" della maternità, la quale non è necessariamente corrispondente al tradizionale concetto unitario ed indivisibile: come si analizzerà meglio oltre, si può infatti configurare una struttura genitoriale familiare composta da due madri, diversamente legate al figlio da un vincolo biologico, genetico o esclusivamente intenzionale, nel caso in cui la *partner* della

¹⁸³ Rinvio Cap. I, §§ 3.7 e ss.

madre abbia preso parte al progetto genitoriale realizzatosi tramite la procedura procreativa senza però contribuire con il proprio patrimonio genetico.

In una prospettiva dunque di frantumazione e distinzione del concetto di madre, appare interessante richiamare una differenziazione terminologica e sostanziale comunemente effettuata dalla letteratura inglese, ove si tende a distinguere il concetto di *maternity*, *motherhood* e *mothering*.

Il primo termine tende infatti ad individuare il solo legame biologico, intercorrente tra la madre e il figlio ed insorgente dal rapporto gestazionale.

Il secondo invece rappresenta l'insorgere di un legame giuridicamente rilevante tra la gestante e il nato, in forza della quale ella sarà chiamata ad esercitare la responsabilità genitoriale sullo stesso.

Infine, il termine *mothering*, più ampio dei precedenti, è espressione della volontà di essere madre e di essere riconosciuta come tale, a prescindere da una effettiva coincidenza con il legame biologico e/o genetico.

La tripartizione brevemente illustrata sembra suggerire, da un lato, una necessaria e progressiva decostruzione del concetto unitario di maternità e, dall'altro, una perdita di centralità del legame gestazionale inteso quale elemento fondante, in particolar modo, lo *status* materno.

In via di prima approssimazione, entrambe le tendenze sembrano conformarsi alla recente giurisprudenza nazionale e sovranazionale, ad opinione della quale il legame biologico non solo non gode di protezione costituzionale ma altresì non è elemento esclusivo di attribuzione della genitorialità.

3.3. Il divieto di anonimato materno e il *favor stabilitatis*.

L'articolo 9, comma 2, della l. n. 40/2004 dispone che " la madre del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata ai sensi dell'articolo 30, comma 1°, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396".

Quest'ultima norma prevede infatti che la dichiarazione di nascita sia resa indistintamente da uno dei genitori "rispettando la volontà della madre di non essere nominata"¹⁸⁴.

La disciplina del parto anonimo risponde all'esigenza di offrire alla donna la facoltà di non essere nominata nel certificato e nella dichiarazione di nascita, fermo restando che i suoi dati rimarranno secretati e custoditi nella cartella clinica presso la struttura ospedaliera ove il parto è avvenuto¹⁸⁵.

La *ratio* sottesa è offrire una garanzia di offrire alla donna non solo la possibilità di partorire in condizioni di sicurezza, ma altresì di non essere identificata contro il suo volere dal figlio.

Appare dunque evidente che il diritto a conoscere le proprie origini del nato subisca una compressione dinanzi all'anonimato materno¹⁸⁶. Le Sezioni unite hanno recentemente affermato che debba essere offerta la possibilità di interpellare la madre, anche a distanza di tempo, qualora il figlio eserciti il suo diritto a conoscere le proprie origini¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Angelozzi, *Stato civile*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, p. 2868; Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., Padova, 2019, p. 257 e p. 341, ove l'A. afferma che "il nostro ordinamento *omissis* ha confermato il principio di volontarietà del riconoscimento anche rispetto alla madre".

¹⁸⁵ Per una ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza recente, si v. Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, II ed., Milano, 2013, p. 190 ss. L'A. definisce la struttura pubblica sanitaria come "camera di compensazione"; Lenti, *L'adozione*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 396.

¹⁸⁶ In argomento Mantovani, *La filiazione nel matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 43.

¹⁸⁷ Cass., SU, 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 435, con nota di Mineo, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: le Sezioni Unite dettano le concrete modalità di azione in seguito all'intervento della Corte costituzionale*. Nel commento l'A. rileva come giurisprudenza e letteratura non distolgano l'attenzione dall'esigenza primaria di impedire alla donna di optare per scelte tragiche. Espone altresì come il punto di equilibrio tra le esigenze della gestante e del nascituro deve essere trovato tenendo in considerazione una pluralità di posizioni soggettivi, non compendiabili esclusivamente nel concetto del superiore interesse del minore, quali il diritto del concepito a nascere, il diritto all'identità personale e il diritto a conoscere le proprie origini. Al tempo stesso, si fa strada l'idea che anche la madre "vanti un diritto a conoscere la propria discendenza genetica". In argomento si v. Ballarani, *Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184 e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita (d.d.l. n. 1978)*,

Al contrario la normativa in materia di PMA eterologa, ma estensivamente applicabile anche a quella omologa, che prescrive il divieto di anonimato materno, pone una deroga al principio di diritto che vede prevalere l'esigenza di tutela della partoriente sul diritto del nato a tutelare la propria identità.

Alla stessa esigenza corrisponde la preclusione imposta al ricorso all'azione di disconoscimento, affermato in giurisprudenza in epoca antecedente all'emanazione della regolamentazione in materia: ossia l'esigenza di tutelare la stabilità dello *status* del figlio nato da PMA eterologa. Il contesto procreativo influenza dunque il bilanciamento dei diritti soggettivi delle parti coinvolte, imponendo altresì di contemperare gli interessi in gioco.

La disposizione ostativa all'anonimato materno, all'epoca della promulgazione della legge, non è stata esente da critiche, tra cui Ferrando che afferma che "francamente non si comprende la ragione per cui non possa avvalersene la donna che ha generato un figlio con l'aiuto delle tecniche. Né si capisce sulla base di quali elementi l'ufficiale di stato civile possa rifiutare l'esercizio di tale facoltà, visto che né la madre né il nato sono di per sé riconoscibili come fruitori delle tecniche"¹⁸⁸.

in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 965 ss.; Bugetti, *Sull'esperibilità delle azioni ex artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito in anonimato*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 476 ss; Ead., *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 618; Di Marzio, *Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 740; Cecchini, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo "istituto" dell'interpello*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1288; Di Lorenzo, *Tutela dell'identità personale e verità della procreazione. Mors omnia solvit*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1569 ss; Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 246 ss.

¹⁸⁸ Ferrando, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita, perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 816. Sebbene non si condivida pienamente l'assunto riportato – in quanto si trova difficile pensare che la donna non sia un soggetto coinvolto nella procedura procreativa - , parrebbe altresì interessante soffermarsi sulla *ratio* sottesa alla differenziazione di trattamento tra la donna che abbia concepito naturalmente e quella che al contrario ha dovuto ricorrere a procedure "artificiali". La distinzione sembra affondare le proprie origini nella considerazione secondo cui la consapevolezza con cui una donna affronta la gravidanza sia maggiore nel caso di procreazione assistita. Per quanto questa argomentazione sia passibile di obiezioni appare altresì evidente che il legislatore e la dottrina prevalente abbiano premura di salvaguardare lo *status* di un figlio il cui patrimonio genetico, difforme da quello dei genitori, potrebbe essere giusta causa di rimozione dello status legale non coincidente con il legame biologico.

Nonostante le perplessità sollevate, il legislatore, preferendo garantire la stabilità dello *status* del figlio concepito da PMA eterologa, attribuisce rilevanza e potere vincolante alla responsabilità procreativa assunta tramite il consenso espresso in sede di accesso alle terapie. In ogni caso, si consideri che alla donna, che abbia offerto il consenso alla pratica, è concesso revocare il consenso oltre l'evento fecondativo.

In tale prospettiva, si deve considerare infatti che le informazioni fornite al momento dell'accesso alle pratiche, conformemente a quanto previsto dall'art. 6 e dal d.m. del 2016, rendono la richiedente edotta delle conseguenze fisiologiche e giuridiche del trattamento a cui si accinge sottoporsi e altresì delle alternative, quale l'adozione, per diventare genitori¹⁸⁹. Tale obblighi informativi, se adempiuti correttamente, sono garanzia del fatto che la donna sia consapevole e cosciente del ruolo materno che andrà a rivestire alla fine trattamento, escludendo dunque qualsiasi dubbio circa la mancanza di consenso libero e informato, oltre che di volontà di essere madre¹⁹⁰.

Dall'analisi della normativa appare infatti che la figura materna goda di un maggior margine di scelta o meglio ancora di ripensamento: a lei è infatti riservato, diversamente rispetto al partner, la facoltà di opporsi all'impianto dell'embrione, nonostante la fecondazione segni il limite ultimo per ritirare il proprio consenso. Naturalmente la donna in questo caso procede a rifiutare la conclusione del procedimento per fatti concludenti, aggirando dunque il divieto posto ai sensi dell'art. 6, comma 3, l. n. 40/2004. In tale scelta viene poi assistita dalla possibilità di procedere ad indagini preimpianto, oltre che alla facoltà di crioconservare, nei casi prescritti dalla legge, gli embrioni al fine di procedere ad un impianto più sicuro in un momento anche significativamente distante nel tempo.

Possiamo dunque affermare che il legislatore pone quale limite ultimo all'assunzione dello *status* materno e degli obblighi da cui esso discendono, nella

¹⁸⁹ Angelozzi, *Stato civile*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, p. 2869; Faccioli, *Degli atti dello stato civile formati all'estero*, in AA.VV., *Commentario all'ordinamento dello stato civile*, Santarcangelo, 2013, p. 123 ss.

¹⁹⁰ Rossi Carleo, *Le informazioni per il "consenso" alla procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 705.

nascita del figlio, qualora si consideri l'eventualità che la donna possa interrompere la gravidanza¹⁹¹.

Il divieto su di lei gravante di poter essere anonima è espressione del contemperamento tra le esigenze materne e quelle del figlio nato, al quale l'ordinamento deve garantire la stabilità dello *status filiationis*, nonostante l'assenza di coincidenza tra genitorialità genetica e legale, che potrebbe porlo in un stato di vulnerabilità, qualora i genitori volessero in un secondo momento far valere l'assenza di legame biologico al fine di rimuovere il rapporto genitoriale.

Ciò a cui si ambisce è dunque non tanto la compressione del diritto di autodeterminazione della partoriente, che in questa procedura viene assicurata dalla libertà di accedere alla pratica e dalla possibilità di opporsi all'impianto, ma la solidità e della certezza dei rapporti legali genitoriali del figlio¹⁹².

In una prospettiva di più ampio respiro, si deve precisare che l'imposizione del divieto di anonimato materno fissa il punto di equilibrio tra l'autodeterminazione della donna, la definizione di madre e l'interesse del figlio a non vedersi alterato lo *status filiationis* insorgente da pratica fecondativa assistita.

3.4. Il caso dello scambio di embrioni: il legame biologico prevale sul rapporto genetico.

Alla luce delle precedenti considerazioni in merito alla distinzione tra maternità gestazionale e genetica, sembra imprescindibile tenere in considerazione la preferenza alla madre gestante che è stata espressa e accordata dalla giurisprudenza recente, chiamata a pronunciarsi su una vicenda che è stata da alcuni definita come "eterologa per errore".

¹⁹¹ Vallini, *Gli ultimi fantasmi della legge '40: incostituzionale (il supposto) reato di selezione preimpianto*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 64 ss.

¹⁹² R. Villani, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 328.

Pare a chi scrive, pare però preferibile sostenere che, come si approfondirà meglio nei prossimi paragrafi, la maternità gestazionale, quale unico modello adottato dall'ordinamento, debba essere preferita alla maternità genetica, solamente qualora la prima sia accompagnata e supportata dalla espressa volontà di diventare madre anche in caso di estraneità genetica con il feto che porta in grembo.

Questo è il principio di diritto che pare doversi desumere dalla disciplina appena illustrata in materia di divieto di anonimato materno. Ancora più precisamente quindi si potrebbe anche affermare che in sede di trattamento fecondativo eterologo, la combinazione tra volontà e parto debba essere posta alla base del rapporto di maternità e non solo l'evento naturale del parto.

3.4.1 La vicenda giudiziaria del caso dell'Ospedale Pertini.

Il caso dell'Ospedale Pertini ha imposto all'autorità giudiziaria di risolvere il contrasto tra maternità genetica e maternità gestazionale, entrambe supportate dalla volontà di accedere a pratiche procreative e dunque di assumere lo *status* genitoriale per i nascituri¹⁹³.

Il caso traeva origine da un drammatico errore medico che aveva provocato l'impianto di embrioni di una coppia nell'utero di una donna, che desiderava sottoporsi insieme al marito ad un trattamento di PMA omologa; realizzandosi dunque contrariamente alla volontà espressa dalle coppie, una PMA eterologa per errore, o se interpretata in altra prospettiva una maternità surrogata per errore.

Delle due procedure, solo una era andata a buon fine, realizzandosi dunque, che una donna stava portando la gravidanza di due gemelli ai quali non era connessa

¹⁹³ Per la ricostruzione e l'analisi della vicenda si v. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., Padova, 2019, p. 416; Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, 2018, p. 149 ss.; Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 83; Caggiano, *Veridicità della filiazione ed errore nella procreazione assistita. Un rapporto possibile tra interpretazione della legge e studi empirici*, Pisa, 2018, p. 104 ss.; Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3751 ss.; Pascucci, *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2111 ss.; in *Fam. e Dir.*, 2014, p. 929, con nota di Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*.

geneticamente così come il di lei marito: al contrario i due nascituri condividevano il patrimonio genetico dell'altra coppia.

La donna incinta, pur informata dai sanitari dell'accaduto, ha condotto a termine la gravidanza e dato alla luce i due bambini.

Il contrasto tra le posizioni delle coppie appare evidente: la coppia che non aveva raggiunto la gravidanza vantava infatti un legame genetico con i nascituri, mentre l'altra poteva rivendicare la genitorialità in forza del legame gestazionale. Si specifica che alla nascita i gemelli sarebbero stati considerati automaticamente figli anche del marito della gestante, sia in caso di applicazione dell'art. 8 sia in caso di applicazione della presunzione di paternità, essendo la coppia coniugata.

I genitori genetici hanno dunque fatto ricorso in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c., giustificando la scelta in considerazione dell'imminente nascita dei gemelli, al Tribunale di Roma richiedendo una decisione che autorizzasse tutti gli ufficiali di stato civile ad iscrivere i gemelli come figli loro, in forza del legame genitoriale genetico, richiedendo altresì la consegna degli stessi subito dopo la nascita.

Il ricorso si è in seguito rivelato inutile, in quanto il parto avvenne prima dell'udienza cautelare e i nati furono allora registrati quali figli della partoriente e del di lei marito. In sede di udienza cautelare, i ricorrenti avanzarono dunque la richiesta che i figli venissero collocati presso una struttura di assistenza ed, in via subordinata, che gli venisse riconosciuto il diritto di visita sino a conclusione del giudizio di merito che di lì a breve avrebbero instaurato. L'intento perseguito dei ricorrenti era dunque quello di ostacolare la costituzione di una abitudine ed un legame affettivo con i genitori biologici e di ottenere altresì un spazio in cui inserirsi nella vita dei neonati.

In udienza cautelare, i ricorrenti avevano già richiesto al giudicante di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 269, comma 3, c.c., nella parte in cui prevede, senza eccezioni, che è madre colei che partorisce; dell'art. 239, comma 1, c.c., nella parte in cui prevede la possibilità di reclamare lo stato di figlio solo in caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato; e dell'art. 243 *bis* c.c., nella parte in cui viene limitata la legittimazione ad agire in disconoscimento di paternità ai componenti della famiglia nucleare.

La strategia giudiziaria degli attori era in ultima analisi quella di essere legittimati ad agire al fine di ottenere la rimozione dello stato giuridico dei figli nati.

Il tribunale¹⁹⁴ ha però rigettato tutte le richieste presentate dalla coppia: attestandosi la motivazione nella strenua difesa della maternità intesa quale legame insorgente dalla gestazione e del rapporto affettivo che si instaura sin dai primi momenti di vita.

In motivazione si legge infatti che: "La soluzione che si ricava in via interpretativa dall'applicazione al caso di specie del comma 3 dell'art. 269 c.c. e dall'art. 231 comma 1 c.c. è quella che meglio si concilia a parere di questo giudicante con gli interessi dei minori coinvolti, anche in relazione al loro diritto ad essere cresciuti nella famiglia, intesa come comunità degli affetti, che li ha accolti. La letteratura scientifica è unanime nell'indicare come sia proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre. D'altro canto è solo la madre uterina che può provvedere all'allattamento al seno del bambino.

Non può, pertanto, non ritenersi sussistente un interesse dei minori al mantenimento di tale legame, soprattutto alla luce del fatto che i bambini sono già nati e nei loro primi giorni di vita deve ritenersi abbiano già instaurato un

¹⁹⁴ Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1565 ss.; in *Dir. fam. pers.*, 2015, 186 e segg., con nota di M. Bianca, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*; in *Fam. e dir.*, 2014, p. 929, con nota di Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1110, con nota di Scalera, *Mater semper certa est? Considerazioni a margine dell'ordinanza sullo scambio di embrioni*; in *Giur. it.*, 2015, p. 319 ss., con nota di Mendola, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*; in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 197, con nota di Renda, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*. In argomento si v. anche Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 242 ss.; Ciruolo, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *juscivile.it*, 2014, 12, p. 485; Poddighe, *Lo scambio di embrioni fra Salomone, Mosè, Pilato e Giuseppe*, in *www.giustiziacivile.com*, 1 dicembre 2014; Agosta, *Quando l'eterologa è inaspettata: il preminente interesse del minore quale criterio di reductio ad unum dei (troppi) frammenti di maternità*, in *Consulta OnLine* (8 ottobre 2014), p. 1-14. Corvi, *Lo scambio di embrioni nelle diverse esperienze giuridiche*, in *Vita not.*, 2014, p. 701; Caggiano, *Veridicità della filiazione ed errore nella procreazione assistita. Un rapporto possibile tra interpretazione della legge e studi empirici*, Pisa, 2018; A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, p. 226.

significativo rapporto affettivo con entrambi i genitori e sono già inseriti in una famiglia"¹⁹⁵.

Ciononostante la coppia ha instaurato un procedimento di merito e nelle more dello stesso, ha proceduto a presentare due ricorsi separati in via d'emergenza ex art. 700 c.p.c., al fine di ottenere due ordine che concedesse ad entrambi i componenti della coppia il diritto di visita¹⁹⁶.

3.4.2. Il giudizio di merito.

Il tribunale di Roma¹⁹⁷ con la pronuncia del 10 maggio 2016 ha messo fine alla complessa e tortuosa¹⁹⁸ vicenda giudiziaria, pronunciandosi in favore della coppia biologica, ossia della madre gestante e del di lei marito.

Leggendo la problematica alla luce della contrapposizione tra legame genetico e vincolo biologico, il tribunale sancisce che il legame genetico tra i due gemelli e la coppia ricorrente, chiaramente pacifico nel caso di specie, è "privo di effetti sostanziali sulla base del diritto vigente, che non contempla alcuna possibilità di frazionamento della genitorialità".

Alla luce della normativa codicistica, confortata dalla legge n. 40/2004, il giudice afferma che sia fuorviante interpretare l'art. 8 della l. n. 40/2004 quale norma che attribuisce lo *status* giuridico dal momento della formazione dell'embrione. Solo a partire dall'impianto, con la successiva gravidanza e con il parto, è possibile conferire la qualificazione di rapporto di filiazione. In altre parole per la determinazione dello stato di filiazione: "la gestazione resta un fattore

¹⁹⁵ In argomento si v. Pascucci, *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2111 ss.

¹⁹⁶ Rigettati da Trib. Roma, 22 aprile 2015, consultabile in *Diritto civile contemporaneo* e in *questionegiustizia.it* ed, in sede di reclamo, da Trib. Roma, 2 ottobre 2015, in *Dejure*.

¹⁹⁷ Trib. Roma, 10 maggio 2016, in *Giur. it.*, 2016, p. 2109 ss, con nota di Pascucci, *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?*.

¹⁹⁸ Si ricorda che nelle more del giudizio i ricorrenti avevano presentato istanza alla Corte Edu che però aveva ritenuto il ricorso irricevibile: Cedu, 16 dicembre 2014, X e Y c. Italia, ric. n. 41146/14, in *giustizia.it*.

decisivo, anche al di là della provenienza dei gameti, e ciò tanto più appare evidente all' esito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale che ha caducato il divieto di fecondazione eterologa".

Dall'analisi sistematica della normativa, ed in particolare dalla lettura dell'art. 9 della succitata legge, si desume un ulteriore argomento: la disposizione che inibisce alla partoriente l'esercizio del diritto a non essere nominata conferma che "nell'impianto della legge è mantenuto fermo il legame tra parto e identificazione della madre, pur in un contesto scientifico che ormai rende scindibili le figure della madre genetica e di quella uterina. Conclusione questa che appare rafforzata altresì dal permanere del divieto di maternità surrogata anche a seguito degli interventi più recenti della Corte Costituzionale sul sistema della legge 40."

Per quanto concerne invece la paternità, il marito della partoriente è riconosciuto come padre dei due gemelli in forza dell'art. 231 c.c. che vale a ricomprendere nella presunzione di paternità anche i figli che siano nati nel matrimonio.

Nel giudizio di merito il padre genetico aveva dunque proceduto a ricorrere tramite azione di disconoscimento della paternità, fermo restando la illegittimità attiva del padre (o genitore) genetico ad agire per la rimozione dello stato di filiazione matrimoniale. La strategia difensiva presupponeva altresì l'accettazione della questione di legittimità.

In merito il collegio, confermando le precedenti pronunce del medesimo tribunale in sede cautelare, ha escluso che l'articolo 243-*bis* c.c. conferisca alcuna legittimazione al genitore genetico ai fini della proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità, riservata al padre, alla madre e al figlio. A ciò si aggiunge che la citata legge 40, all'articolo 9 preclude espressamente a colui che abbia prestato il proprio consenso alla fecondazione assistita di procedere al disconoscimento di paternità, come pure all'uomo che abbia messo a disposizione i propri gameti, di acquisire alcuna relazione giuridica parentale con il nato e di far valere nei suoi confronti alcun diritto."

3.4.3. La maternità gestazionale nella analisi della pronuncia.

Ai fini della nostra ricerca, ci preme soffermarci sulla prima pronuncia del Tribunale dell'8 agosto 2014, che come giustamente è stato fatto notare, indica l'indirizzo argomentativo che è stato mantenuto per tutta la vicenda giudiziaria¹⁹⁹.

Centrale ai fini della risoluzione del caso, è tener presente la duplice prospettiva: da un lato, il soddisfacimento almeno parziale del desiderio di realizzare un progetto genitoriale e dall'altro garantire ai nati la stabilità dello *status* e la solidità del rapporto genitoriale, precludendo l'eventuale vulnerabilità del legame e tenendo in considerazione il benessere dei figli anche una volta cresciuti.

Il quesito centrale era dunque quello di ricostruire la disciplina applicabile ad un caso chiaramente non contemplato e non regolato dalla normativa. Chiaramente non vi è da stupirsi circa l'assenza di regolamentazione delle conseguenze giuridiche di un errore umano imprevedibile e accidentale, ma vi è da interrogarsi sulla normativa applicabile.

Il giudice *in primis* esclude che la fattispecie possa essere *sic et simpliciter* ricondotta alla fecondazione eterologa, mancando, almeno *ab origine*, la volontà di sottoporsi a tale tipologia di PMA. L'autorità giudicante ha ritenuto infatti irrilevante, ai fini della configurazione della fattispecie procreativa, il consenso informato fornito al momento dell'accesso alla tecnica, in quanto non rivolto alla pratica eterologa ma a quella omologa. Con le parole del collegio: "Non sono state nel caso di specie infatti rispettate le procedure previste dall'art. 6 della Legge 40, ritenuto dalla Corte Costituzionale applicabile anche alle tecniche di fecondazione eterologa, in quanto le parti avevano prestato il consenso informato alle sole tecniche di fecondazione omologa"²⁰⁰.

Ciononostante, pare a chi scrive, che si debba dubitare della totale assenza di consenso in considerazione della scelta consapevole effettuata dalla donna di portare comunque a termine la gravidanza, nonostante fosse stata resa edotta

¹⁹⁹ Pascucci, *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2111 ss.; Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, 2018, p. 149 ss.

²⁰⁰ Trib. Roma, 8 agosto 2014, cit.

dell'avvenuto scambio di embrioni.

L'argomentazione del giudice pare invece convincente nella parte in cui esclude che la fattispecie concretizzi un'ipotesi di "maternità surrogata", non solo per la mancanza del consenso, ma soprattutto per l'assenza di volontarietà nel comportamento sia della madre genetica che della madre biologica.

Conclude dunque affermando che il caso coinvolge "un'eterologa "da errore" (la madre porta in grembo embrioni geneticamente non suoi né del marito o del partner) o una surroga materna "da errore" (i genitori genetici producono embrioni che sono impiantati nell'utero di un'altra donna che li porta in gestazione) con una procedura priva di consenso, il che sembra generare una situazione di indeterminatezza in merito alla maternità e paternità a fronte di un vuoto legislativo che dovrebbe venire colmato in via interpretativa".

Dopo aver escluso l'applicabilità della normativa speciale dedicata alla procreazione artificiale, il tribunale, ricostruendo la normativa dedicata alla definizione dei ruoli genitoriali ed, in particolare, a quello materno, afferma come nonostante gli interventi riformatori la definizione di maternità debba essere intrinsecamente connesso con l'evento naturale del parto, osservando che neppure la caduta del divieto di eterologa abbia interferito con tale "ontologica" definizione.

A questo punto, il tribunale procede con un'acuta e dettagliata analisi delle variabili geometrie che può assumere la genitorialità una volta che le pratiche fecondative l'hanno frantumata.

Consapevole della pluralità delle figure *latu senso* genitoriali che possono partecipare alle procedure procreative, il giudice evidenzia la centralità assunta dal consenso informato e consapevole, in merito alle conseguenze giuridiche e deontologiche, e dalla volontà di assumere il ruolo genitoriale, indipendentemente dall'effettivo rapporto genetico intercorrente. Assunzione del ruolo genitoriale ulteriormente valorizzato a seguito della riforma della filiazione, che intervenendo sulla morfologia e sulla struttura della responsabilità genitoriale ha enfatizzato il ruolo del genitore, ponendo al centro della struttura normativa e relazionale tra i

soggetti coinvolti le esigenze del figlio²⁰¹.

Tale prospettiva viene inoltre avvalorata dalla rilevanza attribuita dalle corti nazionali e sovranazionali alla verifica del legame affettivo costituitosi tra i genitori e il nato, in conformità al perseguimento del superiore interesse del minore.

Quale risultato di questa ricostruzione, l'autorità tratteggia il percorso lungo il quale il legame genetico ha progressivamente perso di centralità giungendo dunque ad affermare che "il legislatore ha accolto il principio in base al quale la tutela del diritto allo *status* ed alla identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità genetica".

Si contrappone, dunque, il concetto di famiglia tradizionale fondata sul legame di sangue e, dunque, sull'appartenenza ad un medesimo ramo genetico, all'idea emergente di nucleo familiare quale unitarietà degli affetti. "Non può più ragionevolmente ritenersi che il principio della verità genetica nei rapporti di filiazione sia sovraordinato rispetto agli altri interessi in conflitto"²⁰².

Una recente dottrina ha dunque concluso che il vincolo genetico non debba essere considerato esclusivo né prevalente, ma debba essere analizzato e bilanciato alla luce della valutazione del dato concreto e dell'effettivo soddisfacimento del superiore interesse del figlio²⁰³. Tale ricostruzione sembra dunque suggerire la prevalenza o, quantomeno, la maggior rilevanza del legame affettivo di matrice fattuale che si crea durante la gestazione e nel periodo immediatamente successivo al parto.

²⁰¹ Per approfondimenti sulla Riforma della filiazione, si v. Sesta, voce *Filiazione* (dir. civ.), *Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 445; id., *Le azioni di stato dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Rass. for.*, 2014, p. 327; id., *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 454; id., *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 231; M. Bianca (a cura di), *Filiazione: commento al Decreto attuativo : le novità introdotte dal D. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Milano, 2014; Cicero, *Filiazione (riforma della)* (sez. civ.), in *Dig. dir. priv.*, Agg., 2016, p. 287.

²⁰² Trib. Roma, 8 agosto 2016, cit. Sotto tale profilo, appare rilevante menzionare il contributo che hanno fornito le pronunce *Mennesson* e *Labasse* contro Francia, tramite le quali si è convogliata l'idea che l'estraneità genetica non sia motivo sufficiente a screditare il vincolo familiare de facto formatosi a seguito della nascita. Il valore di tale riflessione assume maggior portata se si considera che l'oggetto della pronuncia verteva sul riconoscimento del rapporto di filiazione insorto a seguito di nascita da madre surrogata.

²⁰³ Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, 2018, p. 177.

Sembra però opportuno ritenere che tale affermazione appare parziale: la ricostruzione offerta dalla vicenda in commento non offre soddisfacente attenzione alla volontà di autodeterminazione procreativa: in considerazione della volontà espressa di accedere alla pratica (sebbene sia già stato ribadito che il consenso è parziale), di procedere nella gestazione (nonostante l'informazione circa l'estraneità genetica dei feti) e, dunque, di assumere il ruolo genitoriale. Il presupposto volitivo appare infatti necessario nella misura in cui il tribunale esclude che si applicabile la disciplina della l. n. 40/2004: ipoteticamente infatti, applicando al caso in esame la normativa prevista per il concepimento "naturale", la madre avrebbe potuto richiedere di non essere nominata, ed essendo lei coniugata, tale decisione avrebbe impedito l'applicabilità della presunzione di paternità.

Alla luce di tale assunto, l'applicazione dell'enucleato principio di diritto, che deve necessariamente essere condiviso, pare però ostacolato dall'avvicinarsi dei fatti. Difatti sebbene si consideri prevalente l'elemento volontaristico e il legame affettivo, nella tormentata vicenda vi sono due coppie che desiderano assumere la responsabilità genitoriale ma in nome di un titolo diverso: uno genetico e uno gestazionale.

In tale contesto e alla luce della suesposta ricostruzione, il Tribunale conclude la vicenda ribadendo che la maternità debba essere sempre quella uterina²⁰⁴, accettando l'eventuale discordanza con la maternità genetica, che non assume alcuna rilevanza ai fini della formazione del rapporto di filiazione. La gestazione e dunque l'utero materno è il luogo in cui inizia a formarsi la vita. Inoltre, la gestazione rappresenta indubbiamente un momento privilegiato che costituisce un rapporto significativo tra la madre e il figlio. Il fatto inoltre che i figli appena nati fossero stati accolti dai genitori biologici, ritiene la corte, aveva già permesso il costituirsi di un legame affettivo significativo.

²⁰⁴ Favorevoli a tale ricostruzione: C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, VI ed., Milano, 2017, p. 79; id., *Stato delle persone*, p. 687. Pare contrario a tale ricostruzione Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in Oppo, *Scritti giuridici*, VII, *Vario diritto*, Padova, 2005, p. 73, ove afferma che "non possa essere considerata madre la donna che ospita l'embrione alla cui formazione non ha concorso ..omissis.. Non si può attribuire la maternità alla donna che ha ricevuto il principio di vita già individualizzato anche se lo ha ospitato e cresciuto".

La decisione appare inoltre porsi in ideale continuità con la disciplina vigente che sebbene possa concepire una scissione tra maternità biologica e genetica, non può svincolare il concetto di madre da quello di partoriente. Conseguenza di tale impostazione è l'ancora vigente divieto di surrogazione di maternità, compatibile con la valorizzazione del legame genetico, che qualora ritenuto prevalente minerebbe la resistenza del divieto, mettendo in pericolo la libertà e la dignità della donna partoriente.

3.4.4. Riflessioni *ex latere patris* e in merito alla disciplina del disconoscimento della paternità.

Le pronunce sommariamente riassunte fino ad ora concordano sull'esclusione, nel caso di specie, dell'applicabilità della disciplina della PMA, mancando l'elemento imprescindibile del consenso specifico alla procedura eterologa. L'intervento dell'errore umano ha infatti impedito la valorizzazione dell'elemento volontaristico, creando di fatto un concepimento frutto di una PMA anomala.

In ultima analisi, ciò che risulta chiaro è il ridimensionamento del legame genetico e la rilevanza del dato gestazionale-affettivo, ma appare interessante soffermarsi brevemente sulle criticità, sebbene di minor portata, incontrate nella ricostruzione della figura paterna.

La vicenda, per come ricostruita, non pone particolari difficoltà: lo stato coniugale della gestante permette infatti l'applicabilità della presunzione di paternità *ex art. 231 c.c.*, attribuendo così al marito la qualifica di padre.

Nonostante l'esclusione di applicabilità della normativa in materia di procreazione eterologa appare altresì evidente, dalla lettura della motivazione, che il collegio ritiene che la norma dell'art. 8 e 9 non sia autonoma rispetto alla disciplina codicistica in materia di attribuzione dello *status filiationis*.

Per quanto concerne però il ruolo paterno, appare interessante da un lato il tentativo del padre genetico di rimuovere lo *status* del figlio, forte del legame di

sangue, e dall'altro come la posizione del padre genetico (non) sia tutelata dall'ordinamento.

Adottando una prospettiva più ampia, è possibile notare come l'intervento normativo realizzato dal d.lgs. 154/2013, in esecuzione della delega conferita²⁰⁵ dalla riforma della filiazione del 2012, ha limitato i termini prescrizionali per agire in sede giudiziale per rimuovere lo *status* di figlio qualora non corrispondente al legame affettivo/sociale. La legittimazione si è limitata ai membri del nucleo familiare ristretto, concedendo solo al figlio la legittimazione ad agire privo di restrizioni prescrizionali. Per la madre e per il padre, oltre ai limiti prescrizionali personali, agisce altresì un termine tombale di 5 anni dalla nascita del figlio.

Da ciò emergono dunque due riflessioni: il figlio diviene unico detentore della facoltà di agire in giudizio al fine di rimuovere o meno il proprio stato, espressione della più ampia estensione dell'esercizio del diritto a conoscere le proprie origini. Si deve altresì dedurre che la ricerca dell'equilibrio tra il principio di verità e l'esigenza di conservazione della stabilità dello *status* è affidata, nel lungo periodo, al desiderio del figlio.

Escludere dal novero dei legittimati attivi soggetti estranei e, dunque, presunti genitori genetici risponde altresì all'esigenza di non esporre i figli al rischio dell'incertezza dello *status filiationis*: medesima *ratio* sostiene altresì i divieti prescritti dall'art. 9 della l. n. 40/2004.

Compatibilmente dunque a tale impostazione appare chiaro che, venendo meno l'interesse pubblico al perseguimento della coincidenza tra vincolo legale e legame biologico, da un lato si limita la legittimazione ai soggetti coinvolti personalmente nel rapporto filiazione-genitorialità e altresì l'emersione della verità genetica non è più una priorità. L'esigenza appare dunque quella di salvaguardare la stabilità e la conservazione dei rapporti affettivi, a prescindere dalla condivisione di un medesimo patrimonio genetico.

²⁰⁵ In dottrina sono state sollevate alcune perplessità circa la regolamentazione delle azioni di stato: alcuni commentatori hanno infatti criticato l'intervento del governo sulla normativa degli strumenti giudiziali a tutela dello *status filiationis*, ritenendolo eccedente dal conferimento effettuato dal Parlamento.

3.4.5. Alcune perplessità.

La posizione assunta dalla giurisprudenza nella vicenda dell'Ospedale Pertini non ha ricevuto unanime accoglimento in dottrina; sebbene sofferta, la pronuncia che ha attribuito alla donna gestante il ruolo di madre risponde all'esigenza di conservazione del principio di *mater semper certa est*, espresso dall'art. 269, comma 3, c.c., che ad oggi risponde altresì alla necessità di tutelare la maternità e la dignità della donna gestante, oltre che allo speciale rapporto che si crea con il nato durante la gravidanza.

La soluzione non ha convinto quella dottrina che da un lato solleva critiche circa la portata definitoria dell'art. 269, comma 3, c.c., e dunque sulla presunta prevalenza della maternità uterina su quella genetica²⁰⁶; e, dall'altro, ritiene che la genitorialità debba essere attribuita chi ha contribuito alla fecondazione e ne ha desiderato le conseguenze, piuttosto che a colei che si è limitata a portare a termine la gravidanza di un embrione, o meglio "di un principio di vita già individualizzato"²⁰⁷, assumendo che l'embrione è già tutta l'essenza dell'individuo futuro.

Coloro che escludono che la normativa in materia di PMA abbia alterato il modello di maternità fondato sul legame gestazionale giustificano tale posizione sulla base di una duplice argomentazione: da un lato che i donatori non vengono considerati figure genitoriali, non instaurandosi alcun legame giuridico né con il

²⁰⁶ Si v. Renda, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 197; id., *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 485; Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 242 ss.; *Contra* Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, p. 139. Si v. Anche Sciarrino, *Mater sempre certa o sempre incerta? La maternità è fluida ma l'art. 263 c.c. non si tocca*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 510 ss.

²⁰⁷ Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in Oppo, *Scritti giuridici*, VII, *Vario diritto*, Padova, 2005, p. 52, ove l'Autore acutamente afferma che "è da ritenere che la regola dell'art. 269 c.c., secondo cui madre è la partoriente, non sia applicabile a un'ipotesi che non era immaginabile al tempo dell'emanazione del codice; ed è da ritenere che paternità e maternità, e così lo stato del nato, debbano riportarsi a chi ha concorso alla fecondazione e quindi alla creazione dell'embrione". Si v. anche Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 266; Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, p. 139-140.

nato né con i genitori "committenti"; dall'altro che sia imposto il divieto di non essere nominata della "madre del nato", ponendo quale presupposto che tale figura non possa essere altro che la partoriente²⁰⁸.

Ricostruzione non condivisibile e obiettabile nella misura in cui il ruolo del donatore non è caratterizzato dalla volontà di assumere il ruolo genitoriale. Inoltre, in altri contesti l'ordinamento garantisce e consente un atto volontario di donazione, escludendo che insorga un rapporto giuridico e altresì tutelando l'anonimato dello stesso. Per quanto concerne inoltre la seconda argomentazione, sembra poco convincente in quanto si assume quale presupposto il significato che il significante dovrebbe esprimere: e così la madre che è per definizione colei che ha partorito deve essere dunque la partoriente.

Altresì appare calzante la considerazione che, qualora si affermasse che dall'ordinamento si possa desumere una generale preferenza per la madre gestazionale, è altresì vero che non si distingue tra madre biologica e madre genetica²⁰⁹. In questa prospettiva, si ritiene condivisibile l'esigenza di una necessaria specificazione: "la madre è colei che partorisce il frutto della fecondazione di un suo ovulo"²¹⁰.

In questo senso, a chi scrive, pare convincente l'obiezione mossa da chi sostiene che la presenza del divieto di maternità surrogata non sia sufficiente da un lato a giustificare la tutela della dignità della maternità e, dall'altro, a dichiarare la prevalenza del parto sul legame genetico²¹¹.

Accogliere tale presupposto comporta altresì una serie di conseguenze che sul piano sistematico pongono alcune perplessità: in merito alla doppia maternità, qualora priva di rapporto genetico, nella coppia omosessuale, convogliando l'idea che l'unico modo che una donna ha per diventare madre è tramite il parto, fermo restando la possibilità di adottare.

²⁰⁸ Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, p. 140 -141.

²⁰⁹ Gorassini, *Procreazione* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 963.

²¹⁰ Vercellone, *Procreazione artificiale*, in *Digesto* (civ.), XV, Torino, 1997, p. 309.

²¹¹ *Contra* Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, p. 139 ove si ritiene che il criterio base sia rimasto immutato e che il legame con la partoriente debba essere preferito.

3.5 Two mothers and a limited father nell'esperienza inglese.

Un rapido sguardo all'ordinamento inglese appare interessante sotto una pluralità di prospettive. Ciò che infatti appare interessante è evidenziare come, alla luce di una normativa maggiormente permissiva che contempla non solo la omogenitorialità ma altresì la maternità surrogata, il legame biologico, sviluppatosi nel corso della gestazione, rappresenta anche nella normativa inglese un elemento identificativo della maternità assolutamente irrinunciabile.

A norma della Section 33 (1) HFEA 2008, la donna che ha partorito o sta per partorire il figlio concepito a seguito della inseminazione in vitro o in vivo, e nessuna altra donna, deve o può essere trattata quale madre del figlio. La definizione di "madre" appare incontrastata nonostante l'intervento della *Human Fertilization Embriology Act* (1990 e 2008) e del *Surrogacy Agreement Act* (1985).

In entrambi i contesti normativi e sociali, nonostante la profonda diversità, la madre è colei che concepisce, prescindendo dalla identità genetica e dall'eventuale contributo genetico proveniente da altre donne, indicando chiaramente la preferenza che l'ordinamento inglese ha attribuito alla maternità gestionale

Occorre infatti notare fin da ora, ma si approfondirà meglio nel prossimo capitolo, che a norma SA 1985 la gestante surrogata, è la madre legale ed esercita la responsabilità genitoriale sino a quando i committenti non ottengano il *parental order* in forza del quale, con l'accordo delle parti, il legame genitoriale materno viene rescisso e sostituito dalla coppia committente.

3.5.1. Human Fertilization Embriology Act.

Nonostante i trattamenti di riproduzione artificiale offrano la possibilità di separare e scindere l'unitario concetto di maternità, il dettato normativo inglese in materia non offre altra soluzione: la donna che porta a termine la gravidanza è la madre del nato.

La scelta normativa può essere giustificata alla luce di una triplice considerazione: *in primis*, il legame che si costituisce tra la madre e il figlio durante la gravidanza appare sufficiente a giustificare lo *status* di genitorialità della stessa. La legge enfatizza dunque il legame biologico, più di quello genetico, valorizzando il contributo della madre gestante²¹². La medesima argomentazione pare essere stata accolta anche da Lady Hale in Re G²¹³, ove afferma che “*the process of carrying a child and giving him birth (which may well be followed by breast-feeding for some months) brings with it, in the vast majority of cases, a very special relationship between mother and child, a relationship which is deferent from any other*”.

Argomentazione che è stata poi adottata nuovamente sull’assunto che la “*the mother is special*”²¹⁴.

In secondo luogo, il dettato legislativo può essere giustificato anche in ragione della certezza del legame biologico, sotto un profilo probatorio, considerando la facilità della verificabilità.

Un ultimo argomento è strutturato sulla base di alcune considerazioni svolte in giurisprudenza circa la tutela che la procedura riproduttiva deve riservare all’anonimato del donatore e più specificatamente della donatrice, che sarebbero dunque inibiti dal donare, se potesse da questo discendere l’assunzione dello *status* e il conseguente esercizio della responsabilità genitoriale²¹⁵.

L’assunto, che, come precedentemente illustrato, non è altro che la sussunzione di un dato naturale a elemento costitutivo giuridicamente rilevante, porta con sé il necessario corollario della possibile sussistenza di un’unica figura genitoriale femminile e ancor di più della possibile qualificazione di un’unica madre in termini legali. Tale costruzione provoca una serie di squilibri tra le coppie di madri dello stesso sesso e le madri surrogate.

²¹² Herring, *Family Law*, 8th ed., London, 2017, p. 356.

²¹³ Re G [2006] 1 FCR 436, § 34.

²¹⁴ Johnson, *A biomedical Perspective on Parenthood*, in *What's a Parent? A Socio-Legal Analysis*, edited by Bainham, Sclater and Richards, London, Hart Publishing, 1999, p. 46 ss.

²¹⁵ Herring, *Family Law*, 8th ed., London, 2017, p. 356.

Occorre sottolineare che il problema della legittimazione e del formale riconoscimento della doppia figura genitoriale femminile non è insorta prima dell'introduzione nell'ordinamento inglese del HFEA nel 2008. La normativa previgente del 1990 infatti precludeva implicitamente l'accesso alle tecniche di fecondazione alle coppie omosessuali femminili. La struttura normativa infatti, sebbene non richiedesse requisiti soggettivi tassativi, riservava alle strutture sanitarie la discrezionale valutazione delle caratteristiche dei richiedenti delle cure. La normativa prevedeva infatti che la clinica, nel vagliare le condizioni della coppia richiedente il trattamento, dovesse perseguire la realizzazione e il soddisfacimento del "*welfare of the child to have a father*". La norma così formulata offriva scarse possibilità di interpretazione, tale da poter garantire l'accesso anche a coppie dello stesso sesso: ciononostante poteva prestarsi a comportamenti elusivi, di coppie di donne che richiedessero l'intervento di un uomo compiacente.

Il legislatore è intervenuto nel 2008 a modificare la disciplina sostituendo il parametro di valutazione legata alla necessaria presenza della figura maschile con la formula "*a supportive parenting*" (HFEA 2008, Section 14(2)(b)); tale formula permette chiaramente di escludere l'elemento di genere al fine di valutare la effettiva idoneità dei richiedenti.

Nonostante la concessione di un tendenziale libero accesso alle tecniche riproduttive, il legislatore si è mostrato refrattario al riconoscimento formale di una seconda figura genitoriale femminile, riconoscendo tale "aggiuntiva" maternità esclusivamente quale *second parent*. Sebbene tale difformità rilevi solo sotto un profilo formale, essendo il *second parent* a tutti gli effetti legale titolare della responsabilità genitoriale e onerato degli obblighi gravanti sulla figura genitoriale, il denegato riconoscimento di una seconda figura materna provoca una profonda frattura nel contesto di genitorialità omogenitorialità; da un lato, infatti, si promuove la costruzione di una gerarchia tra le madri basata sul legame di sangue, e, dall'altro, si tende a rinforzare l'idea della riproduzione eterosessuale, che preclude la sostituzione della figura genitoriale maschile, sebbene si limiti in questo caso ad un contributo meramente genetico alla procreazione.

La problematica qualificazione del fenomeno del *co-mothering* mostra chiaramente l'incapacità normativa e giudiziaria di estendere la maternità a più di un individuo: tale posizione assume ovviamente rilevanza sotto un profilo sociologico ancor prima che giuridico. L'opposizione a riconoscere anche solo formalmente la titolarità della doppia genitorialità femminile sottende la convinzione e il desiderio di rinforzare il paradigma eterosessuale in seno alla procedura riproduttiva e quindi all'assetto familiare.

3.5.2. La “presunzione di maternità” in *married and partnership lesbian couple*.

La Section 42 HFEA 2008 disciplina l'attribuzione dello *status* genitoriale alla partner, sposata o parte di una *civil partnership*, della donna che abbia partorito a seguito della sottoposizione ad un trattamento di riproduzione artificiale: “*If at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or of her artificial insemination, W was a party to a civil partnership [or a marriage with another woman], then subject to section 45(2) to (4), the other party to the civil partnership [or marriage] is to be treated as a parent of the child unless it is shown that she did not consent to the placing in W of the embryo or the sperm and eggs or to her artificial insemination (as the case may be). This section applies whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time mentioned in subsection*”.

La regolamentazione, così modificata a seguito dell'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso ad opera del *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* (c. 30), Section 21(3)²¹⁶, offre l'opportunità non solo di analizzare la tecnica normativa adottata per legittimare la duplice maternità, per la maggior parte ispirata e mutuata dalla disciplina riservata alla genitorialità eterosessuale, ma anche di verificare l'esistenza di eventuali discrepanze e incongruenze da essa scaturenti su di un piano normativo e sociale.

La Section 42 HFEA 2008 adotta lo stesso meccanismo di attribuzione automatica della genitorialità, previsto per determinare la paternità del marito e del

²¹⁶ Consultabile in <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents/enacted>.

partner, prescrivendo che qualora la donna che si sia sottoposta a fecondazione assistita sia stata, all'epoca del concepimento – inteso in questo specifico caso quale momento della allocazione in utero dell'embrione fecondato o dello sperma o dell'ovulo –, sposata o in convivenza registrata, allora la *partner* dovrà essere trattata quale “*parent*”. La stessa potrà impedire l'attribuzione della genitorialità solo fornendo la prova di non aver acconsentito al trattamento riproduttivo.

Gli elementi dunque caratterizzanti sono: il vincolo legale tra gestante e secondo genitore, il consenso, o la prova del mancato assenso espresso al tempo del trattamento, ed infine l'attribuzione dello *status* di “*second parent*”.

La rilevanza attribuita al legame giuridico intercorrente tra la madre e la *partner* risuona quale trasposizione, in un contesto di concepimento “artificiale”, della presunzione di paternità che, ideata per rispondere alle esigenze di una riproduzione “naturale”, regola l'attribuzione dello *status* genitoriale eterosessuale: il padre è il marito della moglie all'epoca del concepimento²¹⁷. Tale presunzione, in combinato disposto con la legittimazione dello *status* di figlio, ha giocato un ruolo determinante nella conservazione e nella tutela della famiglia matrimoniale che è stata codificata per la prima volta dal *Code Napoléon* (art. 312), il quale statui che “*l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari*”. La presunzione di paternità svolgeva la funzione di attribuire la genitorialità, di certificare la legittimità dei figli nati dalla moglie e di offrire al padre una legittima discendenza²¹⁸. Lo strumento presuntivo aveva da un lato il merito di preservare e garantire la struttura familiare matrimoniale, ma dall'altro esprimeva un chiaro *favor* per la conservazione dello *status* di legittimità, anche se eventualmente in contrasto con la verità biologica.

²¹⁷ Nella disciplina inglese, il vincolo matrimoniale o il rapporto registrato di convivenza non è l'unico elemento sul quale si fonda la presunzione di paternità. L'uomo il cui nominativo compare nel certificato di nascita o colui che da elementi di fatto (quale ad esempio la prova di aver avuto rapporti sessuali con la madre), si presume essere il padre.

²¹⁸ Engels, *The origin of the Family, Private Property and the State*, Lawrence&Wishart, 1985, p. 92. Engels riteneva che questo fosse il simbolo/il segno dell'inizio della “civilizzazione”, “based on the supremacy of the man, the express purpose being to produce children of undisputed paternity; such paternity is demanded because these children are later to come into their father's property as his natural heirs”.

Il parallelismo condotto tra presunzione di paternità e attribuzione della genitorialità in un contesto di fecondazione assistita ha lo scopo di evidenziare e sollevare alcuni dubbi circa la funzionalità del sistema e dei principi che ispirano la struttura familiare.

Se, come anticipato, la presunzione di paternità agisce al fine di costituire rapporti legittimi tra padre e figli, è altrettanto vero che tale esigenza appare perdere rilevanza sia in ragione della abrogazione della differenza tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori di esso; ma ancora di più che la scienza può fornire la prova decisiva circa il legame biologico, senza la necessità di ricorrere ad una costruzione giuridica, quale la presunzione.

In un contesto di genitorialità “intenzionale” omosessuale, intesa quale legame parentale insorgente dal solo conferimento del consenso ad un trattamento riproduttivo per il quale non si fornisce nessun ulteriore contributo, appare ancora più rilevante la scelta di perpetrare il medesimo meccanismo di automatica attribuzione in ragione di un rapporto giuridico formalizzato tra i genitori.

Appare dunque che l’elemento volitivo svolga una funzione determinante non solo in un contesto matrimoniale o in qualsiasi modo registrato, ma anche come si vedrà a fronte di un rapporto non consolidato e non stabile è possibile attribuire la genitorialità al partner sulla base del solo mutuo consenso ai sensi della s. 44(1) HFEA 2008. La volontà congiunta delle parti della coppia appare, agli occhi dell’ordinamento, un elemento sufficiente a giustificarne e tutelarne la genitorialità.

L’argomentazione può infatti essere giustificata a contrario alla luce dell’onere probatorio che il partner è chiamato a soddisfare al fine di rifiutare la genitorialità del figlio nato dalla moglie/partner, ossia di non aver dato il proprio consenso al tempo della fecondazione.

Il consenso è dunque prestato in un momento precedente alla nascita, ossia al momento del trattamento, ma produrrà i propri effetti solo al momento della nascita, evento dopo il quale potrà essere dimostrata la sua assenza.

Qualora invece la *partner* abbia espresso validamente il proprio consenso a realizzare il progetto genitoriale, ella sarà considerato e trattato quale “*second parent*”: tale “anomala” qualificazione, sebbene evidenzia la scelta normativa e

politica di non legittimare la presenza di “due madri”, non ha alcuna ricaduta sul trattamento normativo, in quanto il secondo genitore gode del medesimo *status* ed esercita la responsabilità genitoriale al pari della madre gestante.

Ciononostante appare quanto mai evidente la vulnerabilità della seconda figura genitoriale femminile sotto un profilo genetico e linguistico. Per quanto concerne il primo aspetto, la *partner* che abbia non solo acconsentito al trattamento ma abbia anche contribuito donando alla gestante il proprio ovulo ai fini della fecondazione e del concepimento, non potrà mai rivendicare tale identità genetica con il figlio al fine di rivendicare lo *status* di madre; in virtù della normativa della HFEA 2008, è escluso che la donatrice possa assumere qualsiasi titolo in forza del suo contributo genetico ed inoltre alla donna è riservato un unico modo per poter essere chiamata e considerata madre, ossia tramite la gravidanza e il parto.

Il legame materno si fonda esclusivamente sul contributo biologico/gestazionale, diversamente da quanto è stabilito per la paternità che trova invece giustificazione nel vincolo genetico che lega il padre alla prole.

Significativo, sotto quest’ultimo profilo, può essere il caso del *Leeds Teaching Hospital NHS Trust v A*²¹⁹: la vicenda coinvolge due coppie eterosessuali che si sono affidate ad un clinica medica al fine di sottoporsi ad un trattamento di fecondazione omologa. Per errore gli ovuli sono invece stati fecondati con lo sperma del partner dell’altra, sottoponendo dunque le coppie ad un trattamento di AID per il quale gli stessi non avevano acconsentito. All’esito della gravidanza, la moglie è stata considerata la madre, in virtù del legame biologico e genetico, ma il di lei marito, non avendo acconsentito alla pratica eterologa e dunque non potendosi applicare la disciplina del HFEA, non è stato ritenuto padre, ma in virtù del rapporto genetico la paternità è stata attribuita al marito dell’altra donna.

La vicenda giudiziale, che presenta alcuni profili di somiglianza con il caso dell’Ospedale Pertini di Roma²²⁰, sebbene rappresenti un caso limite, evidenzia come il legame genetico rilevi al fine del rapporto giuridico con il padre.

²¹⁹ *Leeds Teaching Hospital NHS Trust v A* [2003] EWCH 259 (QB).

²²⁰ Rinvio a Cap. I, § 3.

Un ulteriore profilo di vulnerabilità del *second parent* emerge inoltre in sede di crisi coniugale, dovendosi operare un adattamento dei provvedimenti destinati alla regolamentazione degli effetti della dissoluzione matrimoniale o della convivenza sul mantenimento, sulla residenza e sull'esercizio della responsabilità genitoriali sui figli²²¹.

La permanente reticenza nell'accettare la duplice figura femminile evidenzia la persistente gerarchia tra le famiglie (omosessuale e eterosessuale) e tra genitori (biologici e sociali).

La differenza della nomenclatura, sebbene non sollevi unanime e condiviso dissenso in seno alle famiglie omosessuali, provoca una distonia di poco momento: i nomi nel contesto familiare “*are not mere complementary form of address; they involve quite definite and very serious mutual obligations, which together make up an essential part of the social constitution of the people in question*”²²². L'uso delle parole e delle qualificazioni convoglia nuovi significati e nuovi assetti, che nel diritto di famiglia e soprattutto in seno ai rapporti genitoriali, può promuovere la eliminazione delle discriminazioni tra genitori eterosessuali e omosessuali²²³.

Nonostante dunque la lettera della normativa offra un trattamento ispirato ad un trattamento “*gender neutral*”, principio a cui si ispira gran parte della normativa del diritto di famiglia, permangono dunque alcune significative disuguaglianze.

Il sistema normativo appare costruito con l'intento di aderire ad un modello familiare tradizionale e sul binomio genitoriale maschile-femminile, imponendo così ai genitori omosessuali di tentare di aderire a tali modelli, anche se ciò porta alla conseguenza di stressare eccessivamente i concetti e protrarre l'asimmetria legale e sociale.

L'opzione considerata da alcuni pare quella di eliminare qualsivoglia riferimento che abbia alla sua origine una differenza di genere, escludendo così ogni legale asimmetria tra i sessi: tale decisione, caratterizzata da un certo estremismo,

²²¹ Rinvio a Cap. III.

²²² Engels, *The origin of the Family, Private Property and the State*, Lawrence&Wishart, 1985, p. 59.

²²³ Gibbons, *Law and language*, Addison-Wesley Longman Ltd, 1994.

rischia tuttavia di frustrare la valorizzazione dell'elemento biologico, che sebbene non rappresenti l'unico legame utile a consolidare un rapporto di genitorialità, conserva ancora una speciale rilevanza, soprattutto per quanto riguarda la madre gestante²²⁴.

3.5.3. *The agreed female parenthood condition: uno status genitoriale fondato sul solo consenso.*

L'assenza di un vincolo matrimoniale o legale tra la partorientente e la *partner* non impedisce la formazione di un rapporto genitoriale: l'"altra donna" non gestante potrà infatti essere considerata *parent* del nato, se acconsente alle condizioni prescritte ai sensi della Section 44 (1) HFEA 2008²²⁵.

La struttura dell'accordo prevede che la madre e la *partner* tra le quali non deve sussistere rapporto di parentela, forniscano concordanti comunicazioni alla

²²⁴ Mykitiuk, *Beyond Conception: Legal Determinations of Filiation in the Context of Assisted Reproductive Technologies*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2001, 790, p. 39.

²²⁵ 44 *The agreed female parenthood conditions*

(1) *The agreed female parenthood conditions referred to in Section 43(b) are met in relation to another woman ("P") in relation to treatment provided to W under a licence if, but only if,—*

(a) *P has given the person responsible a notice stating that P consents to P being treated as a parent of any child resulting from treatment provided to W under the licence,*

(b) *W has given the person responsible a notice stating that W agrees to P being so treated,*

(c) *neither W nor P has, since giving notice under paragraph (a) or (b), given the person responsible notice of the withdrawal of P's or W's consent to P being so treated,*

(d) *W has not, since the giving of the notice under paragraph (b), given the person responsible—*

(i) *a further notice under that paragraph stating that W consents to a woman other than P being treated as a parent of any resulting child, or*

(ii) *a notice under Section 37(1)(b) stating that W consents to a man being treated as the father of any resulting child, and*

(e) *W and P are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other.*

(2) *A notice under subSection (1)(a), (b) or (c) must be in writing and must be signed by the person giving it.*

(3) *A notice under subSection (1)(a), (b) or (c) by a person ("S") who is unable to sign because of illness, injury or physical disability is to be taken to comply with the requirement of subSection (2) as to signature if it is signed at the direction of S, in the presence of S and in the presence of at least one witness who attests the signature.*

persona responsabile della clinica ove il trattamento deve essere eseguito, per mezzo delle quali comunichino la comune volontà che la *partner* sia trattata come genitore del figlio nato in seguito al trattamento riproduttivo. Le parti non devono inoltre aver comunicato alcuna rinuncia.

Alla madre inoltre è concessa la facoltà di individuare, unilateralmente e a prescindere dalla diversa volontà della *partner*, che altra donna, differente dalla *partner*, o, alternativamente, che un altro uomo possano essere considerati genitori del figlio. Occorre considerare che la sussistenza di una relazione stabile di convivenza non costituisce requisito richiesto al fine di individuare il *partner*, ciononostante è lasciata alla clinica piena discrezionalità circa la valutazione della idoneità dei richiedenti, ma pare inverosimile che essa acconsenta a sottoporre al trattamento persone che non hanno alcun tipo di relazione tra loro²²⁶.

Se le comunicazioni e le volontà recano informazioni incomplete o vengono perse, a norma del HFEA 2008, il *partner* non avrà alcun tipo di rapporto parentale con il figlio. Nonostante il dettato normativo, la giurisprudenza si è dimostrata flessibile e comprensiva nei frequenti casi di smarrimento o irregolarità dei documenti, soprattutto qualora potesse essere facilmente ricostruita la volontà dei coniugi di voler condividere il medesimo progetto genitoriale²²⁷.

Diverso è il caso in cui la clinica non aveva affatto ricevuto alcun consenso dal *partner* perciò la comunicazione non era mai esistita²²⁸.

Da una prospettiva comparatistica, i profili di interesse che emergono da tale disciplina sembrano essere: l'origine negoziale della genitorialità, il potere decisionale riservato alla madre e l'espreso divieto di rapporti di parentela o di affinità tra madre e genitore designato.

La natura negoziale dell'accordo non pare sollevare alcun tipo di perplessità in dottrina e giurisprudenza, ma solleva al contrario una certa curiosità sotto un profilo di analisi comparatistica.

²²⁶ Herring, *Family Law*, 8th ed., London, 2017, p. 358.

²²⁷ *Re Human Fertilisation and Embryology Act* (Cases A, B, C, D, E, F, G, and H) [2015] EWHC 2602 (fam); *X and Y v St Bartholomew's Hospital Centre for Reproductive Medicine (CRM)* [2015] EWFC 13 (fam).

²²⁸ *AB v CD and the Z Fertility Clinic* [2013] EWHC 1418 (fam).

L'annoso dibattito che ha interessato la dottrina e la giurisprudenza italiana circa la disponibilità dello *status* non sembra essere infatti giunta ad una conclusione. Alla luce dell'ordinamento italiano, lo *status* svolge due differenti funzioni che potremmo definire come personale e collettiva: la prima infatti attiene alla capacità dello *status* di evidenziare la caratteristica personale dell'individuo – quale la nazionalità e lo stato personale; la seconda, invece, permette di allocare la persona nella comunità a cui essa appartiene.

È dunque possibile affermare che la natura e la finalità sostanzialmente pubblica perseguita dallo *status* giustificano il monopolio circa la formazione, la modifica e l'eliminazione dello stesso nell'ordinamento italiano. Nello specifico ambito familiare e genitoriale, la legge richiede affinché un vincolo matrimoniale o un rapporto genitoriale sia validamente formato e dunque legittimo, non solo che vengano rispettati i criteri soggettivi tassativamente individuati, ma anche che ogni modifica o causa di estinzione sia correttamente verificata e vagliata da un pubblico ufficiale, sia esso un tribunale o un ufficiale di stato civile.

Minime aperture sembrano essersi verificate in sede di autoregolamentazione della crisi coniugale, che, alla luce di sistemi di gestione alternativa della crisi, sembra aver permesso una negoziale e privata gestione dello scioglimento del matrimonio, fermo restando però che nonostante il significativo implemento dell'ambito di autoregolamentazione è riservata al vaglio del tribunale o di un pubblico ufficiale l'omologazione o il controllo dell'accordo, sebbene sotto un profilo formale in assenza di prole, mantenendo dunque sotto l'egida dell'autorità pubblica l'effetto modificativo dello *status* matrimoniale.

Appare alquanto inverosimile per l'ordinamento italiano l'ipotesi che una clinica privata, per quanto dotata di valida licenza, non di certo appartenente all'*establishment* giudiziario o statale, possa discrezionalmente valutare la idoneità di qualsivoglia soggetto a diventare genitore, al cui è inoltre riservata la volontà di esprimere unilateralmente la titolarità del genitore.

Tornando all'analisi della normativa inglese, appare sicuramente interessante considerare il potere decisionale riservato alla gestante alla quale è riservata la

facoltà di individuare unilateralmente l'eventuale titolarità della genitorialità attribuendola ad altra donna o ad altro uomo.

L'intento legislativo perseguito con tale regolamentazione sembra quello di affidare alla madre la determinazione ultima dell'assetto genitoriale, sebbene tale sbilanciato potere negoziale possa rappresentare un ulteriore elemento di squilibrio e disuguaglianza in seno alla coppia genitoriale omosessuale basata sul *birth power*²²⁹.

Appare infine significativo anche il richiamo al divieto di rapporti parentali o di affinità tra le donne: sebbene sia chiaro e condivisibile l'intento di preservare il benessere del figlio e impedire che lo stesso possa nascere in un contesto incestuoso. Pare altrettanto chiaro che la nascita dell'incesto che alcuni interpretano quale costruzione sociale risponde ad esigenze biologiche di nascita a cui le coppie omosessuali non andrebbero comunque incontro.

3.5.4 Il problema definitorio del “*second parent*” e la disciplina della crisi matrimoniale nella normativa inglese.

Come precedentemente evidenziato, nel peculiare contesto del diritto di famiglia, la scelta linguistica, supportata da una chiara volontà politica, è veicolo di legittimazione dei ruoli e degli *status* all'interno del nucleo familiare.

La disciplina destinata alla regolamentazione della co-maternità inglese pare avere abbracciato un approccio egualitario sostanziale, mostrandosi particolarmente reticente ad abbracciare una tutela ispirata alla neutralità di genere.

Sebbene infatti la *partner* della madre sia considerata genitore ed esercente della responsabilità genitoriale, prescindendo dall'assenza del legame gestazionale, essa non potrà mai essere considerata la madre.

Ciò implica, da un lato, la sussistenza di un ordine gerarchico in seno alla famiglia omosessuale, ove ruolo primario viene attribuito alla gestante e, dall'altro,

²²⁹ Shalev, *Birth power. The case on surrogacy*, New Heaven, 1989.

la difficoltà applicativa della normativa destinata alla gestione del rapporto genitoriale soprattutto in sede di crisi familiare.

In merito al problema definitorio linguistico, appare interessante richiamare un caso giurisprudenziale italiano²³⁰, ove l'elasticità e la neutralità dell'uso del termine *parent* ha favorito la trascrizione e il conseguente riconoscimento della doppia genitorialità paterna insorgente da maternità surrogata. Nel caso richiamato, i genitori avevano richiesto la trascrizione degli atti di nascita dei gemelli²³¹ nati da madre surrogata, in forza dei quali entrambi erano stati qualificati quali genitori, essendo ognuno il padre genetico rispettivamente dell'uno e dell'altro gemello. Nell'atto formato dallo Stato della California si ricorre alla terminologia *parent*, termine che come genitore non reca una connotazione di genere, quindi anche comprensivo del secondo genitore di sesso maschile.

Riflessione indipendente, di cui ci si occuperà nel paragrafo 5.3, merita il rapporto trilaterale che viene a formarsi, qualora la coppia lesbica abbia coinvolto un *known donor* nel processo riproduttivo: situazione che si viene a creare ogni qualvolta venga utilizzato il contributo genetico non di un donatore anonimo in una clinica, ma si preferisca una persona amica. Sebbene infatti su di un piano prettamente normativo, il donatore di gameti non abbia alcun riconoscimento sul piano giuridico, non stringe infatti alcun legame e non esercita alcun diritto sul figlio nato dal trattamento riproduttivo, in un contesto omosessuale, il suo ruolo assume una differente valenza e pare essere in parte sussunto a figura genitoriale maschile.

La scelta operata dalle Corti inglesi pare infatti riprodurre un modello familiare eterosessuale, giustificato dalla reticenza ad accettare e consentire l'assenza di una figura maschile nella formazione e nella educazione del figlio, suggerendo altresì che la coppia genitoriale femminile sia deficitaria. Tale

²³⁰ App. Milano, 28 ottobre 2016, in *articolo29.it*.

²³¹ La contestazione sollevata in sede giudiziale concerneva anche la liceità dell'utilizzo del termine "gemelli", in quanto sebbene i due nati fossero stati partoriti contestualmente dalla madre surrogata, essi presentavano un patrimonio genetico differente. Gli embrioni erano stati infatti formulati con i gameti rispettivamente di entrambi i padri committenti, che dunque risultavano essere geneticamente i progenitori degli stessi. La Corte ha escluso che tale diversità genetica potesse escludere la loro connotazione di gemelli (nel testo della sentenza al §18).

prospettiva conduce ad alcune riflessioni in merito allo *status* di figlio della coppia omosessuale, il quale, nonostante sia il frutto di un condiviso progetto genitoriale delle donne, viene prevalentemente considerato figlio della donna gestante e del donatore, che svolge comunque una funzione marginale.

Occorre sottolineare che la problematica connessa alla seconda figura genitoriale femminile, se analizzata in un'ottica sistematica e di coordinamento con la disciplina, emerge soprattutto qualora insorga la crisi del nucleo familiare, dovendo le Corti definire gli ordini attinenti alla custodia e alla residenza della prole.

Fermo restando il principio di prevalenza del superiore interesse del figlio in qualsiasi disputa concernente la regolamentazione della vita dei minori coinvolti, la soluzione ai quesiti insorgenti in sede di dissoluzione del vincolo sentimentale di coppia omosessuale richiede la risoluzione della questione preliminare attinente all'applicabilità della normativa dello scioglimento del matrimonio eterosessuale, costruito in aderenza alla distinzione tra madre e padre, possa trovare applicazione anche per le famiglie omosessuali. E dunque in ultima analisi se l'elemento dell'identità del sesso tra i genitori possa in qualche modo influenzare le decisioni in materia di affidamento della prole; o meglio se tale nuovo contesto meriti un trattamento differenziato o egualitario. E quindi se al contrario la differenza del contesto richieda una autonoma valutazione e disciplina.

Nel *leading case* Re G²³², Baroness Hale ha fornito alcune linee guida, che, sebbene significative, sebbene non paiano risolutive delle tematiche sottese. La vicenda giudiziale riguarda il caso non si conceda il *residential order* dei figli di una coppia omosessuale che a seguito di una lunga relazione interrompono il rapporto.

L'approccio adottato nella pronuncia sembra tendere ad una certa neutralità di genere; la disputa "*about the future of the children which is just as bitter as the disputes which arise between heterosexual couples. And the issues arising are just the same as those which might rise between heterosexual couples. The legal principles are also the same*".

²³² Re G [2006] UKHL 43.

L'affermazione appare confermare l'approccio ugualitario fondato su una simmetrica e speculare posizione della coppia omosessuale e eterosessuale; ciononostante l'ambito di analisi sembra mutare quando l'attenzione si focalizza sulla valutazione della rilevanza della titolarità del rapporto genitoriale in cui gli elementi "*natural and legal*" convergono su di un unico genitore e l'altro sembra descritto quale privo di qualsiasi legame.

L'ambito di indagine si focalizza dunque sulla definizione di "*natural parenthood*" e sul significato da attribuirsi. Pare evidente che una simile valutazione non si sarebbe affrontata qualora la coppia coinvolta fosse composta da un uomo e una donna.

L'analisi si concentra infatti sulla tripartizione del rapporto da cui può principiare il legame di parentela definita "naturale", basata sul rapporto genetico, gestionale e social-psicologico. La distinzione pare suggerire la sussistenza di una tendenziale equivalenza tra le differenti matrici del rapporto genitoriale, escludendo la sussistenza di un ordine gerarchico tra le stesse.

Tralasciando per il momento la distinzione, di cui si approfondirà in altra sede, la decisione del giudice deve essere guidata dal *welfare* del minore, principio quanto mai vago nel contesto normativo, cionondimeno comprensivo dei "*children needs (...) socially defined, socially sustained and socially adjusted to conform with prevailing values and expectations*"²³³.

Tale definizione, elaborata da King diversi anni fa, ha il pregio di evidenziare la mobilità e la modificabilità del principio, tenuto conto della particolare adattabilità contesti influenzati da difformi e disomogenee considerazioni. L'elaborazione, tradizionalmente e storicamente, pare infatti nel tempo essere stata costruita in aderenza a quanto il figlio possa beneficiare dal contributo della madre o del padre o di entrambi contestualmente.

L'adattabilità del principio ha permesso dunque di privilegiare di volta in volta il legame costruito nella *daily life*.

²³³ King, *Welfare and justice*, in King, *Childhood, Welfare and Justice*, Batsford, 1981, p. 316.

Ciononostante, alla luce della interpretazione dell'art. 7 della Cedu, il diritto a conoscere le proprie origini, concernente il più ampio diritto all'identità personale, sembra suggerire una prevalenza del rapporto genetico su quello sociale. Sembra inoltre militare per la promozione del rapporto genetico la possibilità tramite indagini scientifiche di verificare e conoscere la verità del rapporto genetico con tendenziale certezza²³⁴.

In conformità con tale facoltà, la *House of Lords* sembra suggerire, nonostante i principi enunciati di uguaglianza e di irrilevanza delle peculiari caratteristiche del contesto familiare omosessuale, una tendenziale preferenza nei confronti del rapporto biologico tra figli e genitori; si richiama per esempio la considerazione di Lord Nicholls of Birkenhead circa il fatto che il figlio non possa essere allontanato dai propri genitori naturali, salvo sussista *compelling reason*, che potrebbe essere correttamente tradotta come “significativa e determinante giustificazione”. Inoltre Baroness Hale promuove e valorizza il legame di sangue, quando valutando la figura del genitore gestionale ritiene che sia un rapporto “speciale”, che porta con se una profonda verità, ossia l'imprescindibile legame che unisce la madre al figlio.

Sollewa alcuni dubbi dunque circa la solidità dei principi esposti in *Re G, Bainham* quando afferma che indubbiamente non sussiste una presunzione legale in forza del quale il genitore naturale debba essere preferito a quello sociale, ma ciononostante non si può notare un automatismo nella scelta tra genitori²³⁵.

In *Re G*, la Corte è infatti giunta alla conclusione che sebbene la seconda madre rivesta un ruolo fondamentale ed essenziale per i figli, la madre biologica sarà un punto di riferimento per sempre, nonostante durante la disputa abbia tenuto un comportamento lesivo del *welfare* dei figli. Appare evidente la vulnerabilità della seconda madre in questo caso; essa infatti sembra svolgere una funzione genitoriale e mantiene diritti di visita, ma ciononostante si trova in una posizione deteriore della figura parentale genitoriale maschile la cui rilevanza non viene posta

²³⁴ Argomenta in tal senso, Diduck, *If only we can find the appropriate terms to use the issue will be solved: Law, Identity and Parenthood*, in *Child e Family Law Quarterly*, 2007, 19, p. 468.

²³⁵ Bainham, *Who or What is a parent?*, in *Cambridge Law Journal*, 2007, p. 31.

in dubbio e di cui non ne viene indagata la natura sino a quando non attui comportamenti che rechino pregiudizio al minore.

3.6. La pratica vietata: maternità surrogata (*rinvio*).

L'esposizione delle forme in cui si manifesta la figura genitoriale femminile in una prospettiva di dissociazione tra legame genetico e vincolo legale richiede la menzione della pratica della surrogazione di maternità²³⁶, la cui analisi occuperà il prossimo capitolo.

La vigente disciplina giuridica proibisce e punisce la pratica della maternità surrogata, in particolare l'art. 12, comma 6, della l. n. 40/2004 stabilisce che “chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”²³⁷.

²³⁶ Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 737 ss.; Vesto, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018; Sassi, Scaglione, Stefanelli, *La filiazione e i minori*, in Tratt. Sacco, Torino, 2018, p. 142 ss.; Agosta, *In fuga dai divieti: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 79 ss.; Scalisi, *Maternità surrogata: come “far cose con regole”*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1097 ss.; Ferrando, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *Genius*, 2017, n. 2; CARDACI, *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 660; Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex*, ivi, 2017, p. 372; Rosani, “The best interest of the parents”. *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti Supreme e silenzio dei legislatori*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2017, p. 109; Ruggeri, Salazar, *Non è lecito separarmi da ciò che è mio: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *ConsultaOnline*, 2017; Vesto, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 306; Renda, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 415 ss.; Casaburi, *La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata (osservazioni a Corte europea diritti dell'uomo 26 giugno 2014, M.)*, in *Foro it.*, 2014, IV, p. 561; Corti, *La maternità per sostituzione*, in Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, in Rodotà e Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, I, p. 1491.

²³⁷ Per una dettagliata ricostruzione dell'istituto precedente all'emanazione della legge si v. Faraoni, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002.

La disposizione sintetica e di carattere sanzionatorio trova il proprio fondamento nel rispetto della dignità umana e nell'opinione secondo cui la maternità surrogata sia veicolo della strumentalizzazione della donna e l'oggettivizzazione del bambino²³⁸.

La contrarietà alla pratica della maternità surrogata, sebbene praticata all'estero, è sostenuta e promossa dalle Corti superiori nazionali, che hanno recentemente ribadito l'ostilità dell'ordinamento alla surrogazione, "che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane"²³⁹.

L'opposizione alla pratica della maternità surrogata non preclude però che coppie infertili o dello stesso sesso si rechino in ordinamenti più permissivi e concludano accordi con madri surrogate, che si impegnano a consegnare alla coppia committente il figlio nato. Tale fenomeno, c.d. turismo procreativo, ha dunque condotto l'ordinamento a interrogarsi sulla riconoscibilità degli atti di nascita o sulla delibazione delle sentenze di adozione recanti rapporti di filiazione insorgenti da pratica vietata. Come approfondiremo meglio inseguito, la giurisprudenza di merito pare essere profondamente divisa sul punto, prospettando in molti casi soluzioni di apertura, diversamente o in contrasto con l'indirizzo dettato dalla Corte costituzionale e di Cassazione.

In questo scenario, è innegabile dunque manifestare alcune preoccupazioni circa l'incertezza nella qualificazione dei rapporti di filiazione insorgenti dalla

²³⁸ Picaro, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1264; Giacobbe, *Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 590.

²³⁹ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Riv. dir. intern.*, 2018, p. 632; in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 15 ss.; Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 667, con nota di Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*; ivi, p. 677, con nota di Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Famiglia*, 2019, p. 369 ss; con nota di M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*; in *Corr. giur.*, 2019, in corso di pubblicazione. Si v. anche Falletti, *Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato da surrogacy straniera*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1830 ss.

maternità, che spesso trova soluzione invocando l'applicabilità del superiore interesse del minore.

In tal senso, la pronuncia della Corte costituzionale richiamata trae origine dalla richiesta di trascrizione del certificato di nascita formato all'estero, relativo alla nascita di un bambino, riconosciuto come figlio naturale di una coppia di cittadini italiani, i quali – nell'ambito delle indagini avviate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni – avrebbero ammesso il ricorso alla surrogazione di maternità, realizzata attraverso ovodonazione.

La Corte d'appello aveva posto al centro della questione di legittimità costituzionale, che pone al centro l'interesse del bambino, nato a seguito di surrogazione di maternità realizzata all'estero, a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita. Il dubbio di costituzionalità sollevato concerne l'art. 263 c.c., "nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove sia ritenuta rispondente all'interesse del minore".

Precisando che la q.l.c. non ha avuto ad oggetto la legittimità del ricorso alla pratica della maternità surrogata, che si è svolta in paese straniero, la vicenda giudiziale concerne preliminarmente il contrasto tra la *ratio* sottesa all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità – la prevalenza o meglio la coincidenza tra *favor minoris* and *favor veritatis*, assunto in forza del quale lo *status filiationis* non aderente al legame biologico deve cadere – e il *favor stabilitatis* del minore, o meglio al diritto del figlio di non subire modificazioni del proprio *status*, se ciò possa essere causa di pregiudizio.

La Corte si chiede infatti "se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità." Afferma però anche che "ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane".

L'intento posto alla base della normativa pare non privo di fondamenti, ma l'interpretazione sistematica impone un ripensamento alla luce del contesto sociale e culturale; la posizione sembra essere oggetto ad una progressiva apertura, di cui

è artefice la giurisprudenza di merito e di legittimità, nazionale ed internazionale, tesa ad ampliare l'analisi e il bilanciamento tra le posizioni giuridiche coinvolte: la tensione è infatti quella di dare opportuna considerazione anche al figlio nato e al suo diritto di vedersi riconosciuto uno *status filiationis* della coppia che l'ha desiderato; oltretutto l'interesse della coppia committente a realizzare il proprio progetto familiare, fermo restando le necessarie cautele, apportate da taluni ordinamenti, atte a garantire la libera volontà di scelta della madre surrogata nonché a tutelare la posizione del nascituro.

L'apertura è promossa e sostenuta anche dai giudici di Strasburgo i quali, richiamando la giurisprudenza dei casi *Menesson* e *Labassee*²⁴⁰, ritengono che il rifiuto di trascrizione violi il diritto dei minori al rispetto della vita privata, declinato nella forma del diritto all'identità personale anche a livello sociale²⁴¹. La Corte ne ricava la necessità di procedere alla valutazione del rispetto del giusto equilibrio tra l'interesse dello Stato e quello dei soggetti coinvolti, con particolare riferimento al prevalente interesse dei minori a preservare lo *status* legittimamente acquisito all'estero, ponendo rimedio alle cc.dd. situazioni claudicanti, vale a dire alla discontinuità degli *status* nell'attraversare le frontiere.

La *Grande Chambre*²⁴² è stata interpellata recentemente dalla Corte di Cassazione francese a fornire un parere circa gli sviluppi della vicenda *Menesson*. La corte europea è stata infatti chiamata ad esprimere un duplice parere: in primis

²⁴⁰ Cedu, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, (n. 65192/11), e *Labassee c. Francia* e (n. 65941/11), in *Journal du droit international*, 2014, p. 1265-1267; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1122 ss., con commento di Campiglio, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*; in *Fam. e dir.*, 2015, p. 306 ss. con commento di Vesto, *La maternità surrogata: Cassazione e CEDU a confronto*. Cfr. Giungi, *Menesson c. Francia e Labassee c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, in *Quad. costituz.*, 2014, p. 953 ss; Danisi, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, in *articolo29.it*.

²⁴¹ Da Cedu, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, (n. 65192/11), e *Labassee c. Francia* e (n. 65941/11) è conseguito un *reversment* che ha condotto a *Cour de Cassation, Assemblée plénière*, 3 luglio 2015, n. 619 (n. 14-21.323) e n. 620 (ricorso n. 15- 50.002), in *courdecassation.fr.*, in cui è stata ammessa la trascrizione dell'atto di nascita che indichi come genitori la madre surrogata e il padre committente che sia anche genitore biologico.

²⁴² *Grande Chambre*, Advisory opinion, P16-2018-001, 10th April 2019, in *Giur. it.*, 2019, p. 1016.

se il rifiuto opposto alla registrazione del certificato di nascita del figlio, nato a seguito di surrogazione di maternità, recante il riconoscimento della maternità in capo alla madre intenzionale, potesse configurare una violazione del diritto al rispetto della vita privata, tutelato ai sensi dell'art. 8 Cedu. inoltre, la corte francese chiede inoltre se debba essere evidenziata una qualsiasi differenza nel caso in cui il figlio sia stato concepito utilizzando il contributo genetico della madre intenzionale – in questo caso la madre sarebbe al pari del padre un genitore genetico. Qualora il mancato riconoscimento del rapporto genitoriale sia da considerarsi lesivo della vita privata della coppia committente e del figlio nato da madre surrogata, ci si interroga circa la procedura da avviare al fine di attribuirne validità legale; se debba dunque essere preferito la modifica del certificato di nascita o se possa essere invece legittima a richiesta di adozione del figlio del marito (genitore biologico e dunque legale) da parte della madre intenzionale²⁴³.

La *Grande Chambre* si espressa in favore del riconoscimento della genitorialità intenzionale, più precisamente dell'attribuzione del valore legale del rapporto genitoriale intercorrente tra il figlio e la madre intenzionale, di modo tale da assicurare il diritto al rispetto della vita privata. Spetta infine ai singoli Stati la discrezionale scelta circa la procedura da preferire (tramite la modifica del certificato o tramite la procedura adottiva).

La surrogazione di maternità, di cui ci si occuperà nel prossimo capitolo, deve trovare qui menzione in considerazione del rilevante ruolo che la pratica svolge nell'analisi sistematica della odierna concetto di maternità. L'unitarietà della

²⁴³ *Grande Chambre*, Advisory opinion, P16-2018-001, 10th April 2019, § 9. I quesiti posti dalla Corte di cassazione francese nel suo ricorso sono stati formulati come seguono:

“1. *By refusing to enter in the register of births, marriages and deaths the details of the birth certificate of a child born abroad as the result of a gestational surrogacy arrangement, in so far as the certificate designates the ‘intended mother’ as the ‘legal mother’, while accepting registration in so far as the certificate designates the ‘intended father’, who is the child’s biological father, is a State Party overstepping its margin of appreciation under Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms? In this connection should a distinction be drawn according to whether or not the child was conceived using the eggs of the ‘intended mother’?*”

2. *In the event of an answer in the affirmative to either of the two questions above, would the possibility for the intended mother to adopt the child of her spouse, the biological father, this being a means of establishing the legal mother-child relationship, ensure compliance with the requirements of Article 8 of the Convention?*”

maternità pare infatti, negli ordinamenti in cui la pratica è lecita e legittima, appare disgregarsi tra maternità genetica, gestazionale e legale/sociale; pare dunque consolidarsi l'idea che la maternità non sia necessariamente connessa con la naturalità biologica del parto.

Il giurista contemporaneo è chiamato a rispondere ai problemi di inquadramento della pratica, soprattutto da un punto di vista di diritto internazionale privato, ossia di riconoscimento della filiazione insorgente da maternità surrogata, a fronte di un diritto positivo che non solo vieta il ricorso alla pratica, ma, stando alla lettura del diritto positivo, la persegue penalmente. La configurazione della fattispecie penale risulta secondo alcuni²⁴⁴ quanto meno anacronistica o, quantomeno, di dubbia resistenza.

3.7. La co-maternità alla luce della recente giurisprudenza italiana. Premessa.

Prima di procedere all'analisi della casistica concernente il fenomeno circolatorio dei prodotti giuridici recanti rapporti omogenitorialità, appare necessario inquadrare lo stato dell'arte in materia di omogenitorialità a seguito della promulgazione della legge dedicata all'unione civile²⁴⁵.

²⁴⁴ Picaro, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1265.

²⁴⁵ La Corte Edu nella pronuncia *Schalk e Kopf* (del 3 giugno 2010, ricordo n. 30141 del 2004, in *articolo29.it*) aveva, infatti, riservato all'esercizio della discrezionalità legislativa la scelta del modello di riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive. Quest'ultima pronuncia è stata vista quale evento scatenante, senza il quale la regolamentazione dell'unione civile non sarebbe avvenuta. Di questa opinione: Ferrando, *Prefazione*, in *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017, p. 3.

Inoltre si segnala che attenta dottrina ha riconosciuto nella pronuncia Oliari e altri c. Italia, 21 luglio 2015, ric. n. 18766/11 e 36030/11, un precedente tanto significativo da influenzare ed accelerare la procedura parlamentare di elaborazione della legge sulle unioni civili. In questo senso De Cristofaro, *Nuovi modelli familiari, matrimonio e unione civile: fine della partita?*, in *Famiglia*, 2019, p. 299 ss. Commenti alla sentenza si v. Bruno, *Oliari contro Italia: la dottrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1073 ss.; Lenti, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 575 ss.

La legge è stata accolta con plauso da chi da tempo rivendicava l'allineamento dell'ordinamento italiano alle posizioni assunte da altri legislatori europei che, sebbene spesso scegliendo soluzioni differenti, avevano concesso l'accesso all'istituto matrimoniale anche a coppie dello stesso sesso o predisposto forme registrate di convivenza.

La portata innovativa della novella si manifesta dunque *in primis* quale tutela dei diritti fondamentali delle persone omosessuali che hanno ora la possibilità di esercitare il loro diritto a formare una famiglia, e altresì produce effetti di carattere sistematico sull'ordinamento, che ha visto insorgere una pluralità di nuovi modelli familiari, altri rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio *ex art. 29 Cost.*

La legge 20 maggio 2016, n. 76²⁴⁶, recante la disciplina della unione civile e delle convivenze tra persone dello stesso sesso²⁴⁷, istituisce e definisce all'art. 1,

²⁴⁶ Sesta (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017; Id., *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 881; Id., *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1792; Id., *L'unione civile: una speciale formazione sociale d'istituzione legislativa?*, in *Lo Stato*, 2016, p. 261; Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1779 ss.; Id., *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 919 ss.; Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1707; Spadaro, Dell'Osta, *Unioni civili e convivenze, tutte le novità L. n. 76/2016 in vigore dal 5 giugno 2016. Costituzione, cognome, regime patrimoniale, diritti e doveri; scioglimento dell'unione civile, successioni, cambiamento di sesso; adozioni; convivenze di fatto: diritti e obblighi, effetti, cessazione; contenuto, aspetti patrimoniali, cause di nullità e risoluzione del contratto di convivenza*, Milano, 2016; C.M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017; De Cristofaro, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 101 ss.; Savi, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso. Contributo al primo studio della legge 20 maggio 2016 n. 76, art. 1 commi 1-35*, Perugia, 2016; Buffone, Gattuso, Winkler, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017; AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto L. 20 maggio 2016, n. 76*, Santarcangelo di Romagna, 2016; De Filippis, *Unioni civili e contratti di convivenza. Aggiornato alla legge 20 maggio 2016, n. 76 (G.U. n. 118 del 21 maggio 2016)*, Padova, 2016; AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016; Calò, *Le unioni civili in Italia. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Napoli, 2016.

In argomento si v. De Cristofaro, *Nuovi modelli familiari, matrimonio e unione civile: fine della partita?*, in *Famiglia*, 2019, p. 299 ss.; Perlingieri, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, a cura di Romeo, Napoli, 2018, p. 79 ss.; Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 567 ss.; Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1105 ss. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss.;

²⁴⁷ In argomento, Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1779 ss.; ove l'Autore nota come l'introduzione dell'istituto dell'unione civile, inquadrato in un più ampio sistema di interventi riformatori, "recepando le norme che formano l'ossatura del matrimonio finisce per alterare il significato dello stesso. Si v. inoltre id., *Profili di rilevanza della convivenza more uxorio*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della L. 219/2012*, in *I quaderni della fondazione italiana di del notariato*, 2014, 3, p. 13 ss.; Lamarque, *Le convivenze nella costituzione e nella giurisprudenza delle Corti europee*, ibidem, p. 21 ss.; Rizzi, *Tecniche redazionali convivenze (ovvero come ovviare sul piano negoziale all'assenza di normativa sulla convivenza)*, ibidem, p. 54 ss.; Castorina, *Le convivenze di fatto: alcune riflessioni preliminari*, in *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, a cura di Romeo, Napoli, 2018, p. 19 ss.

comma 1²⁴⁸, l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost.

La tecnica legislativa adottata ha destato alcune perplessità: la scelta infatti di distinguere l'unione civile dal matrimonio appare evidente sin dalla scelta di distinguere la connotazione costituzionale. La copertura costituzionale dell'art. 2 Cost. di cui gode l'unione civile mira a segnalare *ab origine* la diversità strutturale tra i due modelli familiari, denotando una tendenziale preferenza per l'assetto familiare tradizionale.

È stata molto criticata la scelta di escludere l'obbligo di fedeltà dal novero dei doveri insorgenti dalla formazione del legame (art. 1, comma 11, l. n. 76/2016) e le indagini condotte dalla dottrina hanno proposto una pluralità di argomentazioni eterogenee finalizzate a rintracciare la volontà sottesa a tale scelta legislativa.

Alcuni hanno giustificato l'assenza dell'obbligo di fedeltà al desiderio di esprimere una differenza ontologica tra le coppie omosessuali e eterosessuali, privando le prime dell'elemento qualificante della esclusività tipica del rapporto affettivo²⁴⁹, in aderenza al pregiudizio che vede il rapporto omoaffettivo caratterizzato quindi da un forte connotato di instabilità e di promiscuità.

Diversamente, chi ritiene che il significato dell'obbligo di fedeltà sia da assimilarsi a quello di lealtà, più che di appartenenza fisica, sembra non attribuire a tale esclusione una particolare rilevanza sul piano strutturale della formazione e della struttura della coppia omosessuale²⁵⁰.

²⁴⁸ Winkler, *Verso la legge sulle unioni civili*, in Buffone, Gattuso, Winkler, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017, p. 3 ss.

²⁴⁹ Di questa opinione Gattuso, *I rapporti personali*, in Buffone, Gattuso, Winkler, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017, p. 175.

²⁵⁰ Ferrando, *Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma*, in *GenIus*, 2016, III, 2, p. 6 ss. in part. p. 14, ove l'Autrice afferma che l'obbligo di fedeltà non necessiterebbe nemmeno di una menzione esplicita. Della stessa opinione, Falletti, *Quando l'assenza è più forte di una presenza: lo stralcio del dovere di fedeltà tra matrimonio e unione civile*, in *GenIus*, 2016, III, 2, p. 131; Perlingieri, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, a cura di Romeo, Napoli, 2018, p. 109, ove l'A. ritiene che l'obbligo di fedeltà altro non sia che la declinazione di un più ampio dovere di assistenza morale e materiale.

La *ratio* della esclusione dell'obbligo di fedeltà può essere individuata in una motivazione di natura sistematica interna alla novella²⁵¹. Ad opinione di alcuni, l'obbligo di fedeltà sarebbe infatti intrinsecamente connesso ai fini procreativi della famiglia e dunque all'applicabilità degli automatismi di attribuzione degli *status filiationis* dei figli concepiti in costanza di matrimonio (art. 231 c.c. ss.): esso sarebbe perciò irrilevante in un contesto familiare biologicamente non destinato o votato alla riproduzione. Così argomentando, l'argomento biologico sarebbe strumento di giustificazione della scelta normativa di escludere in nuce la possibilità di avere una famiglia comprensiva di figli.

L'art. 1, comma 20, della l. n. 76/2016, in particolare, al fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, statuisce che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e contengono le parole "coniugi", "coniuge" o termini equivalenti si applicano ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Tale disposizione non potrà però essere applicata alle norme del codice civile che non siano espressamente richiamate dalla normativa, nonché alle disposizioni della legge 4 maggio 1983, n. 184. La norma conclude affermando che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti". Quest'ultima statuizione ha condotto parte della dottrina a dubitare dell'effettiva esclusione della disciplina dell'adozione, ritenendo che l'intendimento del legislatore fosse stato quello di non ostacolare gli approdi giurisprudenziali fino a quel momento raggiunti, ossia permettere alle coppie omosessuali di accedere all'adozione ex art. 44 lett. d) l. n. 184/83, così come

²⁵¹ Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 881 ss. *Contra*, Falletti, *Quando l'assenza è più forte di una presenza: lo stralcio del dovere di fedeltà tra matrimonio e unione civile*, in *Genus*, 2016, III, 2, p. 131; Gattuso, *I rapporti personali*, in Buffone, Gattuso, Winkler, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017, p. 180; Perlingieri, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, a cura di Romeo, Napoli, 2018, p. 107.

affermato dalla Corte di legittimità²⁵², e confermato recentemente dalle Sezioni unite della Cassazione²⁵³.

È bene ricordare che durante i lavori preparatori si fosse prospettata l'ipotesi, per l'unito civilmente del genitore biologico, di adottare il figlio del partner, conformemente a quanto concesso alle coppie matrimoniali ai sensi dell'art. 44 lett. b) l. n. 184/1983, ma la proposta poi abortita in sede di votazione²⁵⁴.

Una autonoma riflessione merita il mancato richiamo alla legge 19 febbraio 2004, n. 40; in forza della clausola di equivalenza ed in virtù della sua collocazione extra codicistica, potrebbe, in via astratta, essere applicata alle coppie omosessuali.

Ciononostante, appare incoerente e contrario alla *voluntas legis*, sostenere che la normativa in materia di unioni civili, che ha espressamente escluse l'accesso all'istituto dell'adozione per le coppie omosessuali, ammetta la facoltà di accesso alle pratiche riproduttive artificiali.

Il quadro normativo appare dunque tendenzialmente ostile alla formazione di genitorialità omosessuali: ciononostante l'incremento del fenomeno c.d. "turismo procreativo" ha condotto dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi in merito al riconoscimento di quei provvedimenti o certificati di nascita, formati in sistemi legali ove le pratiche procreative, recanti rapporti di filiazione omogenitoriali non disciplinati dall'ordinamento interno.

Occorre, dunque, affrontare un duplice ordine di argomentazioni: da un lato, l'ammissibilità o meno della delibazione delle sentenze di adozione e il riconoscimento dei certificati di nascita dei figli nati all'estero da trattamenti di fecondazione eterologa o di maternità surrogata; dall'altro, la legittimazione dei

²⁵² Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 1013 ss.; in *Guida al dir.*, 2016, 29, p. 15, con nota di M. Finocchiaro; in *Foro it.*, 2016, 7-8, I, 2342, con nota di Casaburi.

²⁵³ Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 667, con nota di Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*; ivi, p. 677, con nota di Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Famiglia*, 2019, p. 369 ss.; con nota di M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*.

²⁵⁴ Proposta presente all'art. 5 precluso, ma consultabile in <http://leg17.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Emend&leg=17&id=962873&idoggetto=959097>.

genitori a riconoscere ai sensi dell'art. 250 c.c. i figli concepiti a seguito di pratiche procreative vietate, ma nati in Italia.

3.7.1. Trascrizione degli atti di nascita formati all'estero di figli nati da due madri in presenza e in assenza del legame biologico e/o genetico.

Per quanto concerne la circolazione dei prodotti giuridici, la giurisprudenza di legittimità²⁵⁵ si è pronunciata circa l'ammissibilità del riconoscimento e della trascrizione nei registri di stato civile l'atto di nascita recante la genitorialità di due madri, affermando la non contrarietà all'ordine pubblico di tale rapporto di filiazione, legittimamente formatosi in conformità ad un ordinamento straniero, in ragione del soddisfacimento del superiore interesse del minore a mantenere inalterato il proprio *status filiationis* e, inoltre, ad essere educato e cresciuto dai genitori che l'hanno voluto quale frutto di un condiviso progetto genitoriale. La Corte ha infatti affermato, in epoca antecedente all'intervento del legislatore in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso, che l'orientamento sessuale non può essere causa di discriminazione così, come non può essere di per sé valutato quale elemento ostativo al riconoscimento di un rapporto di filiazione²⁵⁶.

Con una successiva pronuncia la Cassazione ha inoltre ritenuto lecita la rettifica dell'atto di nascita recante la genitorialità della sola madre partoriente, al fine di attribuire lo *status* genitoriale anche alla *partner* della partoriente nonostante il difetto di legame genetico²⁵⁷.

²⁵⁵ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 362; Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1708, con nota di Palmeri, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in articolo29.it, con nota di Stefanelli, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito. Nota a Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878*; in *Guida al dir.*, 2017, 28, p. 54, con nota di M. Finocchiaro, *Quel "vizio" ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore*.

²⁵⁶ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 362.

²⁵⁷ Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1708, con nota di Palmeri, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita*

La vicenda prendeva origine dal rifiuto di ordinare la rettifica dell'atto di nascita del figlio, riconosciuto come figlio della sola madre partoriente, in quanto considerato contrario all'ordine pubblico italiano²⁵⁸, in quanto la trascrizione non si limitava alla rettifica del certificato di nascita, ma discendeva dalla diversa tematica del riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso - nel caso di specie le due donne, cittadine italiane, si erano unite in matrimonio in UK ove oltretutto la nascita era avvenuta. Il giudice veneziano aveva infatti ritenuto che non si potesse prescindere dalla valutazione del legame intercorrente tra le due donne, non costituitosi in conformità o secondo la normativa nazionale, ciò imponendo dunque il rifiuto del riconoscimento dell'atto di nascita del figlio nato in costanza di tale unione matrimoniale.

La Cassazione, censurando il motivo del rigetto della Corte di appello, in quanto non pertinente al ricorso delle parti, le quali non avevano difatti richiesto la trascrizione dell'atto di matrimonio ma bensì dell'atto di nascita del figlio: ciononostante la Corte ricorda che per quanto concerne la salvaguardia dei diritti delle coppie di egual sesso, devono trovare applicabilità l'art. 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo dedicata al diritto di sposarsi e formare una famiglia, nonché gli artt. 8 e 14, riguardo al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di ogni discriminazione fondata sul sesso e su ogni altra condizione. Richiama inoltre la Carta Europea dei diritti fondamentali, ove l'art. 9 sancisce il diritto, per ogni individuo, di sposarsi e costituire una famiglia, garantito dalle leggi dei singoli Stati e l'art. 21 vieta le discriminazioni non solo quella del sesso, ma anche per "orientamento sessuale".

Prosegue nella motivazione procedendo ad un'attenta analisi della definizione di ordine pubblico internazionale e, conseguentemente, della vicenda

redatto all'estero a favore di una coppia same sex; in articolo29.it, con nota di Stefanelli, Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito. Nota a Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878; in Foro it., 2017, 7-8, 2280, con nota di Casaburi; in Guida al dir., 2017, 28, 54, con nota di M. Finocchiaro, Quel "vizio" ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore.

²⁵⁸ App. Venezia, 19 ottobre 2015, in *ilfamiliarista.it*.

procreativa del caso di specie, compatibile ad un caso di fecondazione eterologa, compatibile con i dettami della l. n. 40/2004.

La Corte ha adottato la definizione di ordine pubblico internazionale fornita dalla sentenza n. 19599 del 2016, ove la Corte di legittimità ha infatti affermato che “il giudice italiano chiamato a valutare la compatibile con l’ordine pubblico” dell’atto di nascita “deve verificare non già se l’atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme (seppur imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondamentali dell’Unione Europea, nonché della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”.

L’orientamento promosso dalla Cassazione ha condotto parte della giurisprudenza di merito ad uniformarsi a tale indirizzo, promuovendo in rapida successione una serie di provvedimenti: i giudici hanno ordinato, infatti, la trascrizione degli atti di nascita recante la maternità della madre biologica e della *partner*, genitore “intenzionale”, che aveva fornito il proprio consenso al trattamento fecondativo, con l’intento di realizzare il medesimo progetto genitoriale²⁵⁹; successivamente hanno permesso la delibazione delle sentenze di adozione che recavano la genitorialità in capo a due padri²⁶⁰; oltre che la rettifica degli atti di nascita in conformità alle richieste dei padri che avevano ottenuto il riconoscimento della co-genitorialità in un ordinamento straniero²⁶¹.

Il tribunale di Livorno²⁶² ha, inoltre, ordinato la rettifica dell’atto di nascita recante la sola genitorialità del padre biologico, provvedendo a riconoscere la paternità del *partner*, nonostante non vi fosse alcun provvedimento straniero. La decisione mira a privilegiare e soddisfare il superiore interesse del minore al mantenimento dello *status* ritenendo prevalente rispetto all'emersione dell'identità genetica e del *favor veritatis*.

²⁵⁹ App. Perugia, 7 agosto 2018; Trib. Pisa, 23 luglio 2018; App. Venezia, 28 giugno 2018; Trib. Roma, 11 maggio 2018; Trib. Livorno, 12 dicembre 2017; App. Trento, 23 febbraio 2017, in *articolo29.it*.

²⁶⁰ Trib. min. Milano, 10 ottobre 2018, in *articolo29.it*.

²⁶¹ Trib. Milano, 24 ottobre 2018, n. 2934; Trib. Milano, 24 ottobre 2018, n. 2935, in *articolo29.it*.

²⁶² Trib. Livorno, 14 novembre 2017, in *articolo29.it*.

Ciononostante l'assenza di un condiviso ed unanime indirizzo, nella letteratura così come per la coscienza comune, ha condotto ad un acceso di dibattito che ha portato a chiedere l'intervento delle Sezioni unite, che, come si analizzerà in seguito, si è posta in linea di continuità con l'ultimo approdo delle Sezioni Unite, resa a proposito della possibilità di dare ingresso in Italia a decisioni recanti i c.d. "danni punitivi"²⁶³. Le Sezioni Unite hanno infatti affermato che "la sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina Europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale"²⁶⁴.

L'orientamento adottato dalla Prima sezione della Cassazione nella sentenza n. 19599 del 2016 è stato poi infine criticato anche in sede parlamentare, ove, in occasione della presentazione del disegno di legge n. 501 del 19 giugno 2018, recante "*Norme in materia di trascrizione di atti di nascita di minori nati all'estero e di riconoscimento dei figli in caso di coppie composte da soggetti dello stesso sesso*"²⁶⁵, sono stati evidenziati i limiti sottesi alla ricostruzione dell'ordine

²⁶³ Cass., SU, 5 luglio 2017, n. 16601, in *Contratto e impr.*, 2017, 1084 ss., con nota di Alpa, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*; ibidem, con nota di Ponzanelli, *Sezioni unite e danni punitivi*; in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 283 ss., con nota di Franzoni, *Danno punitivo e ordine pubblico*; ibidem, p. 276 ss., con nota di Ferrari, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017*; ibidem, p. 317 ss., con nota di Lamorgese, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni unite sui danno punitivi*. Si v. anche: Sesta, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 289 ss.

²⁶⁴ Cass., SU, 5 luglio 2017, n. 16601, cit. § 6.

²⁶⁵ DDL n. 501 del 19 giugno 2018, consultabile in www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/49872_testi.htm. Si propone dunque l'introduzione di "Art. 1. 1. All'articolo 18 del regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, dopo il comma 1 è aggiunto il seguente: «1-bis. Non può essere trascritto l'atto di nascita del minore formato all'estero se i genitori hanno fatto ricorso a pratiche di procreazione vietate da norme nazionali». 2. All'articolo 254 del codice civile, è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Nel caso di coppie composte da soggetti dello stesso sesso il figlio può essere riconosciuto esclusivamente dal genitore biologico». 3. All'articolo 28 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, dopo il comma 1 è inserito il seguente: «1-bis. Nel caso di figlio nato in costanza di rapporto tra soggetti dello stesso sesso l'iscrizione avviene in coerenza con le norme di cui al secondo comma dell'articolo 254 del codice civile».

pubblico così fornito secondo cui una legge ordinaria, quale la l. n. 40 del 2004 non esprime “un valore costituzionale superiore e inderogabile”. È contestato, inoltre, che tale assunto possa giustificare la legittimazione degli effetti di una condotta vietata dall’ordinamento giuridico, in tal modo prescindendo dalla volontà del legislatore e in netto contrasto con la libertà normativa, espressione di una democrazia parlamentare. Il disegno di legge è volto dunque a dichiarare l’inammissibilità della trascrizione degli atti di nascita recanti rapporti di genitorialità omosessuale anche se formati all’estero, nonché a permettere esclusivamente al genitore biologico il riconoscimento del figlio, qualora sia parte di una unione omosessuale.

Appare infine interessante ritornare alla pronuncia n. 14878 del 2017 e soffermarsi sull’iter argomentativo seguito dalla Corte in merito all’attribuzione della genitorialità ad una donna biologicamente e geneticamente estranea al figlio nato dalla moglie. Come già evidenziato, ciò rappresenta un profilo di novità rispetto al precedente più volte richiamato della sentenza n. 19599 del 2016²⁶⁶. In quest’ultimo caso infatti, la seconda madre aveva partecipato al procedimento procreativo tramite ovodonazione alla partner che aveva partorito grazie al gamete di maschio anonimo, realizza una fattispecie differente dalla maternità surrogata, trattandosi di "una tecnica fecondativa simile ad una fecondazione eterologa (..) in virtù dell'apporto genetico di un terzo (ignoto)".

La Corte si pone dunque in linea di continuità con il precedente richiamato e ne perfeziona l’insegnamento: essa ritiene che il disposto di cui all’art. 269, comma 3, c.c. non assurge a principio di ordine pubblico e non impedisce il riconoscimento in Italia di un atto di nascita estero, in cui il nato risulti figlio di due madri²⁶⁷: la norma infatti non introduce un principio di ordine pubblico, alla luce del

²⁶⁶ Assolutamente contrario alla ricostruzione fornita è M. Finocchiaro, *Quel "vizio" ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore*, in *Guida al dir.*, 28, p. 54 ss., in part. p. 62, ove l’A. afferma che l’interpretazione del concetto di ordine pubblico internazionale sia contrario a quello sostenuto dall’ordinamento e dalla giurisprudenza di legittimità, ritenendo inoltre che le argomentazioni proposte a sostegno della non contrarietà degli atti di nascita recanti due maternità non siano assolutamente condivisibili.

²⁶⁷ *Ex multis* Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 184 ss.

preminente interesse del minore, e considerando che essa attiene piuttosto alla prova della filiazione, avallando così quella dottrina che aveva già da tempo sollevato dubbi circa la portata definitoria della norma²⁶⁸. Tale interpretazione procede dunque sul solco della tendenziale perdita di centralità del *favor veritatis* e dunque della progressiva (ir)rilevanza²⁶⁹ di una esatta coincidenza tra verità biologica e legale²⁷⁰.

Prosegue inoltre ritenendo sussumibile il caso di specie ad una fecondazione assistita eterologa, con l'utilizzo dunque di gameti di un donatore - escluso dalla relazione genitoriale ex art. 9 l. n. 40/2004 -, conclusa con il consenso del *partner biologic stranger*: consenso preclude l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità così come della impugnazione del riconoscimento.

Sebbene la l. n. 40 preveda che i conviventi siano di sesso diverso e che la procreazione assistita si effettui solo in caso di sterilità della coppia, tuttavia, “trattandosi di fattispecie effettuata e perfezionata all'estero e certificata dall'atto di stato civile di uno Stato straniero, si deve necessariamente affermare, per quanto si è andato finora osservando, che la trascrizione richiesta non è contraria all'ordine pubblico (internazionale)”²⁷¹.

Le osservazioni che possono essere condotte alla luce dei recenti approdi giurisprudenziali si muovono su una duplicità di piani: da un lato la definizione (se possibile) di ordine pubblico internazionale e dall'altra l'emersione di criteri di attribuzione della genitorialità diversi dal legame biologico.

²⁶⁸ Concordano su tale posizione Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 184; Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 485; Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 246 ss.; Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in Oppo, *Scritti giuridici*, VII, *Vario diritto*, Padova, 2005, p. 5.

²⁶⁹ Termine usato da Palmeri, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1708.

²⁷⁰ Pezzini, *Introduzione*, in *Genius*, 2017, 2, p. 6 ss.; Giardina, *L'interesse del minore: gli interessi identitari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 159.

²⁷¹ Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

Per quanto concerne il profilo di natura internazionalprivatistica, si rinvia al Capitolo II, ove l'analisi del significato e della funzione dell'ordine pubblico è condotta alla luce della già richiamata sentenza delle Sezioni Unite n. 12193/2019. Pare però opportuno sollevare sin da ora i dubbi e le perplessità che si nutrono circa l'uso o l'abuso dell'ordine pubblico internazionale perpetrato dalla giurisprudenza. Tale strumento, per sua natura influenzato da una pluralità di valori eterogenei e eteronomi, è assimilabile ad un diaframma, elastico e flessibile, che separa l'ordinamento interno dal mondo esterno: la sua composizione e i suoi confini aprioristicamente difficilmente determinabili permettono all'interprete di allargare e restringere il concetto, permettendo l'accesso a prodotti giuridici considerabili più o meno compatibili a seconda delle esigenze.

Il secondo aspetto concerne invece la seconda maternità non gestazionale né genetica, tematica che sottende l'analisi della compatibilità dei criteri di attribuzione della maternità, vigenti nell'ordinamento interno, a rapporti genitoriali non ad essi compatibili, come nel caso di specie. La Corte, occorre ricordare, adotta e perfeziona la posizione assunta dalla precedente pronuncia in materia di co-maternità, argomentando sulla base di un duplice ordine di considerazioni: da un lato, la progressiva assunzione di centralità dell'elemento volontaristico in seno soprattutto alle procedure procreative assistite e dall'altro la prevalenza del superiore interesse del minore.

La critica che parte della dottrina ha mosso alla ricostruzione offerta dalla Corte in materia di disciplina della procreazione medicalmente assistita riguarda la mancata applicazione dell'art. 9, comma 3, l. n. 40/2004, in forza del quale il donatore non può assumere alcun ruolo giuridicamente rilevante nei confronti del nascituro²⁷². In tale prospettiva dunque, non sarebbe sostenibile che a fronte dell'ovodonazione – e dunque ancora di più in assenza di qualsiasi legame genetico –, possa considerarsi madre la seconda donna che prenda parte al procedimento procreativo, sebbene legata da vincolo matrimoniale con la gestante. Da ciò discenderebbe altresì l'impossibilità di attribuire l'esercizio della responsabilità

²⁷² M. Finocchiaro, *Quel "vizio" ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore*, in *Guida al dir.*, 28, p. 63.

genitoriale che ai sensi dell'art. 316 c.c. è attribuito ai genitori, e dunque al padre e alla madre, e non “ indiscriminatamente a qualsiasi formazione sociale, e in particolare a una coppia di soggetti dello stesso sesso”²⁷³.

Le obiezioni non solo appaiono non convincenti ma persino errate. Innanzitutto il donatore è un soggetto per antonomasia estraneo alla coppia richiedente accesso alle cure, perciò le posizioni soggettivi e la qualificazione della partecipazioni non possono essere sul piano confuse. Prescindendo dal genere sessuale dei partecipanti, non si vede quale sia la differenza, su di un piano non giuridico, tra la procreazione omologa tra uomo e donna e l'ovodonazione della moglie alla moglie.

Ciò dunque dovrebbe escludere l'applicabilità della normativa *ex art. 9* comma 3, suggerendo che il problema risieda principalmente nella definizione di padre inscindibilmente collegata all'evento del parto. Ciononostante si ritiene che non possa essere trascurata la rilevanza e gli effetti che discendono dalla volontà, come giustamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, prescindendo dal legame biologico e genetico.

Preme sottolineare che la volontà espressa ai sensi o conformemente a quanto prescritto all'art. 6 della l. n. 40/2004, salvo non intervenga revoca, comporta l'assunzione della qualifica genitoriale in capo a colui che ha espresso il consenso, applicandosi inoltre la disciplina preclusiva *ex art. 9* della medesima legge. Il progetto condiviso e l'irrilevanza del legame genetico sembra dunque suggerire che la *partner* della partoriente debba essere considerata madre così come il marito della partoriente in caso di PMA eterologa debba essere considerato padre.

Preme in ogni caso ribadire che la pronuncia non tende a scardinare il concetto di madre e padre, ma piuttosto a rendere le definizioni vigenti all'interno dell'ordinamento flessibili al punto da adattare all'interesse del minore a mantenere uno *status* conforme a quello già acquisito in altro ordinamento e ai rapporti affettivi costituitisi con le madri.

²⁷³ M. Finocchiaro, *op. ult. cit.*, p. 63.

In ultima analisi pare che la volontà, connessa non solo di accedere alle pratiche fecondative ma ancora più di assumere un ruolo genitoriale, solo se indirizzata alla realizzazione del superiore interesse del minore, pare sufficiente a tralasciare le incompatibilità insorgenti dalle difformi norme di attribuzione della genitorialità.

In conclusione, pare interessante menzionare la recente azione opposta dal Viminale contro la trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato in UK da due madri effettuata dal Comune di Bari. La motivazione addotta a sostegno della tesi dell'illiceità della trascrizione muove dal presupposto che al figlio sia stata attribuita la cittadinanza italiana sebbene non abbia alcun legame biologico con la madre italiana: ciò bastando a configurare una violazione dei principi primari costituzionalmente garantiti quali sono quelli relativi al diritto alla cittadinanza italiana. L'assenza del legame genetico, a parere del ricorrente, tra il minore e il genitore munito di cittadinanza italiana impedirebbe dunque il riconoscimento del rapporto di genitorialità.

Nonostante in primo grado, il tribunale abbia escluso la legittimazione ad agire del Viminale²⁷⁴, quest'ultimo ha proposto ricorso in appello, reiterando la richiesta di cancellazione della trascrizione e si è ad oggi in attesa di pronuncia.

La motivazione pare in prima approssimazione non convincente nella misura in cui l'attribuzione della cittadinanza discende dal rapporto di sangue con l'ascendente e non possa però essere sussunta ad elemento ostativo al riconoscimento di un preesistente rapporto di genitorialità.

3.7.2. Riconoscimento del figlio nato in Italia a seguito di PMA eterologa conclusa all'estero.

L'ambito d'indagine muta qualora la coppia omosessuale femminile si sia sottoposta a trattamenti di fecondazione eterologa all'estero, ma la nascita del figlio sia avvenuta in Italia e, dunque, sia richiesta la formazione di un atto di nascita

²⁷⁴ Trib. Bari, 21 maggio 2019, inedita.

recante la genitorialità di due madri: diversamente dunque dai casi in cui l'ordinamento nazionale è chiamato a riconoscere un prodotto giuridico formatosi in altro Paese.

L'operatore giuridico deve dunque confrontarsi con la conseguente richiesta di formazione ed attribuzione di un rapporto di genitorialità *ex novo*, in un contesto normativo interno non dotato di strumenti giuridici idonei alla legittimazione di rapporti di omogenitorialità.

La regolamentazione della disciplina attributiva dello stato di filiazione fuori dal matrimonio²⁷⁵ esclude che lo *status* genitoriale possa essere attribuito ad entrambe le componenti della coppia. L'art. 250 c.c. stabilisce infatti che "il figlio nato fuori del matrimonio può essere riconosciuto, nei modi previsti dall'articolo 254, dal padre e dalla madre"²⁷⁶. La dichiarazione effettuata dal progenitori mira

²⁷⁵ Chiaramente si esclude la possibile analisi della disciplina *ex art.* 231 c.c. e seg. essendo strettamente riservata ai figli nati in costanza di matrimonio. Come è stato infatti fatto notare, la riforma del 2012-2013, sebbene abbia portato a termine il lungo procedimento che aveva interessato legislatore e giurisprudenza di unificazione dello *status* di figlio e abbia inoltre creato un solo statuto della disciplina della filiazione, non ha provveduto ad uniformare la disciplina di attribuzione dello *status*, così come la regolamentazione dei rimedi giudiziali di rimozione e accertamento dei rapporti filiali. L'automatismo dell'attribuzione dello *status* del soggetto nato o concepito in costanza di matrimonio ed la diversa necessità di un atto formale ai sensi dell'art. 250 c.c. per quello nato fuori di esso configurano uno degli ultimi elementi di differenziazione. Si v. in argomento Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., Padova, 2019, p. 342 ss.; A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017; AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Santarcangelo di Romagna, 2015; A. Ricci, sub *art. 231-234 c.c.*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, p. 952 ss.; C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015; M. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Milano, 2014; Buffone, *Le novità del decreto filiazione*, Milano, 2014; Cecchella, Paladini (a cura di), *La riforma della filiazione. La legge 10 dicembre 2012, n. 219*, Pisa, 2013; Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 525 ss.; Picaro, *Stato unico di filiazione. Un problema ancora aperto*, Torino, 2013; Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 231 ss.

²⁷⁶ A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, p. 58 ss; Morozzo della Rocca, *Costituzione e demolizione dello stato di figlio nato fuori del matrimonio*, in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 89 ss; Farolfi, sub *art. 250 c.c.*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, p. 1006 ss; Troiano, *Le innovazioni alla disciplina del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio*, in *La riforma della filiazione*, (a cura di) C.M. Bianca, Padova, 2013, p. 184 ss; Prosperì, *Unicità dello status filiationis e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in Cecchella, Paladini (a cura di), *La riforma della filiazione. La legge 10 dicembre 2012, n. 219*, Pisa, 2013, p. 17 ss.; Frezza, *Gli effetti del riconoscimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 493 ss.; Carresi, *Il riconoscimento dei figli naturali*, Milano, 1940.

dunque ad accertare il rapporto di filiazione corrispondente al legame biologico e genetico con il figlio. Il riferimento normativo alla figura genitoriale maschile e femminile sembra dunque escludere che tale accertamento possa essere effettuato da due soggetti dello stesso sesso.

Al contempo, l'ordinamento dello stato civile sembra non contemplare la possibilità di formare l'atto di nascita con generalità di persone diverse da una madre e un padre (artt. 29 e 30 del d.P.R. n. 369/2000). In prima approssimazione, si può dunque affermare che la disciplina in commento è strutturata al fine di aderire ad un modello di famiglia eterosessuale e definisce chiaramente i soggetti legittimati alla dichiarazione *ex art. 250 c.c.*

L'analisi della natura giuridica della dichiarazione *ex art. 250 c.c.* ha occupato per lungo tempo la dottrina che ha formulato una pluralità eterogenea di ipotesi, attribuendo la qualifica di negozio giuridico, di atto di autonomia privata²⁷⁷, oppure di dichiarazione di scienza, escludendolo dal negozio giuridico²⁷⁸. Alla luce però degli approdi giurisprudenziali che hanno condannato il padre al risarcimento del

²⁷⁷ Cicu, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, III, 2, Torino, 1939, p. 106 ove l'A. afferma che il riconoscimento sia un "potere familiare", ed essendo il fine quello investire il figlio di uno *status*, tale potere non consente discrezionalità di apprezzamento, dovendo essere accertato l'evento procreativo alla base. In seguito Cicu, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, III, 2, Torino, 1969, p. 164 modifica parzialmente l'impostazione ed afferma che il riconoscimento è un potere e quindi un "atto di volontà" del genitore che volesse concedere al figlio nato fuori dall'istituzione matrimoniale uno *status*. Fermo restando che Cicu afferma altresì che il fine del riconoscimento non è quello di "attribuire o di creare al figlio lo stato di figlio: il figlio acquista diritto allo stato, se riconoscibile, fin dalla nascita ... il fine è dunque quello di attribuire al figlio il *titolo* del suo stato"(p. 164).

Si v. Carresi, *Il riconoscimento dei figli naturali*, Milano, 1940, p. 40; Salvi, *Il possesso di stato familiare*, Milano, 1952, p. 22; Santoro Passarelli, *Sul riconoscimento del figlio naturale premorto*, in *Foro it.*, 1931, I, c. 1271. Si v. C. M. Bianca, *La famiglia*, 2.1, in *Diritto civile*, Milano, 2017, p. 402 ss.; Troiano, *Le innovazioni alla disciplina del riconoscimento del figlio (art. 250, come modificato dall'art. 1 comma 2°, l. n. 219/2012)*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, p. 191, in part. nt. 23; Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, II ed., Milano, 2013, p. 333 ss.

La tesi che vuole privilegiare la natura volontaria del riconoscimento è stata criticata da A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, p. 60.

²⁷⁸ Basini, *Il riconoscimento del figlio naturale*, in *Filiazione e adozione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, Milano, 2007, p. 178 ss.

danno non patrimoniale subito dal figlio a causa del mancato riconoscimento²⁷⁹, sembra doversi escludere che il riconoscimento sia governato dalla piena autonomia e volontà del genitore. Pertanto si è avanzata l'ipotesi che il riconoscimento possa essere qualificato quale negozio di accertamento, dal quale discende l'effetto giuridico ad una situazione preesistente²⁸⁰.

La ricerca di una condivisa qualificazione giuridica ha perso di centralità in considerazione della crescente valorizzazione della finalità del riconoscimento: ossia l'assunzione del ruolo genitoriale da parte del padre e della madre. In questa prospettiva, la veridicità della coincidenza tra verità genetica e vincolo legale è affidata alla dichiarazione del singolo²⁸¹, sino chiaramente all'eventuale contestazione di veridicità.

Il quesito che la casistica giurisprudenziale ha recentemente posto concerne la possibilità della compagna o dell'unita civilmente della madre biologica di riconoscere la figlia nata da un progetto di genitoriale condiviso e dunque assumere lo *status* di (seconda) madre, sebbene in assenza di un vincolo biologico, che pare in prima approssimazione essere presupposto imprescindibile di un riconoscimento valido e produttivo di effetti.

In questa prospettiva, la dichiarazione della madre gestante non solleva alcune perplessità in quanto pienamente corrispondente al rapporto biologico sotteso.

Le principali difficoltà insorgono qualora, congiuntamente alla madre biologica o singolarmente, la *partner* della puerpera desideri procedere con il

²⁷⁹ Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 605 ss. Appare confliggente a tale esito il carattere di spontaneità che alla dichiarazione *ex art.* 250 c.c. viene attribuita, tra gli altri, da Sesta, *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia, Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di Auletta, IV, Torino, 2011, p. 242-243, ove l'A. ritiene che il riconoscimento rappresenti sicuramente una facoltà e non un obbligo del genitore.

²⁸⁰ Majello, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 139 ss.

²⁸¹ Sesta, *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, 4, *Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di Auletta, Torino, 2011, p. 3 ss; id., voce *Filiazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, p. 454 ss; Basini, *Il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3560 ss.

riconoscimento del nato, accertando il rapporto di filiazione, privo di vincolo genetico²⁸² e dunque non “veridico”, se si assume appunto la necessaria preesistenza del rapporto biologico di filiazione.

L’istanza presentata all’ufficiale di stato di civile di Pistoia apre una serie di quesiti di natura interpretativa e di ordine sistematico, nonché di coordinamento tra la normativa civilistica e la disciplina della l. n. 40/2004, che la recente giurisprudenza di merito ha permesso di evidenziare.

Occorre sottolineare, in via di prima approssimazione, che la problematica sottesa implica una riflessione sulla figura emergente del genitore c.d. “intenzionale” che rivendichi il riconoscimento dello *status* genitoriale e reclami l’esercizio della responsabilità genitoriale, in virtù del consenso espresso in sede di trattamento procreativo, espressione della partecipazione al progetto genitoriale. Occorre segnalare inoltre che la problematica in argomento coinvolge la *partner* che abbia offerto il proprio consenso, ma anche colei che, congiuntamente al consenso, abbia contribuito con il proprio patrimonio genetico al concepimento; il diverso tenore del contributo, non muta il quesito o lo *staello*, in quanto il criterio di attribuzione fondato sul rapporto genetico opera solamente in rapporto alla figura genitoriale paterna, mentre la donna può essere qualificata e diventare madre esclusivamente attraverso il parto, essendo irrilevante l’eventuale legame genetico²⁸³.

3.7.2.1. La genitorialità omosessuale alla luce del quadro normativo interno.

Come già anticipato, l’intervento normativo del 20 maggio 2016, n. 76 non ha provveduto alla regolamentazione dei rapporti di filiazione, nonostante i lavori preparatori avessero prospettato una modifica dell’art. 44 lett. b), l. 184/83 prevedendo una forma l’adozione del figlio dell’unito civilmente.

²⁸² Cfr. Trib. Pistoia, 5 luglio 2018, in *articolo29.it*.

²⁸³ Conferma questa lettura la vicenda già analizzata dello scambio di embrioni avvenuto all’Ospedale Pertini di Roma. Rinvio § 3.

La tecnica adottata dal legislatore, al fine di armonizzare e garantire effettività alla disciplina, è quella di estendere l'applicazione della normativa destinata ai coniugi anche alle coppie omosessuali, prescrivendo che per quanto concerne la disciplina codicistica si applichino le norme espressamente richiamate, mentre per la regolamentazione extra codicistica appartenente all'ordinamento si applicherà la normativa riservata ai coniugi senza limitazioni agli uniti civilmente. Il comma 20, infine, non richiama il titolo VII del libro primo e ne inibisce così l'applicazione alle coppie omosessuali; esclude inoltre espressamente l'operatività della legge sull'adozione per le coppie omosessuali, senza però menzionare la normativa sulla procreazione assistita.

La c.d. clausola di esaustività²⁸⁴ si espone ad alcune critiche in materia di coordinamento con la legge n. 40/2004; il comma 20 dispone infatti l'applicabilità agli uniti civilmente della normativa che faccia riferimento alla coppia matrimoniale, suggerendo così l'applicabilità della normativa sulla PMA alle coppie dello stesso sesso²⁸⁵, disciplina che, differentemente da quanto affermato in materia di adozione, non è stata espressamente esclusa²⁸⁶.

²⁸⁴ Farolfi, *sub. art. 1, comma 20, l. n. 76/2016*, in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di Sesta, Milano, 2017, p. 782; Spadaro, Dell'Osta, *Unioni civili e convivenze, tutte le novità L. n. 76/2016 in vigore dal 5 giugno 2016. Costituzione, cognome, regime patrimoniale, diritti e doveri; scioglimento dell'unione civile, successioni, cambiamento di sesso; adozioni; convivenze di fatto: diritti e obblighi, effetti, cessazione; contenuto, aspetti patrimoniali, cause di nullità e risoluzione del contratto di convivenza*, Milano, 2016; C.M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017; De Cristofaro, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 101 ss; Savi, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso. Contributo al primo studio della legge 20 maggio 2016 n. 76, art. 1 commi 1-35*, Perugia, 2016; Buffone, Gattuso, Winkler, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017; AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto L. 20 maggio 2016, n. 76*, Santarcangelo di Romagna, 2016; De Filippis, *Unioni civili e contratti di convivenza. Aggiornato alla legge 20 maggio 2016, n. 76 (G.U. n. 118 del 21 maggio 2016)*, Padova, 2016; AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016; Calò, *Le unioni civili in Italia. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Napoli, 2016.

²⁸⁵ Trib. Bologna, 3 luglio 2018, § 2B, in *Dejure*.

²⁸⁶ Conforme a tale ricostruzione: App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Fam. e dir.*, 2017, 674 ss.

Cionondimeno tale ricostruzione non appare conforme all'intenzione del legislatore e solleva alcuni dubbi di coerenza sistematica: appare, infatti, irragionevole sostenere che la volontà del legislatore, che scientemente ha eliso ogni richiamo o riferimento alla filiazione, giungendo sino ad escludere espressamente l'applicabilità della normativa sull'adozione, possa avere al contrario e contestualmente ritenuto legittimo l'accesso alla PMA per le coppie omosessuali.

Un ulteriore argomentazione, che sembrerebbe giustificare il diniego di riconoscibilità del rapporto di omogenitorialità, risiede, come anticipato, sia nella normativa codicistica *ex art. 250 c.c.*, sia sulla norma dettata dall'ordinamento dello stato civile, il quale non consentirebbe di indicare altra figura genitoriale, oltre alla madre, che non sia il padre suggerendo così la diversità di genere.

Inoltre il d.lgs. n. 5 del 19 gennaio 2017, esercitando la delega dell'art. 1, comma 28, lett. a) e c) della legge 76/2016, non ha previsto alcuna modifica in merito, cosicché sembra inibito così alla Pubblica Amministrazione di provvedere alla richiesta di riconoscimento e non permette altresì alcun comportamento discrezionale dell'ufficiale di stato civile.

Ciononostante è stato evidenziato come gli artt. 29 e 30 del D.P.R. 396 del 2000 richiedano le generalità, la cittadinanza e la residenza dei "genitori" e la necessità che la dichiarazione di nascita sia resa da uno dei genitori. La scelta linguistica del legislatore sembra dunque non porre ostacoli alla formazione di un atto di nascita recante la maternità di due donne: ciononostante appare ancora stabile l'idea che la differenza di genere sia un presupposto immanente all'intera disciplina della genitorialità anche se non esplicitata.

La giurisprudenza di merito²⁸⁷, chiamata a pronunciarsi recentemente sull'argomento, ritiene ciononostante che anche la normativa dello stato civile, avulsa dal riferimento di genere e appartenente alla normativa sulla filiazione, debba essere oggetto di interpretazione costituzionalmente nonché

²⁸⁷ Trib. Bologna 6 luglio 2018, § 2G, cit.

convenzionalmente orientata, al fine di appianare ogni conflitto in nome del superiore interesse del minore.

In questa prospettiva, l'art. 8 l. n. 40/2004 prevede che i nati da tecniche di procreazione assistita hanno lo stato di "figli riconosciuti" di coloro che hanno espresso la volontà di ricorrere al trattamento procreativo. Tale formulazione, privilegiando il valore giuridico dell'elemento volontaristico del consenso espresso al momento dell'accesso delle cure, potrebbe suggerire un'interpretazione che escluda, almeno parzialmente, la necessità di procedere al riconoscimento prescritto ai sensi dell'art. 250 c.c.²⁸⁸ o quanto meno ne proponga un'interpretazione estensiva che giunga a ricomprendere tra i legittimati al riconoscimento anche la seconda madre.

3.7.2.2. Un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata della legge 40/2004.

Nonostante il quadro normativo di riferimento mostri una tendenziale ostilità alla omo genitorialità, la casistica giurisprudenziale è chiamata a risolvere il quesito in materia l'attribuzione dello *status* di figlio nato da coppia omosessuale a seguito di fecondazione eterologa conclusasi all'estero.

Si è dunque avanzata la proposta di una lettura costituzionalmente orientata della l. n. 40/2004 che tenga in considerazione da un lato che l'identità genetica tra genitore e figlio non costituisce requisito irrinunciabile del rapporto di filiazione - in conformità con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità e di merito²⁸⁹ -, dall'altro, che, a fronte del tendenziale declino del criterio di attribuzione della genitorialità fondato sul legame biologico, il consenso, espresso in sede di accesso alle tecniche fecondative, sta acquistando un progressivo valore, essendo

²⁸⁸ R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 102. Prima della novella del 2004, si v. Auletta, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, cit., 67.

²⁸⁹ Cfr. Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Fam e dir.*, 2014, p. 753; in *Europa e diritto privato*, 2014, 1105; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1068.

espressione della volontà di assumere la responsabilità genitoriale, in conformità ad un progetto genitoriale condiviso.

L'art. 8 della legge n. 40/2004 può trovare applicazione anche per i figli nati in Italia, a seguito di procedure procreative concluse in conformità alle normative prescritte da ordinamenti più permissivi. Tale conclusione si fonda sulla considerazione secondo cui la disciplina della filiazione si stia progressivamente discostando dalla genitorialità biologica e/o genetica, in favore dell'apertura a nuove forme di genitorialità frutto della manifestazione del consenso, così come prescritto dall'art. 6 l. n. 40/2004.

La c.d. genitorialità intenzionale²⁹⁰ rappresenta dunque la volontà della coppia di formare una famiglia ed è presupposto fondante l'attribuzione dello *status* giuridico di figlio²⁹¹. Si possono dunque proporre alcune chiavi interpretative della l. n. 40/2004, in considerazione di un duplice ordine di argomentazioni: la composizione della coppia e la natura ed effetti del consenso.

Muovendo dalla giurisprudenza della Corte Edu, nonché delle Corti Superiori nazionali, appare pacificamente condiviso l'assunto secondo cui il concetto di "coppia", caratterizzata da rapporti affettivi stabili e duraturi, non conosca differenziazioni fondate sul sesso o sull'orientamento sessuale. Le Corte Edu ha in più occasioni evidenziato che la nozione di "vita familiare", tutelata ai sensi dell'art. 8 CEDU, ricomprende anche le unioni omosessuali. Ciò dunque promuoverebbe un'interpretazione estensiva del termine "coppia", utilizzata dalla l. n. 40/2004, comprensivo delle unioni omosessuali²⁹², nonché l'applicabilità degli effetti prescritti dall'art. 8 e 9 della citata legge, fermo restando la sussistenza di un consenso pieno e consapevole (art. 6 l. n. 40/2004). Esso esprime infatti la volontà non solo di acquisire lo *status* giuridico di genitore, ma anche di assumere i diritti e i doveri che dall'esercizio della responsabilità genitoriale discendono.

Sebbene si condivida l'intento perseguito, tale interpretazione non appare pienamente convincente, in quanto non tiene in debita considerazione il fatto che la

²⁹⁰ Trib. Pistoia, 5 luglio 2018, in *articolo29.it*.

²⁹¹ Gattuso, *Un bambino e le sue mamme: dall'indivisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in *questionegiustizia.it*.

²⁹² Trib. Bologna, 6 luglio 2018, § 2B, cit.

normativa in materia di PMA connoti la coppia con l'espresso requisito soggettivo della differenza di genere, ossia la differenza di sesso tra le parti. L'art. 5 della l. n. 40/2004 prescrive infatti che "possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso".

Si tenga presente che recentemente la Corte Costituzionale²⁹³ è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità del requisito della diversità di sesso tra i componenti della coppia che richieda di accedere, nella parte in cui impedisce ad una coppia composta da due donne. La Corte ha ritenuto infondate le questioni sollevate dal tribunale di Pordenone e di Bolzano²⁹⁴, affermando che "l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata". Come già in più occasioni dichiarato dalla Corte, la Costituzione, pur considerandone favorevolmente la formazione, non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli.

Appare più convincente, tuttavia, l'opinione secondo cui il consenso espresso dalla coppia omosessuale manifesti inequivocabilmente la volontà di assumere la responsabilità genitoriale del nascituro quale frutto di un progetto di vita comune tra i membri della coppia e di realizzazione di una famiglia. In tema di valorizzazione dell'elemento volitivo del procedimento procreativo, appare significativo segnalare che lo stesso legislatore, prescrivendo il divieto di fecondazione eterologa (ora abolito per mano della Corte costituzionale), attribuiva al figlio nato dalla pratica vietata, ma cionondimeno eseguito, lo *status filiationis* della coppia che avesse espresso il consenso al trattamento; la *ratio* sottesa al bilanciamento operato in sede legislativa risiedeva quindi nella preferenza accordata alla tutela della stabilità dello *status filiationis* e dunque al soddisfacimento del superiore interesse del minore e nell'irrilevanza della

²⁹³ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 24 ottobre, con nota di Marino, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla procreazione assistita non viola la Costituzione*; in *Guida al diritto*, 2020, 2, 36, con nota di Buffone, *Su temi etici e morali il legislatore mantiene ampia discrezionalità*.

²⁹⁴ Trib. Pordenone, 2 luglio 2018 e Trib., Bolzano, 3 gennaio 2019, in *Dejure*.

realizzazione della sanzione del comportamento illegittimo perpetrato dai genitori²⁹⁵.

3.7.2.3. Il consenso: un'anticipata formazione dello stato di figlio?

“L’assetto giuridico è sempre più complesso e variegato ed [...] non si può più fare riferimento ai concetti tradizionali di paternità, di maternità, di filiazione, derivanti dal dato procreativo naturale.”²⁹⁶

L’opinione maggioritaria ha sempre sostenuto che il consenso espresso dalla coppia in sede di trattamento fecondativo non rappresenta presupposto sufficiente alla costituzione del rapporto di filiazione e non garantisce il soddisfacimento del superiore interesse del minore, che può ottenersi solo tramite l’osservanza delle prescrizioni di legge²⁹⁷. Il rapporto di filiazione, dunque, non potrebbe costituirsi quale conseguenza della manifestazione di volontà, ma deve essere espressione di un legame biologico, e se eventualmente mancante, debba essere in ogni caso conforme alle specifiche condizioni dettate dalla legge. L’esempio più appropriato appare la normativa in materia di fecondazione eterologa che consente la formazione di un rapporto di filiazione, sebbene mancante della corrispondenza tra rapporto biologico e genetico (art. 8 l. n. 40/2004).

Tale normativa non potrebbe dunque trovare applicazione con riferimento ai bambini nati in Italia a seguito di fecondazione eterologa eseguita all’estero da una coppia omosessuale, in quanto da ciò discenderebbe una violazione della disciplina. Un eventuale interpretazione evolutiva, che prevedesse l’estensione alle coppie omosessuali l’applicabilità della norma di cui all’art. 8 l. n. 40/2004, realizzerebbe la distorsione dell’intero impianto normativo, che esclude la legittimazione di

²⁹⁵ Stefanelli, *Riconoscimento dell’atto di nascita da due madre in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*, in *articolo29.it*.

²⁹⁶ Trib. Genova, 8 novembre 2018, in *articolo29.it*.

²⁹⁷ Per una ricostruzione della normativa, si v. A. Ricci, *La disciplina del consenso informato all’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il d.m. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 40 ss.

rapporti di filiazione non contemplati dall'ordinamento interno e, non da ultimo, confermati dal legislatore del 2016.

Ciononostante, il consenso della PMA ha provocato una modifica del paradigma sul quale vengono generalmente impostate le questioni di *status*²⁹⁸. Si può persino affermare che l'”autonomizzarsi degli elementi costitutivi della figura parentale”²⁹⁹ e la conseguente frammentazione dell'unitario procedimento procreativo comporti la coincidenza tra consenso e volontà procreativa, che tendenzialmente nella fecondazione naturale coincidono.

3.7.2.4. Lo *status* giuridico del figlio nato in Italia a seguito di PMA eterologa all'estero e il superiore interesse del minore.

Occorre dunque sottolineare che, qualora una coppia omosessuale ricorra a tecniche riproduttive concesse in altri paesi, l'analisi di quale sia lo *status* giuridico da attribuire al figlio nato debba essere condotta alla luce del principio primario che regola la materia, ossia il superiore interesse del minore in considerazione del suo diritto all'identità personale e sociale, come tutelata dalla normativa interna ed internazionale³⁰⁰.

Come già evidenziato, il legislatore, in vigenza di divieto di fecondazione eterologa, aveva espressamente previsto che, in caso di violazione dello stesso, dovesse essere attribuito al figlio lo *status* giuridico conforme alla coppia che aveva espresso il consenso, intendendo così esprimere una chiara preferenza alla stabilità del rapporto di filiazione, piuttosto che al perseguimento della sanzione del comportamento *contra legem* dei genitori³⁰¹.

²⁹⁸ Ferrando, *La procreazione assistita tra regole e principi. Contributo al dibattito sulla nuova legge*, in *La procreazione medicalmente assistita atti del convegno internazionale di Messina 13-14 dicembre 2002*, a cura di Fortino, Torino, 2005, p. 155.

²⁹⁹ Baldini, *Considerazioni introduttivi*, in Baldini, Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, p.150.

³⁰⁰ Artt. 2, 3, 30, e 31 Cost.; art. 8 Cedu; art. 3 Convenzione New York 1989; art. 6 Convenzione di Strasburgo 1996; art. 24 Carta di Nizza 2000.

³⁰¹ Conforme a Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 362, ove si afferma che il comportamento in violazione dei dettami normativi dei genitori non può produrre ripercussioni o creare pregiudizi in capo al figlio.

Vi è, inoltre, chi ha evidenziato una certa anomalia tra l'ostilità dell'ordinamento alla genitorialità omosessuale e l'intervento normativo della l. n. 4/2018, che, disciplinando le tutele degli orfani di crimini domestici, contempla la fattispecie degli orfani a seguito dell'omicidio del genitore commesso dall'altra parte dell'unione civile³⁰². L'argomentazione, per quanto suggestiva, appare ciononostante non determinante, in quanto la circostanza considerata dalla normativa intende estendere la tutela al figlio della vittima, ma non richiede la sussistenza tra il *partner* e il figlio della vittima di alcun tipo di legame legalmente rilevante, non essendo dunque centrale il rapporto intercorrente tra l'autore del reato e il figlio del genitore.

In conclusione, assume rilevanza il consenso espresso dalla coppia e insorge il concetto di genitorialità "intenzionale"³⁰³ contrapposta alla genitorialità "ordinaria", fondata al contrario sul dato biologico-genetico³⁰⁴. A fronte di un consenso prestato in sede di accesso alla PMA, manifestando dunque la condivisione di un progetto genitoriale³⁰⁵, non è illogico pensare che il legislatore abbia previsto un trattamento differenziato tra i figli nati da procreazione naturale o assistita³⁰⁶ o quanto meno, che si possa attribuire una natura di "prericonoscimento del nascituro"³⁰⁷. Vi è chi segnala che il consenso espresso in

³⁰² Trib. Pistoia 5 luglio 2018, § 5.9, cit.

³⁰³ Sassi, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, in Perlingieri, Giova (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016, in Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2018, p. 438 ss.; Marchi, *Mio, tuo, suo, loro. Donne che partoriscono per altri*, Roma, 2017, p. 31 ss.; Lipari, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005; Busnelli, *Procreazione artificiale: una giurisprudenza "in trincea"*, in Comporti, Monticelli (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, Napoli, 2005, p. 281 ss.; Id., *Procreazione artificiale e filiazione adottiva*, in Tomassini (a cura di), *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare. Atti del Convegno di studi (Copanello, 28-29 settembre 2001)*, Torino, 2003, p. 46 ss.

³⁰⁴ Trib. Pistoia 5 luglio 2018, cit.; Gattuso, *Un bambino e le sue mamme: dall'indivisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in *questionegiustizia.it*.

³⁰⁵ Baldini, *Considerazioni introduttive*, in Baldini, Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, p. 150, ove l'A. segnala che il consenso espresso in sede di PMA – riferendosi in particolar modo a quella eterologa – non è una mera autorizzazione, ma è una volontà di filiazione.

³⁰⁶ R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 102.

³⁰⁷ Così si esprimeva la Relazione introduttiva alla Proposta di legge n. 1869. Cfr. R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p.

sede di PMA non è una mera autorizzazione, ma è una volontà di filiazione³⁰⁸. Una certa dottrina, rimasta minoritaria, ha persino affermato che la dichiarazione di volontà ad accedere alle tecniche di fecondazione assistita possa essere qualificata se non come accertamento anticipato del rapporto di filiazione almeno quale volontà irrevocabile di riconoscimento³⁰⁹, aderendo al brocardo “*consensus facit filios*”³¹⁰.

Il Tribunale di Bologna ha persino affermato in una recente pronuncia che “l’irrevocabilità del consenso, a partire dalla fecondazione dell’ovulo, comporta che lo stato di filiazione sorga anticipatamente, come può desumersi dalla disciplina preclusiva ai sensi dell’art. 9 l. n. 40/2004”³¹¹. La disciplina preclusiva se da un lato tutela il figlio nato, garantendo la stabilità dello *status*, soprattutto in caso di PMA eterologa, dall’altro pone quale presupposto la volontà dei genitori di assumersi l’obbligo di mantenerli, istruirli e educarli, offrendo così ai figli nati da

104, ove si legge che è coerente prevedere l’attribuzione *ex lege* dello *status* di figlio naturale (*rectius* nato fuori dal matrimonio) se nato da pratiche di fecondazione assistita, dovendosi qualificare il riconoscimento quale “conseguenza ineluttabile” della già espressa volontà al trattamento.

³⁰⁸ Baldini, *Considerazioni introduttivi*, in Baldini, Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, p. 150.

³⁰⁹ Dogliotti, Figone, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, cit., p. 181. Ipotesi prospettata anche nel disegno di legge n. 2042 presentata dall’on. Palumbo nel corso della XIV legislatura, ove si legge che “in caso di coppia stabilmente convivente la volontà espressa da entrambi i soggetti ai sensi dell’articolo 6, comma 2, e non revocata fino al momento della fecondazione dell’ovulo, costituisce riconoscimento ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 315 del codice civile e vale ad attribuire al nato lo stato di figlio naturale riconosciuto”. Si v. anche Cavajoni, *Procreazione assistita e status filiationis*, in *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, a cura di Dossetti, Lupo, M. Moretti, Milano, 2010, p. 103, la quale fa derivare lo *status* dalla sola richiesta scritta di accesso alla PMA compiuta dai genitori, senza che si renda necessario alcun atto ulteriore. La domanda di accesso alla PMA sarebbe dunque un atto di riconoscimento congiunto anticipato, simile con al riconoscimento congiunto *ex art.* 254 c.c. *Contra* Sesta, *Procreazione medicalmente assistita e status del figlio*, in *La filiazione verso un unico status*, *Atti del convegno di Como il 23-24.6.2006*, in *Aiaf Quaderni*, 2006, p. 89, ove si contesta l’assimilazione all’art. 254 c.c. in quanto il riconoscimento anticipato deve avvenire almeno quando è già avvenuto il concepimento, evento che non si è ancora realizzato al momento del consenso.

³¹⁰ Riportato da Santosuosso, *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, p. 128; Del Prato, *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in *Famiglia*, 2001, p. 1035 ss, ove l’A. si interroga circa la natura e gli effetti giuridici da attribuire alla “scelta procreativa”.

³¹¹ Trib. Bologna, 6 luglio 2018, cit. §2Aa

procreazione artificiale, avvantaggiati da un riconoscimento anticipato dal consenso, un trattamento indiscriminatamente vantaggioso³¹².

3.7.2.5 Il riconoscimento e l'attribuzione del doppio cognome materno.

Occorre dunque segnalare un recente caso che ha interessato il Tribunale di Torino: l'ufficiale di stato civile infatti non ha provveduto al riconoscimento tardivo della seconda madre ai sensi dell'art. 254 c.c. nei confronti del figlio che era già stato legittimamente riconosciuto ai sensi dell'art. 250 c.c. dalla madre biologica. La coppia ha presentato ricorso al tribunale per richiedere per gli effetti dell'art. 262 c.c. l'aggiunta del cognome della seconda madre a quello già attribuito al figlio e appartenente alla genitrice³¹³.

Sebbene non appartenga al *thema decidendum* la valutazione dell'operato dell'Ufficiale di stato civile, il Collegio afferma infatti che “non emergono [...] profili di manifesta e radicale illiceità o abnormità, in quanto la registrazione del riconoscimento da parte dell'Ufficiale di stato civile appare coerente con la tutela dell'interesse del minore, principale parametro di riferimento della prevalente giurisprudenza, anche di legittimità, in questioni affini”.

A fronte del riconoscimento del figlio registrato dal pubblico ufficiale, è opinione della Corte che si debba dare applicazione all'art. 262 c.c., ancorché il riconoscimento tardivo non sia effettuata dal padre, ma bensì dall' “altra genitrice”.

Il Tribunale motiva la propria decisione in considerazione del fatto che una valutazione difforme provocherebbe l'insorgere di una ingiustificata disparità di trattamento tra i figli nati da genitori dello stesso sesso, rispetto ai figli nati da genitori di sesso diverso, ai quali, a seguito della pronuncia della Corte

³¹² Così Scia, *Procreazione medicalmente assistita e status del generato. Percorsi giurisprudenziali e intervento legislativo*, Napoli, 2010, p. 152.

³¹³ Trib. Torino, 21 maggio 2018, in *Dejure*.

costituzionale n. 286/2016, è concesso, su accordo di entrambi, trasmettere ai figli al momento della nascita il cognome materno e paterno³¹⁴.

Alla medesima conclusione è giunto il Tribunale di Bologna che, dichiarando illegittimo il rifiuto del pubblico ufficiale al riconoscimento congiunto delle due madri, ha accolto la richiesta di attribuzione del doppio cognome alla figlia, ritenendo il collegio che l'attribuzione, sin dalla nascita, del cognome di entrambi i genitori tuteli il diritto al nome del figlio - quale espressione del diritto alla personalità e all'identità - e, altresì, promuova l'emersione dell'appartenenza del singolo al gruppo familiare³¹⁵.

4. La frammentazione della figura paterna: il vincolo legale privo di legame genetico.

È di comune conoscenza che il vincolo di paternità sia stato sin dall'origine dell'uomo avvolto da una certa aurea di mistero e di incertezza: la consapevolezza che l'unione carnale tra uomo e donna fosse l'origine della procreazione del concepimento e che la madre non si riproducesse per partenogenesi è stata per alcune comunità una scoperta relativamente recente³¹⁶.

In un contesto caratterizzato da intrinseca incertezza sulla titolarità della paternità - che si è raggiunta solo in tempi relativamente recenti grazie all'avanzamento delle tecniche mediche -, alcuni antropologi e studiosi di sociologia giuridica ritengono che la prevalenza della linea matrilineare sia stata la matrice originaria della comunità, in quanto il parto permetteva inequivocabilmente di individuare l'appartenenza ad una determinata *gens*. Presso i Lici, ci riporta

³¹⁴ In materia di attribuzione del cognome al figlio, si v. Troiano, *Il cognome del figlio nato fuori del matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 125 ss.

³¹⁵ Trib. Bologna 6 luglio 2018, § 3, cit.; Corte. cost., 21 novembre 2016, n. 286, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 588.

³¹⁶ Interessante e suggestiva la ricostruzione delle credenze in materia di concepimento tramite i miti greci che fa Rizzuti, *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze naturali allo scenario dell' "agenitorialità"*, in *Maternità, filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di Nicolai- Olivito, Napoli, 2017, p. 162, in part. nt. 3-4-5.

Erodoto, i figli assumevano il cognome materno e non quello paterno, come diversamente era in uso tra i Greci³¹⁷.

La presunzione di paternità è lo strumento giuridico ideato per colmare le lacune dell'incertezza genetica³¹⁸. In una funzione se vogliamo dire ambivalente, in cui la presunzione garantisce il legame giuridico di filiazione, protegge il figlio, che è legittimamente inserito in un nucleo familiare, ed offre altresì al padre una discendenza.

La sommaria ricostruzione che meriterebbe maggior spazio ma ci condurrebbe fuori dal sentiero che stiamo percorrendo ci permette però di tratteggiare una linea di continuità tra la figura paterna nell'evoluzione sociale e giuridica e la funzione suppletiva che la legge ha per tale figura svolto,

Diversamente dalla madre, il padre ha infatti più precocemente abbandonato il legame genetico con il figlio, subendo un procedimento di frazionamento e destrutturazione molto più rapido ed invasivo della paternità genetica, legale e sociale.

Basti pensare che, ancor prima che le scienze mediche si intromettessero nella procedura genetica, sino alla riforma del 1975 e in seguito a quella del 2012-2013, la disciplina delle azioni di stato prevedeva termini prescrizionali particolarmente brevi oltre che una legittimazione affidata prevalentemente al padre, nell'intento da un lato di preservare la stabilità dello *status filiationis* e dall'altro di limitare l'emersione della difformità biologica e quella legale.

³¹⁷ Erodoto, *Storie*, 1, 173, così Bachofen, *Il matriarcato. Ricerca sulla ginecocrasia del mondo antico nei suoi aspetti religiosi e giuridici*, I, titolo originale, *Das Mutterrecht*, 1861, in traduzione, Torino, 1988, p. 6.

³¹⁸ Dossetti, *La presunzione di paternità*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3367 ss.; Ead., *Lo stato di figlio nato in costanza di matrimonio*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 87 ss.; Ead., *L'accertamento della filiazione tra automatismo e principio volontaristico*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Milano, 2002, p. 817 ss.; Biscontini, *La filiazione legittima*, in *Trattato Bonilini, Cattaneo, III, Filiazione e adozione*, II ed., Torino, 2007; Uda, *Presunzione di paternità e prove della filiazione legittima*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, *La filiazione*, a cura di Collura, Lenti, Mantovani, II ed., Milano, 2012; Cossu, *Filiazione legittima e naturale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, *La famiglia*, III, Torino, 2000; Bucciante, *Filiazione. Filiazione Legittima*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989; Cicu, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, III, 2, Torino, 1969.

In una diversa prospettiva, considerevoli sono stati altresì gli effetti prodotti dalla crescente mobilità del nucleo familiare, che perdendo il connotato di indissolubilità, sempre più raramente si configura come rapporto duraturo e che ricopra l'intero corso della vita di un individuo. Tale fenomeno di volatilità del rapporto familiare comporta che il figlio di una coppia possa conoscere l'avvicinarsi e l'affiancarsi di una pluralità di soggetti considerabili "di fatto genitoriali", sebbene privi di legami genetico o riconoscimenti giuridici (la c.d. genitorialità sociale³¹⁹).

In tale contesto, si inserisce l'alterazione prodotta dall'introduzione delle forme procreative artificiali, che prevedono l'intromissione nell'evento procreativo di soggetti estranei la coppia, donatori che sebbene connessi geneticamente con il nascituro non assumono il ruolo genitoriale. La pratica medica ha quindi ampliato notevolmente i casi in cui il padre genetico non coincide con il genitore legale e/o sociale³²⁰.

Un altro fenomeno che deve essere tenuto in considerazione e che sta assumendo una portata via più significativa all'interno dell'ordinamento è quello della circolazione degli *status filiations* recanti genitorialità non contemplate dalla regolamentazione interne, insorgenti da pratiche vietate: quali la procreazione *post mortem*³²¹, la fecondazione eterologa di donne omosessuali e la maternità surrogata³²².

³¹⁹ Rinvio a Cap. III.

³²⁰ Cfr. Smith, *Clashing symbols. Reconciling support for fathers and fatherless families after the Human Fertilization and Embryology Act 2008*, in *Child & Family Law Quarterly*, 2010, 22, p. 62-63. L'Autrice fa altresì notare che a seguito della riforma del 2002 della *Section 4 del Children Act 1989* l'attribuzione della paternità nei casi di filiazione fuori del matrimonio sia automatica conseguenza dell'iscrizione del nominativo del padre nel certificato di nascita. Ad opinione dell'A., tale meccanismo ha portato a rinforzare l'assunto secondo cui il padre genetico [almeno sino a prova contraria] coincida con il padre sociale: il tutto veicolato da un strumento giuridico quale il suddetto automatismo che attribuisce giuridicità ad un rapporto genetico, sulla falsariga di ciò che avviene in caso di filiazione nel matrimonio per effetto della presunzione di paternità. Si aggiunge inoltre che il sistema è stata reso ancora più cogente dal dovere imposto alla donna di fornire il nominativo del padre del figlio nato (*Welfare Reform Act 2009*).

³²¹ Rinvio Cap. I, §1.4.

³²² Rinvio Cap. II.

Nella prospettiva della configurazione della genitoriale maschile, le tre pratiche sollevano problematiche diametralmente opposte: nel primo caso infatti si verifica la donazione di gameti da parte di un uomo che pur desiderando assumere il ruolo genitoriale premuore al concepimento, inteso quale evento naturale, del figlio, che pare dunque destinato a nascere privo della figura paterna. Nel secondo caso, invece, la medesima donazione da parte di un uomo è, nella maggior parte dei casi³²³, completamente avulsa da un progetto familiare, non essendoci alcuna volontà procreativa né tanto meno genitoriale.

Nell'ultimo e più critico caso, la maternità surrogata in cui si prevede un accordo tra la donna portante e la coppia dello stesso sesso maschile produce una doppia paternità, nella maggior parte dei casi, una priva di legame genetico e caratterizzata dalla intenzionalità ad essere padre, che si realizza nell'esercizio *di fatto* dei doveri insorgenti da responsabilità genitoriale, e l'altra invece connotata da un vincolo genetico.

Le problematiche che verranno trattate insorgono dunque non solo da un mutato quadro normativo, ancora lontano dall'abbracciare un approccio *gender neutral* e altresì da un crescente e rinnovato significato che i fattori genetici stanno assumendo³²⁴.

In questa prospettiva, la dottrina, soprattutto inglese, offre uno spunto di riflessione interessante: alcuni contestano infatti la convergenza tra la (presunta) naturalità delle caratteristiche riproduttive dei singoli e genitorialità, criticando fortemente quella che è stata definita la "*geneticisation*" della paternità. Ciò che viene rilevato infatti è la tensione della normativa inglese a valorizzare il contributo genetico offerto dall'uomo e dalla donna all'evento procreativo, al fine di veicolare un trattamento normativo che rispecchi e promuova l'equità di genere tra i genitori. Le conseguenze di tale approccio su di un piano sistematico sono quelle di cristallizzare il rapporto genetico quale necessario presupposto della genitorialità

³²³ Si vedrà in seguito il peculiare caso del "*known donor*". Rinvio a Cap. I, §5.3.

³²⁴ Collier, Richard, Sheldon, *Fragmenting fatherhood: a socio-legal study*, Londra, 2008, p. 223; Smith, *Clashing symbols. Reconciling support for fathers and fatherless families after the Human Fertilization and Embryology Act 2008*, in *Child & Family Law Quarterly*, 2010, 22, p. 63.

legale, trascurando non solo le singole peculiarità delle capacità riproduttive, ma anche le inclinazioni sessuali³²⁵.

Per ragioni di ordine sistematico interno al progetto di ricerca, le problematiche evidenziate sono distribuite tra i paragrafi precedenti e il capitolo successivo, in quanto si è scelto di distinguere le questioni in base ai trattamenti e ai suoi effetti piuttosto che in base ai soggetti coinvolti. Per tale motivo la trattazione proseguirà focalizzandosi prevalentemente sulla scissione tra elemento genetico e legale, provocata dalla procreazione medicalmente assistita eterologa.

4.1. Il consenso informato e l'accesso alla procedura procreativa.

Sebbene la disciplina in merito al consenso sia unitaria ed omogenea per entrambi gli aspiranti genitori, appare opportuno segnalare alcune peculiarità che coinvolgono il solo padre, con particolare riferimento a colui che acconsente al trattamento di tipo eterologo.

Lo scopo è quello di individuare gli effetti della PMA eterologa sulla morfologia della figura genitoriale maschile, la cui matrice minima, in questo contesto riproduttivo artificiale, sembra potersi limitare ed individuare nell'elemento consensualistico e dunque nella volontà di partecipare ad un progetto genitoriale in cui però non si è coinvolti da un punto di vista biologico.

Si desidera inoltre soffermarsi sull'analisi del "rapporto - non rapporto" che connette il padre al donatore: il primo si inserisce idealmente in uno spazio che il secondo lascia vuoto e viceversa, svolgendo dunque una funzione che possiamo definire, con le dovute cautele, come complementare.

4.2. Il limite al diritto di revoca: la fecondazione dell'embrione.

³²⁵ Collier, Richard, Sheldon, *Fragmenting fatherhood: a socio-legal study*, Londra, 2008, p. 225; Collier, Sheldon, *Engaging fathers? Responsibility, law and the proble of the fatherhood*, in Bridgman, Keating and Lind, *Responsibility, Law and the family*, London, 2008.

Il legame genitoriale con il figlio si forma sul presupposto che sia stato conferito il consenso alla pratica procreativa, ai sensi dell'art. 6 della l. n. 40/2004.

L'adempimento degli obblighi informativi da parte del responsabile della procedura assistita rende edotto l'aspirante genitore delle conseguenze etiche e giuridiche che discendono dall'accesso al procedimento procreativo.

Per quando concerne la figura paterna, egli accetta infatti di assumere la genitorialità del figlio, prescindendo dall'assenza di legame genetico, caratteristica che ha garantito alla figura paterna l'epiteto di *biologic stranger*.

Nel procedimento procreativo artificiale, come si è già avuto modo di notare, la disgregazione dell'unitarietà dell'evento naturale del concepimento, il possibile intervento di donatori estranei la coppia, così come la frammentazione, anche sotto un profilo temporale, del momento procreativo possono influenzare anche la disciplina di attribuzione dello *status* genitoriale.

In questo contesto, il rapporto di filiazione insorge, se non intervengono casi particolari di riconoscimento anticipato, in seguito all'evento naturale del parto, ma ci si interroga circa gli effetti anticipati che si verificano in tempi di gran lunga precedenti alla nascita: ossia sin dal momento della fecondazione³²⁶.

È bene ricordare che la procedura fecondativa, all'esito della quale si ha la formazione dell'embrione, è preceduta da un periodo di sette giorni al fine di consentire ad entrambi gli aspiranti genitori un periodo di riflessione. Tra ogni singola tecnica e la dazione del consenso non deve dunque passare meno di 7 giorni. Durante tale intervallo, l'uomo e la donna possono impedire il proseguimento della terapia, revocando il loro consenso.

Altresì, è bene ricordare, che anche il medico può rifiutarsi a procedere al trattamento ai sensi dell'art. 6, comma 4, l. n. 40/2004 non solo qualora siano manchevoli i requisiti soggettivi prescritti dalla legge, ma altresì, se letti in combinato disposto con l'art. 13, comma 1, l. n. 40/2004 sembra potersi affermare

³²⁶ Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, II ed., Milano, 2013, p. 27 ss; Sesta, sub. *art. 1-11, Procreazione medicalmente assistita*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, p. 2583.

che il medico possa escludere l'applicazione per motivi di ordine sanitario, ossia qualora sussista un alto rischio di salute in capo alla donna³²⁷.

In forza della legge, a seguito del momento fecondativo è inibito alle parti di revocare il consenso e impedire la prosecuzione. La *ratio* risiede ovviamente nell'esigenza di tutelare l'embrione, quale vita in potenza³²⁸.

La disciplina che contempla la possibilità di revocare il consenso al trattamento apre una pluralità di quesiti: da un lato la impossibilità di revoca pone dubbi circa la natura del trattamento sanitario procreativo; sembra inoltre che la fecondazione, quale termine tombale, almeno in determinate circostanze, non richieda eventuali ulteriori conferme nelle more della procedura, ed infine pone alcuni dubbi circa il meccanismo di attribuzione dello *status filiationis*, alla luce della disciplina preclusiva insorgente.

Si insinua il dubbio che, a seguito della fecondazione, la formazione del rapporto di filiazione sia inevitabile e dunque che si possano delineare degli effetti anticipati o la formazione di un presupposto immodificabile del futuro rapporto di filiazione³²⁹.

³²⁷ Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, II ed., Milano, 2013, p. 31; Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3718, ove si specifica che “la risposta negativa deve essere formulata per iscritto alla coppia che chiede l'accesso o il proseguimento della terapia e deve essere motivata. La norma, rivolta al medico responsabile della struttura, sembra configurare un obbligo della stessa struttura a fornire il servizio alle coppie in possesso dei requisiti oggettivi o soggettivi che facciano richiesta di accedere alle tecniche di procreazione assistita, consentendo il rifiuto solo nel caso in cui il medico indichi motivi di natura sanitaria”.

³²⁸ Ricognizione dello statuto dell'embrione si v. Musio, *Misure di tutela dell'embrione*, Stanzone, Sciancalepore, *Procreazione assistita commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004, p. 205 ss.; Carusi, *La corte costituzionale e lo stato dell'embrione*, in *Giur. it.*, 2017, p. 307 ss.; Pardini, *Libertà della ricerca e tutela dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 790 ss.; Di Rosa, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 611 ss.; Ferrando, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la consulta fissa nuovi equilibri*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1216; Stanzone, *Costituzione, diritto e soggetti deboli*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 305; A. Gorgoni, *Il diritto all'analisi preimpianto dell'embrione*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 604; D'Usseaux, *Sulla revoca del consenso all'impianto dell'embrione conservato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1246; Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 99 ss.

³²⁹ Rinvio a Cap. I, §§ 2.2 e 2.2.1.

4.2.1. Il diritto di revoca e il superiore interesse del minore.

Il regime di irrevocabilità del consenso, una volta perfezionata la fecondazione, ha condotto parte della dottrina ad interrogarsi circa la natura del trattamento procreativo, o meglio sulla tipologia di prestazione sanitaria possa impedire il ripensamento e dunque la revoca del consenso.

Assumendo che la fecondazione sia il momento che determina il limite giuridico oltre il quale non è più possibile revocare il consenso o interrompere il trattamento, il trattamento sanitario può essere considerato o quanto meno assumere connotati assimilabili al trattamento obbligatorio e perciò interrompibile solo in caso di parere contrario del medico. In tale prospettiva dunque vi è chi ha posto alcuni dubbi circa la conformità dei limiti al diritto di revoca alla convenzione di Oviedo, che impone la libera revocabilità del consenso³³⁰.

Una dottrina ritiene però che non sia necessario attribuire al trattamento un carattere obbligatorio, al fine di giustificare l'irrevocabilità del consenso: tale preclusione risponde di più all'esigenza di limitare il diritto di revoca, in deroga al principio di irrevocabilità dettato in materia di trattamenti sanitari, prescritto ai sensi dell'art. 26 della Convenzione di Oviedo, in favore della stabilità dello stato del figlio che dalla pratica nascerà. Si ricorda, inoltre, che qualora si interpretasse il trattamento come obbligatorio, dovrebbe considerarsi altresì precettivo l'art. 32 Cost., che impone che un trattamento sanitario può essere considerato obbligatorio solo se prescritto dalla legge. L'obbligatorietà dell'impianto viene poi temperato dalla incoercibilità dello stesso contro la volontà della donna³³¹.

Un orientamento contrario, invece, ritiene che debba essere considerata anticostituzionale la norma che prevede l'irrevocabilità del consenso: di conseguenza deve essere considerato ammissibile la revoca post fecondazione, in considerazione da una parte che la tutela della dignità della donna non può

³³⁰ Sesta, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla fecondazione assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1408. R. Villani, *La procreazione assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 83.

³³¹ Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3719.

permettere l'impianto coattivo³³²; altresì qualora venga meno la volontà, il medico dovrebbe essere responsabile e dovrebbe opporsi al proseguimento del trattamento qualora la coppia non desideri più realizzare il progetto genitoriale³³³.

Appare preferibile a chi scrive la prospettiva intermedia, accolta da chi esclude che una norma possa essere inapplicata solo perché colpita da presunta incostituzionalità, ma che alla luce di tale presunta incompatibilità suggerisce un'interpretazione diversa. In tale contesto infatti, sarebbe opportuno valorizzare la disposizione dell'art. 6 non tanto quale espressione di un consenso informato ad una terapia, a quanto più l'espressione di una volontà "rivolta alla responsabilizzazione di entrambi i componenti della coppia sui rischi e sulle conseguenze dell'applicazione di tecniche di procreazione assistita³³⁴". In tale prospettiva il limite prescritto rappresenterebbe il limite ultimo entro cui entrambi i componenti della coppia possono revocare la propria volontà di assumere la responsabilità genitoriale e non tanto il limite oltre il quale il procedimento sanitario diviene conseguenza inevitabile.

4.2.2. L'analisi giurisprudenziale della revoca "tardiva".

Stando all'interpretazione letterale del dato normativo, così come inteso dalla maggiore parte della dottrina, il divieto di revoca è posto a tutela dell'embrione e perciò dovrebbe essere considerata, in via di prima approssimazione, inammissibile l'eventuale revoca tardiva proprio in considerazione della preminente esigenza di salvaguardia del bene giuridico tutelato. Ciononostante, e come illustrato nel paragrafo precedente, tale interpretazione pare avere conseguenze deleterie: ossia nonostante la revoca del consenso dovrebbe procedersi al completamento della procedura.

³³² R. Villani, *La procreazione assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 82 ss.

³³³ Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3720.

³³⁴ Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3721.

Come già affermato, *ex latere matris*, la soluzione sembra doversi ritrovare nella incoercibilità del trattamento, a fronte dell'assenza di volontà della donna, la quale in forza dell'art. 32 Cost. e dei principi espressi dalla Convenzione di Oviedo non può essere sottoposta ad un trattamento obbligatorio, se non prescritto dalla legge.

Diversamente appare per l'uomo: sembra infatti doversi affermare che qualora sia avvenuta la fecondazione, l'art. 6 della l. n. 40/2004 debba ritenersi completamente efficace³³⁵ e la revoca sarà inefficace, sebbene, è opportuno evidenziare non sia prevista alcuna sanzione in merito³³⁶.

Dello stesso avviso anche la giurisprudenza di legittimità recente³³⁷, che ha affermato che “in tema di procreazione assistita, consentire la revoca del consenso, anche in un momento successivo alla fecondazione dell'ovulo, non apparirebbe compatibile con la tutela costituzionale degli embrioni, più volte affermata dalla Consulta”, aggiungendo che “in tema di procreazione medicalmente assistita eterologa, la revoca del consenso all'impianto, da parte del marito della donna che si è sottoposta a tale pratica, è inefficace allorché intervenuta successivamente alla fecondazione dell'ovulo, sicché egli non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità”.

Va fatto presente che la peculiarità del caso citato sta nel fatto che la revoca era pervenuta alla clinica lo stesso giorno in cui era avvenuta la fecondazione dell'ovulo. La Corte sebbene sul filo del rasoio ha richiamato l'applicabilità della

³³⁵ R. Villani, *La procreazione assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 88 ss.

³³⁶ Oppo, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 330, ove l'A. afferma che il consenso non è revocabile “non nel senso che dopo la fecondazione si possa entrare nel corpo della donna contro la sua volontà ma nel senso che vi è ormai un dovere « familiare » del coniuge assenziente che nasce dall'assenso dato, dovere verso il coniuge e, secondo alcuni, verso il nascituro di tutelarlo dando corso al processo di nascita. La sua violazione può, ad esempio, venire in considerazione nell'addebito della separazione”. Si v. Balestra, *La tutela del nascituro nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in Camassa, Casonato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, p. 63.

³³⁷ Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Resp. civ.e prev.*, 2018, p.1193 ss; in *Foro it.*, 2018, 1, I, c. 6; in *Dir. fam. pers.*, 2018, 3, I, p. 823.

legge 40/2004, privilegiando la tutela dell'embrione e della donna che nonostante il cambiamento di spirito del marito, ha proceduto nel trattamento procreativo.

In questo contesto, appare a chi scrive opportuno procedere ad alcune riflessioni di carattere generale. Se si ammette infatti che l'art. 6 della l. n. 40/2004 non prescriva esclusivamente la disciplina del consenso informato e consapevole richiesto preventivamente ad ogni trattamento sanitario, ma sia altresì espressione di un condiviso progetto di formazione di un nucleo familiare, appare altresì necessario e preferibile che esso si mantenga in tutte le fasi della procedura o, almeno, fino al momento dell'impianto³³⁸.

La scelta del momento non è casuale in quanto favorirebbe, da un lato, una più facile armonizzazione della disciplina dedicata all'attribuzione della filiazione dei figli nati da procreazione "naturale" e "artificiale", mentre dall'altro si otterrebbe altresì la parificazione di trattamento tra l'uomo e la donna, alla quale la normativa vigente concede una certa flessibilità e libertà decisoria.

Non si può inoltre non evidenziare un ulteriore profilo discriminatorio: ossia il fatto che l'uomo subisce una significativa riduzione e compressione del proprio diritto all'autodeterminazione, vedendosi preclusa la facoltà di cambiare idea dal momento successivo alla fecondazione, mentre al contrario alla donna viene riservata la facoltà di concludere il procedimento non solo in assenza di volontà, ma anche contrariamente alla volontà del marito, oltre che anche in seguito alla sua morte, così come la giurisprudenza di merito e di legittimità, sia nei casi in cui la fecondazione era già avvenuta³³⁹, sia quando ancora non era stata conclusa³⁴⁰.

L'impostazione normativa attuale non può che portare a conseguenze nocive non solo per entrambi i richiedenti, ma anche per il nascituro (ancora nelle sembianze di un embrione), il quale si troverebbe a nascere da un padre che non

³³⁸ I progetto di legge presentati al Senato - il ddl 1607 presentato il 9 settembre 2014, e il ddl 1630 presentato il 23 settembre 2014 (consultabile in <http://leg17.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00910707.pdf> e in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00815027.pdf>), proponevano un intervento riformatore dell'art. 6, a norma del quale il consenso potesse essere revocato da entrambi i richiedenti entro il momento dell'impianto.

³³⁹ Trib. Lecce, 24 giugno 2019, in *giustiziacivile.com*, 10 dicembre 2019.

³⁴⁰ Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Fam. e dir.*, 2020, p. 27.

l'ha voluto. In giurisprudenza³⁴¹, è già avvenuto in tempi oramai risalenti che il tribunale nulla abbia potuto dinanzi alla revoca del consenso dell'uomo, avvenuta in seguito alla separazione dei coniugi ma nelle more della pratica procreativa.

Vi è altresì chi motiva la disparità di trattamento tra uomo e donna in ragione della differente posizione dei richiedenti dinanzi al procedimento procreativo³⁴², in considerazione del fatto che la normativa sembra offrire maggior spazio di realizzazione della volontà della donna ad essere madre a prescindere dalla contrarietà del consenso del compagno. Appare ciononostante che sia preferibile adottare una prospettiva che valorizzi l'effettiva partecipazione al progetto genitoriale, in considerazione inoltre che l'uomo che debba ricorrere ad una procedura procreativa assistita si troverebbe in una posizione deteriore e molto più vincolata rispetto ad un uomo che invece diventi padre a seguito di un'unione sessuale naturale.

In una prospettiva *de jure condendo*, si potrebbe altresì immaginare che, a fronte di una più ampia espansione del dominio della volontà sulla procedura procreativa, potrebbe altresì corrispondere la facoltà di poter scegliere di estendere oltre l'impianto o meglio oltre la vita del singolo, potendo così eventualmente lasciare disposizioni circa l'utilizzo del proprio patrimonio genetico anche dopo la morte.

Rimarrebbe, qualora fosse accettata la proposta, da decidere quale potrebbe essere il destino degli embrioni fecondati una volta formati e "abbandonati". Tra le soluzioni proposte vi potrebbe essere chiaramente quella della crioconservazione degli embrioni così come avviene per gli embrioni in esubero; ipotizzando altresì l'utilizzo, con il consenso della coppia che abbandoni il progetto familiare, di poter donare l'embrione formato con il loro patrimonio genetico.

Anche se potrebbe altresì rimanere l'ipotesi, conforme alla volontà della donna, di procedere da sola nella procreativa, proseguendo in tale senso senza il sostegno del compagno, ma come single. Si aprirebbe così ulteriormente la

³⁴¹ Trib. Bologna, 9 maggio 2000, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1216; in *Fam. e dir.*, 2000, p. 487.

³⁴² Sesta, sub. *art. 1-11, Procreazione medicalmente assistita*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, p. 2584.

questione della monogenitorialità: il legislatore e la letteratura prevalente hanno espresso opinione sempre sfavorevole all'accesso alle pratiche fecondative del *single*: raggiungendo così il paradosso che l'embrione che non sia voluto da uno solo dei coniugi o conviventi, dovrà essere impiantato anche se non voluto, mentre l'embrione voluto non potrà essere impiantato.

4.3. Il divieto di disconoscimento e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità: preclusione e anticipazione.

Ai sensi dell'art. 9, comma 1, l. n. 40/2004, in caso di ricorso a fecondazione eterologa, il coniuge o il convivente che abbiano espresso il consenso, anche per atti concludenti, non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità³⁴³, né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità³⁴⁴.

La *ratio* della disposizione è chiara: evitare che lo *status* del figlio nato da PMA eterologa possa essere posto in discussione qualora il genitore voglia rimuovere il legame di filiazione, in considerazione dell'assenza del vincolo genetico. La Cassazione ha precisato che deve prevalere l'esclusivo diritto del figlio ad avere un padre al momento della nascita ed ha affermato altresì che “qualora si permettesse il disconoscimento di paternità al marito (consenziente) della partoriente, si eliminerebbe arbitrariamente l'interesse del minore -

³⁴³ Nonostante la mancanza di coordinamento della disposizione in commento e l'abrogazione *ex art.* 235 c.c. a seguito della emanazione del d.lgs. 154/2013, si ritiene chiaramente operante il rinvio *ex art.* 9, comma 1, all'art. 243 *bis* c.c. dovendosi ritenersi applicabile la riformata disciplina. Cfr. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, 8 ed., Padova, 2019, p. 414.

³⁴⁴ Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3735; R. Villani, *La “nuova” procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 331-333; Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., Padova, 2019, p. 413; per una dettagliata ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale di merito precedente all'introduzione della disciplina, si v. R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 126 ss;

costituzionalmente rilevante - consistente nel fruire di un equilibrato rapporto affettivo, derivante dalla persistenza delle due figure genitoriali”³⁴⁵.

La normativa rispecchia inoltre i principi di diritto che la giurisprudenza aveva espresso in epoca precedente all'emanazione della disciplina³⁴⁶. La prova del consenso, anche se avvenuto per fatti concludenti, inibisce l'esercizio delle azioni di stato dirette a rimuovere lo *status filiationis*.

La Corte Costituzionale³⁴⁷ e la Corte di cassazione³⁴⁸ hanno affermato infatti che l'attribuzione dell'azione di disconoscimento al marito, anche quando abbia prestato assenso alla fecondazione eterologa, priverebbe il nato di una delle due figure genitoriali e del connesso rapporto affettivo ed assistenziale, stante l'impossibilità di accertare la reale paternità a fronte dell'impiego di seme di provenienza ignota.

Trae inoltre argomentazione la Corte di cassazione quando ha precisato che non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta la preminenza della verità biologica rispetto a quella legale³⁴⁹. Impostazione che sembra essere condivisa dal legislatore che in sede di riforma della filiazione 2012-2013 ha abrogato l'art. 235 c.c., e introdotto il nuovo art. 244 c.c., per cui il genitore non può proporre l'azione di disconoscimento oltre cinque anni dal giorno della nascita del figlio.

Occorre ricordare che la riforma della filiazione non ha operato un puntuale coordinamento tra la disciplina *ex art. 9* e la richiamata norma dell'art. 235, comma 1, nn. 1) e 2) c.c. (ora abrogata). La limitazione dell'esercizio all'azione di disconoscimento era ammissibile solo nelle ipotesi di mancata coabitazione, d'impotenza o alduterio: non prevedendosi inoltre la medesima disposizione per il

³⁴⁵ Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 4, p. 1193; in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 823 ss.

³⁴⁶ Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Fam e dir.*, 1999, con nota di Sesta, *Fecondazione assistita: la cassazione anticipa il legislatore*; id., *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 350 - 360.

³⁴⁷ Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Giur. it.*, 1999, p. 461.

³⁴⁸ Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 233.

³⁴⁹ Cass., 10 aprile 2012, n. 5653, in *Guida al dir.*, 2012, 20, p. 46.

convivente ci si chiedeva se tale limitazione potesse essere applicata anche a quest'ultimo³⁵⁰.

Il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 ha apportato profonde modifiche alla disciplina dell'azione di disconoscimento, eliminandone i presupposti e mutandone profondamente la struttura, oltre che cambiandone la collocazione³⁵¹. La novella ha dunque eliminato *in nuce* la problematica di coordinamento tra le discipline.

Il legislatore ha però tralasciato di aggiornare l'art. 9, mantenendo il riferimento all'art. 235 c.c., ora sostituito dall'art. 243 *bis*: ciononostante non si sono sollevati in dottrina particolari dubbi sebbene il riferimento normativo non sia stato aggiornato, essendo pacifico il richiamo alla disciplina del disconoscimento della genitorialità.

La Cassazione ha affermato che è “illegittimo il disconoscimento del figlio da parte del padre che inizialmente aveva prestato il proprio consenso alla fecondazione eterologa (effettuata in Spagna) e che in una fase successiva aveva avuto un ripensamento. Il dissenso paterno era avvenuto quando la gravidanza era ormai in stato avanzato e quindi non sarebbe stato possibile comunque procedere a un'interruzione”.

Sembra però prospettarsi, ad opinione di alcuni, una deroga al divieto, nel caso in cui l'embrione impiantato abbia un patrimonio genetico diverso da quello che è stato artificialmente fecondato³⁵², senza necessità di dover dimostrare l'adulterio o l'occultamento di gravidanza. La posizione assunta rispecchia altresì la

³⁵⁰ Cfr. Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3735; R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 126 ss.

³⁵¹ Rosetti, *Allineamento delle regole di accertamento della filiazione*, in *Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, a cura di M. Bianca, Milano, 2014, p. 42 ss.; A. Ricci, sub *art. 243 bis c.c.*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, p. 982 ss.; Sesta, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 454 ss; Mantovani, *L'azione di disconoscimento della paternità*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 375 ss.

³⁵² Cfr. Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3735; Sesta, voce *Filiazione* (dir. civ.), in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 445.

norma che prevede la rimozione dello *status* ma esclusivamente qualora sia la procedura della PMA sia andata a buon fine o sia stata portata a compimento.

Ci si potrebbe anche domandare se tale assunto possa essere esteso anche ai casi in cui non vi sia stata esatta esecuzione della prestazione medica sanitaria, tale da tradire la coincidenza tra prestazione per la quale si è prestato consenso e quella effettivamente realizzata. La conseguenza di questa disposizione sembra dunque poter condurre ad una soluzione ulteriore a tutte quelle situazioni in cui la PMA sia stata conclusa con intervento umano, che abbia provocato ad un errato adempimento della prestazione procreativa che abbia poi condotto a conseguenze non volute. Alla luce dunque di tale interpretazione, ad esempio, si potrebbe ipotizzare che i genitori dei gemelli nati a seguito dello scambio di embrioni dell'Ospedale Pertini potrebbero eventualmente agire in disconoscimento della maternità e della paternità a fronte non solo della non coincidenza del patrimonio genetico con il legame legale, ma altresì perché la pratica non è stata eseguita correttamente.

4.3.1. La legittimazione del nato da PMA a conoscere le proprie origini.

È opportuno domandarsi se la preclusione ad esercitare l'azione di disconoscimento o di impugnazione debba ritenersi estesa anche al figlio nato da PMA eterologa³⁵³.

³⁵³ Le opinioni in dottrina appaiono contrastanti: Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., Padova, 2019, p. 415 ove l'Autore ritiene che in considerazione di motivi di coerenza sistematica sia preferibile escludere che il figlio possa agire al fine di ottenere il disconoscimento della paternità in quanto da un lato si configurerebbe una deroga al divieto ex art. 9, comma 1, dall'altro il soddisfacimento dell'interesse del conoscere non comporterebbe la formazione di un rapporto genitoriale con il donatore, stante la disposto dell'art. 9, comma 3. Cfr. Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 258, ove si afferma che la legittimazione ad agire del figlio è esclusa in quanto non sussiste un diritto a conoscere le proprie origini, mancando, secondo la sua opinione, l'interesse meritevole di tutela. *Contra*, Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, 2018, p. 185. Diversamente l'Autrice sostiene che il figlio nato da PMA debba essere legittimato ad agire in giudizio per conoscere le proprie origini genetiche.

Pare a chi scrive che quest'ultima ricostruzione sia maggiormente conforme allo spirito della riforma della filiazione, che ha affidato ai soli figli il diritto di indagare circa la veridicità

Parte della dottrina sembra concorde nel ritenere che, accogliendo l'idea che in un contesto di procreazione assistita, soprattutto eterologa, il consenso prevalga sul legame genetico e il figlio non sia legittimato ad agire tramite strumenti giudiziali al fine di rimuovere lo *status* di cui è titolare ed esercitare il diritto a conoscere le proprie origini genetiche³⁵⁴. Tale impostazione sembra altresì conformarsi all'esigenza di tutela dell'anonimato del donatore o della donatrice, che non solo vedrebbe violato il proprio diritto alla riservatezza, ma, ancor più potrebbero rischiare di vedersi attribuire un legame giuridico genitoriale che non avevano mai avuto intenzione di assumere³⁵⁵.

Diversamente, una dottrina e parte della giurisprudenza, ad oggi minoritarie, sostengono invece che debba essere ammissibile per il figlio accedere alle proprie origini e dunque alle informazioni circa i propri genitori genetici, nel rispetto del proprio diritto all'identità personale³⁵⁶. Tale ricostruzione si fonda sulla considerazione, espressa anche in un *obiter* della pronuncia della Corte di cassazione³⁵⁷, che il consenso espresso ai sensi dell'art. 6 possa essere vincolante per gli aspiranti genitori, che non possono recedere dal progetto genitoriale avviato e realizzato, ma ciò non esclude e non coinvolge il figlio nato dalla concretizzazione di tale progetto.

dello *status filiationis*, al fine di verificare la coincidenza tra legame biologico e vincolo legale. se si accoglie tale interpretazione, la struttura normativa sembra così adeguarsi maggiormente al perseguimento del *favor minoris*, sebbene possa altresì sollevare ulteriori quesiti di ordine sistematico: ossia la necessità di bilanciare il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e la mancanza di intenzione del donatore di assumere un ruolo genitoriale e la conseguente esigenza di tutela dell'anonimato e della volontà dello stesso.

³⁵⁴ Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3737; Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, II ed., Milano, 2013, p. 216.

³⁵⁵ Alla luce del dettato normativo, esclude che ciò possa avvenire anche se il figlio avesse consapevolezza delle informazioni circa il donatore, Pane, *La procreazione medicalmente assistita tra istanze di rinnovamento e tutela del nato*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1438.

³⁵⁶ In questo senso, proponevano soluzioni conformi a tale impostazione i progetti di legge c. 2627, presentato il 10 settembre 2014, recante "Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo" e la c. 263, del 15 settembre 2014, "Norme per la disciplina della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo".

³⁵⁷ Cass., 11 luglio 2012, n. 11644, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 51 ss.

Vi è chi ha evidenziato come l'eventuale preclusione alla legittimità attiva del nato, sarebbe in "dispregio del diritto all'identità personale del soggetto, diritto che concorre a conformare in un'unica sfera semantica di significato lo stesso concetto di dignità umana, dividendone una sua concreta esplicazione"³⁵⁸.

Al fine di contemperare tutte le esigenze insorgenti, pare convincente la posizione intermedia adottata da chi sostiene che non possa essere limitato il diritto del nato a conoscere le proprie origini e perciò che debba essergli garantita la facoltà di indagare sui propri legami genetici, essendo ciò maggiormente adeguato alla tutela non solo del diritto all'autodeterminazione, intesa quale espressione del diritto all'identità personale e alla diritto alla salute.

Pur tutelando il diritto del nato, secondo tale rielaborazione, lo schema normativo garantisce la tutela del donatore e della donatrice, in quanto la conoscenza delle origini genetiche non determinerebbe di per sé la formazione di un legame giuridicamente rilevante, né tanto meno l'attribuzione di un ruolo genitoriale. "Dunque la conoscenza non determina di per sé alcuna incertezza o confusione circa la determinazione delle figure genitoriali"³⁵⁹.

Si fa notare come "è ancora stranamente insito nella nostra cultura giuridica e non soltanto in questa, pensare che la filiazione sia legata a un fattore essenzialmente biologico, che la conoscenza da parte del nato delle sue origini genetiche comprometta l'aspirazione delle coppie richiedenti a ottenere un bambino tutto loro"³⁶⁰.

4.4. Dalla paternità per presunzione alla genitorialità per decisione.

L'analisi fino ad ora condotta è stata tesa ad indagare le vicende che possono coinvolgere la volontà espressa dall'aspirante padre, con particolare attenzione

³⁵⁸ Pane, *La procreazione medicalmente assistita tra istanze di rinnovamento e tutela del nato*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1437.

³⁵⁹ Pane, *La procreazione medicalmente assistita tra istanze di rinnovamento e tutela del nato*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1438.

³⁶⁰ Pane, *La procreazione medicalmente assistita tra istanze di rinnovamento e tutela del nato*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1440.

sulle tecniche normative che sono state predisposte per precludere comportamenti pregiudizievoli per il nascituro e garantire l'insorgere di un rapporto genitoriale, sebbene privo di legame genetico.

È interessante a questo punto evidenziare come il legislatore abbia ricostruito la disciplina dell'attribuzione dello *status* paterno, sostituendo il criterio attributivo del legame genetico con quello volontaristico.

È chiaro che tale scelta, come più volte anticipato, trova giustificazione nella procreazione assistita nella esigenza di garantire la tutela del nato. Ciononostante sembra doversi rilevare come ciò si ponga in linea con la progressiva scissione della genitorialità dal legame di sangue e la uguale e contraria tendenza a valorizzare la volontà e il progetto genitoriale. Tale procedimento sta subendo inoltre una rilevante accelerazione a fronte delle richieste di riconoscimento delle omogenitorialità, di cui ci occuperemo più approfondimenti nel prossimo capitolo, che stanno spingendo al riconoscimento di un nuovo sistema affettivo- familiare e di un diverso modo di intendere i rapporti genitoriali.

La ricostruzione proposta, che vorrebbe promuovere la valorizzazione della intenzionalità quale criterio attributivo della genitorialità, si potrebbe prestare a non poche critiche: l'avanzamento del dominio del consenso, a scapito della biologia, sembra infatti accompagnarsi ad una visione prevalentemente "adultocentrica", che sembra esporre la disciplina della filiazione al pericolo di un'estensione incontrollata della autonomia procreativa che conduca alla disponibilità dello *status filiationis* e soprattutto ad un strumentalizzazione del minore, che non viene visto quale soggetto di diritto ma quale oggetto di interesse.

Le obiezioni appaiono altresì non convincenti e non coerenti con le tendenze emergenti. La rappresentazione della volontà procreativa quale espressione di un "capriccioso desiderio" di coloro che, per varie ragioni, non possono avere figli appare pretestuoso.

Altresì non si comprende il motivo per cui il consenso espresso dall'uomo in sede di PMA eterologa sia strutturalmente diverso da quello ad esempio espresso dalla parte della partner della donna partorientente.

E, forse in maniera provocatoria, non appare a chi scrive che la volontà di adottare sia dissimile dalla volontà di assumere il ruolo genitoriale a seguito di qualsiasi tipo di procedimento procreativo.

5. Il ruolo del donatore e della donatrice.

5.1. La disciplina dell'anonimato del donatore e della donatrice.

Ai sensi dell'art. 9, comma 3, l. n. 40/2004 il donatore o la donatrice di gameti non ha alcun rapporto giuridico con il nato da procreazione artificiale eterologa³⁶¹, disposizione complementare e speculare al divieto imposto al padre di disconoscere il figlio o di impugnare il riconoscimento ai sensi dell'art. 9, comma 1, della medesima legge.

In un certo senso, il combinato disposto tra le due norme tende ad impedire il verificarsi di un vuoto di tutela, o meglio una assenza dello status genitoriale e dunque di filiazione, rischiando di mettere al mondo figli *fatherless*.

È necessaria altresì una valutazione più approfondita: dalla lettura della normativa, si concorda nella considerazione secondo cui, in caso di PMA eterologa, il legame genetico, veicolato dalla mera donazione dei gameti maschili, non possa considerarsi sufficiente a giustificare l'attribuzione del ruolo paterno. Affinché tale ruolo possa essere attribuito, si necessita infatti della volontà di assumere il ruolo genitoriale, espressa non dal donatore ma dal genitore "sociale", che nonostante l'estraneità genetica riceve la qualifica di padre.

La disposizione, originariamente finalizzata a sopperire alle conseguenze della violazione del divieto di PMA eterologa, è rimasta immutata dopo la caduta del divieto ed appare compatibile con le discipline fornite da altri ordinamenti dotati di normative simili.

³⁶¹ Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3740; Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, II ed., Milano, 2013, p. 216 ss.; R. Villani, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 328.

L'intento perseguito, che risulta altresì pacifico, è quello di evitare un effetto dissuasivo che limiti le donazioni, in quanto il donatore si vedrebbe coinvolgere nel progetto genitoriale e sarebbe chiamato ad assumere un ruolo di responsabilità nel confronto del nascituro³⁶².

Si ricorda che non era stato escluso in alcuni progetti originari la possibilità di coinvolgere il donatore nel caso in cui uno dei due partner non avesse fornito il consenso³⁶³, o nel caso in cui uno dei due fosse venuto a mancare nelle more della procedura procreativa. Il tentativo di conferire alla figura del donatore un ruolo giuridico rilevante e genitoriale rispondeva all'esigenza di sanare le conseguenze dell'eventuale violazione del divieto di procreazione eterologa: ammettendo infatti la legittimità della sola procreazione omologa, il coinvolgimento del donatore appariva dunque soddisfacente dell'esigenza di tutela dell'identità genetica tra genitore e concepito e altresì al rispetto del diritto alla bigenitorialità.

5.1. L'anonimato del donatore e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini.

Un problema diverso, che nei paragrafi precedenti è stato trattato dalla prospettiva della legittimità del figlio a procedere alla rimozione giudiziale dello *status filiationis* non coincidente con la verità biologica, è quello della tutela dell'anonimato e quindi la garanzia della tutela del donatore a mantenere anonima la sua identità.

La legge n. 40/2004 nulla dispone in merito: non assumendo posizioni circa la tutela o meno dell'anonimato del donatore o della donatrice si lascia all'interprete l'onere di svolgere un ragionevole bilanciamento delle posizioni soggettive coinvolte. Il bilanciamento che deve essere in questa sede analizzato è quello tra il diritto a conoscere le proprie origini del figlio, declinato sia quale esigenza di tutela

³⁶² Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3740.

³⁶³ Auletta, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 49 ss.

all'identità personale, sia quale diritto alla salute, e il diritto all'autodeterminazione del donatore.

Si consideri inoltre che salvaguardando l'anonimato del donatore si garantisce altresì la tutela del suo nucleo familiare, che potrebbe essere lesa o turbata dalla sopravvenienza di un figlio. La preoccupazione circa il mantenimento della serenità tra i componenti della famiglia del donatore, qualora sia raggiunto dal figlio che voglia conoscere l'identità del padre genetico, sembra in ogni caso un timore infondato, considerando che l'informazione dell'identità non corrisponderà all'insorgere di un rapporto genitoriale giuridicamente rilevante, ciononostante sembra comunque essere un interesse meritevole di tutela³⁶⁴.

Chiaramente preordinata alla soluzione della questione dell'anonimato è la scelta di non celare le informazioni circa le condizioni in cui è avvenuto il concepimento al figlio³⁶⁵, il c.d. “*right to genetic truth*”³⁶⁶: si ricordi che, diversamente da quanto è previsto dall'art. 28 l. n. 184/1983, in forza del quale i genitori hanno l'obbligo di rendere edotti, nei modi e nei termini che essi ritengono opportuni, i minori adottati della loro condizione, nessuna disposizione impone il medesimo onere in capo ai genitori che abbiano concepito il figlio tramite pratiche fecondative eterologhe.

Prima della caduta del divieto di eterologa, non potendosi basare né sulla normativa né sulla casistica si proponevano, tra le varie alternative³⁶⁷, alcune possibili previsioni che, ad oggi, si ritengono più coerenti con il sistema: una prima ipotesi prevedeva che i dati anagrafici del donatore dovessero rimanere segreti sino al compimento della maggiore età del minore, momento a partire da cui egli

³⁶⁴ Collier, Richard, Sally Sheldon, *Fragmenting fatherhood: a socio-legal study*, Londra, 2008, p. 93.

³⁶⁵ D'Avack, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 817; Rodotà, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 571.

³⁶⁶ Cedu, 7 febbraio 2002, *Mikulic v Croatia*, (n. 53176/99), in *hudoc.echr.coe.int*; Cedu, *Odievre v France*, (n. 42326/98) (2003) 38 EHR 43.

³⁶⁷ Tra le altre, merita menzione la tesi che sosteneva che il figlio avrebbe dovuto avere libero accesso alle informazioni circa il suo concepimento e il suo genitore genetico/biologico, al fine di garantire la massima conoscenza sulla propria identità e soprattutto la trasparenza: così Perlingieri, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative, in La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di Ferrando, Padova, 1989, p. 150 ss.

avrebbe potuto agire per indagare sull'identità del donatore³⁶⁸. Un'altra valida ricostruzione poteva invece essere quella di garantire la tutela dell'identità del donatore, subordinando l'eventuale accesso ai dati dello stesso su istanza del figlio all'autorizzazione del tribunale³⁶⁹.

In via di prima approssimazione, lo stato dell'arte in materia appare una soluzione intermedia, o, meglio, combinata delle soluzioni prospettate³⁷⁰.

Attualmente, la disciplina vigente, imm modificata dopo l'intervento caducatorio della Corte costituzionale³⁷¹, è ancora silente: l'ordinamento non solo non fornisce alcuna indicazione in materia, né sotto il profilo del diritto sostanziale, né processuale, altresì non prevede alcun obbligo in capo alla pubblica amministrazione o ai genitori legali di comunicare le condizioni che hanno dato il via al concepimento.

Quest'ultimo profilo risulta diverso da quello in trattazione, ma merita un breve riferimento: diversamente da quanto previsto in caso di adozione, caso in cui i genitori sono onerati dall'obbligo informativo nei confronti del figlio adottato: i genitori adottivi sono infatti tenuti, secondo le modalità che ritengono opportune di informare il figlio della condizione di figlio adottivo. Diversamente, in caso di PMA eterologa soprattutto non è imposto il medesimo dovere: contraria a tale silenzio si è espresso il Comitato Nazionale di Bioetica³⁷², il quale ritiene che la "informativa sulle proprie origini è ritenuta indispensabile per la ricostruzione della identità personale del nato: si riconosce pertanto il diritto fondamentale del nato a conoscere

³⁶⁸ R. Villani, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 337.

³⁶⁹ Ancor prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004, Rodotà, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale a nuove tecnologie riproduttive*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di Ferrando, Padova, 1989, p. 139 ss.; in seguito, cfr. R. Villani, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 281 ss.

³⁷⁰ Rescigno, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 981, ove si afferma che l'anonimato del donatore sia ancora ad oggi da ritenere la soluzione più convincente per l'ordinamento.

³⁷¹ Per una dettagliata ricostruzione dei tentativi di intervento su di un piano normativo, si rinvia a Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 75-76.

³⁷² Testo integrale Consultabile in: http://bioetica.governo.it/media/1842/p100_2011_conoscere_le_proprie_origini_PMA_it.pdf.

le proprie origini, in contrapposizione all'eventuale interesse dei genitori a mantenere il segreto e dei donatori a conservare l'anonimato", ritenendo altresì che impedire ai soli nati da PMA di non poter accedere alle proprie origine sia foriero di un trattamento irragionevole e ingiustamente discriminatorio.

La posizione pare però non essere condivisa: in sede di approvazione delle Linee guida sulla fecondazione eterologa, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha optato per il diritto all'anonimato del donatore, nonostante nei lavori preparatori fosse stata ipotizzato il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, elaborato sulla falsariga dell'art. 28 l. n. 184/1983.

In tale contesto appare bene precisare che ad oggi la tendenza è quella di offrire una piena conoscibilità delle origini genetiche e della identità del donatore; in tale prospettiva si noti un procedimento di sensibilizzazione che ha condotto alcuni Paesi a escludere un diritto assoluto alla riservatezza del donatore e a regolamentare le modalità e gli strumenti per proporre istanze di accesso ad informazioni legate al donatore³⁷³.

Vi è chi sostiene che il diritto a conoscere le proprie origini debba essere garantito al figlio nato da procreazione medicalmente assistita, così come è garantito al figlio adottato³⁷⁴, non potendosi evidenziare alcuna giustificazione valida per giustificare un trattamento differenziato. Al contrario, vi è chi ritiene necessario solo la conoscibilità delle origini genetiche a fini sanitari³⁷⁵.

Alla luce di ciò, si deve conseguentemente assumere che il benessere del minore sia garantito dalla facoltà di conoscere le proprie origini, sembrano

³⁷³ Per alcuni cenni in prospettiva comparatistica si v. Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 76-77, in part. nt. 147; Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, II ed., Milano, 2013, p. 216 ss., Renda, *Filiazione biologica, adottiva ed artificiale in Scandinavia. Sistema dell'accertamento e principio di verità*, in *Famiglia*, 2004, p. 363 ss.

³⁷⁴ Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, II ed., Milano, 2013, p. 216; D'Avack, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 815 ss.

³⁷⁵ Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 83.

opportuno mutuare la regolamentazione dalla disciplina sull'adozione³⁷⁶ e, in parte, dalle norme dedicate alla posizione della donna che abbia deciso di non essere nominata dopo il parto.

Non sembra però che l'equiparazione tra gli istituti dell'adozione e della PMA sia priva di contraddizioni³⁷⁷. Le ontologiche incongruenze e difformità intercorrenti tra i richiamati istituti appaiono evidenti non solo in considerazione della funzione e alla natura dei suddetti "procedimenti di filiazione", ma soprattutto per quanto riguarda le condizioni, soggettive e giuridiche, delle persone adulte e minori coinvolte.

Certa dottrina giunge infatti ad escludere che sussista un diritto del nato a conoscere l'identità del donatore dei gameti, "difettando un interesse giuridicamente apprezzabile da porre a fondamento del suo riconoscimento"³⁷⁸.

Non è la distinzione tra diritto soggettivo e di interesse meritevole di tutela che viene posto a fondamento dall'assunto, ma è la convinzione che la mera esistenza di un legame genetico, espressione di una disinteressata donazione di gameti o ovociti, tra il nato e il donatore non sia sufficiente a ritenere che la conoscenza dell'identità del secondo possa conferire "un reale contributo alla costruzione della storia" del secondo. In tale prospettiva, ed ancora una volta, il

³⁷⁶ Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3741; Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, II ed., Milano, 2013, p. 3 ss.

³⁷⁷ Solleva alcuni dubbi circa l'operazione analogica tra figlio adottivo e nato da PMA eterologa, ossia tra adozione e fecondazione assistita: Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 80-81; Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 261-262. Entrambi gli Autori evidenziano la totale difformità dei presupposti fattuali e giuridici tra i due istituti: l'adozione (piena), quale istituto finalizzato a garantire una famiglia al figlio abbandonato, sostituendo i genitori biologici, con il quale ha sicuramente condiviso l'*imprinting* dato dal concepimento e dalla gravidanza e magari momenti di vita, a dei genitori adottivi. Diversamente, la PMA persegue lo scopo di permettere ad una coppia di superare i problemi di concepimento, permettendo di accedere ad una pratica, come quella eterologa, che sopperisca alla loro incapacità riproduttiva. Il coinvolgimento del donatore è dunque subordinato, da un lato, alla volontà degli aspiranti genitori di accedere alle pratiche, e, dall'altro, alla spontanea scelta di donare i propri gameti o ovociti, senza volere essere coinvolto nella vita del nascituro e soprattutto senza rivestire alcuna ruolo giuridicamente rilevante.

³⁷⁸ Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 261.

consenso della coppia che ha accettato di praticare la fecondazione eterologa esprime non solo il desiderio di autodeterminazione ma anche espressione del "diritto ad avere una famiglia che abbia anche dei figli"³⁷⁹.

Ciononostante, appare preferibile, con le dovute cautele e a fronte del vuoto normativo, adottare una posizione intermedia, che possa essere ben compendiata dalla normativa sull'adozione.

Sebbene infatti si ritengano in parte condivisibili le opposizioni fatta all'equiparazione analogica tra adottati e nati da PMA eterologa, si ritiene che l'identità del donatore non debba rimanere celata sempre, ma possa e debba essere rilevata, quanto meno nei casi in cui ciò sia necessario al fine di realizzare la tutela del diritto alla salute³⁸⁰.

Tra le norme in materia di adozione si ritiene adattabile l'art. 37 della l. n. 184/1983, ove si prescrive che i genitori e, una volta maggiorenne il figlio possano accedere alle informazioni che hanno rilevanza circa lo stato di salute.

Si può dunque idealmente distinguere tra le informazioni che possono essere più facilmente reperite, quali quelle sanitarie, che non inficiano l'anonimato del donatore, e le indicazioni anagrafiche dello stesso.

Più complesso è l'individuazione del diritto ad avere informazioni circa l'identità del donatore: pare poter essere passibile di interpretazione estensiva l'art. 28, commi 4 e ss., della l. n. 184/1983, nella parte in cui prevede che i genitori quali esercenti la responsabilità genitoriale, su autorizzazione del tribunale, e solo se sussistono gravi e comprovati motivi, possono richiedere informazioni circa l'identità dei genitori biologici. Si prevede altresì che in caso di gravi motivi di salute possa prevedere che la struttura ospedaliera possa fornire informazioni, qualora vi siano presupposti di necessità e urgenza, e dunque vi sia pericolo per la salute.

³⁷⁹ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Fam e dir.*, 2014, p. 753; in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 1105; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1068.

³⁸⁰ Sebbene più netto nel negare ogni possibile conoscibilità dell'identità del donatore, è concorde nel rendere edotti il nato e i genitori dei dati genetici e sanitari del donatore necessari a soddisfare eventuali esigenze di tutela del diritto alla salute: Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 263.

L'accesso dunque alle informazioni, soprattutto quelle all'individuazione anagrafica, pare dover dunque essere circondato da una serie di tutele e limitazioni al fine garantire da un lato la tendenziale prevalenza delle istanze connesse a condizioni di salute, ma al tempo stesso tentando di offrire tutela al diritto all'oblio dei genitori naturali, con particolare attenzione per la scelta di anonimato della madre.

In quest'ultima prospettiva si ricorda che la corte costituzionale ha dichiarato illegittima la norma nella parte in cui non prevede che il giudice, possa interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, ai fini dell'eventuale revoca di tale dichiarazione³⁸¹.

Se dunque si applicasse per analogia il medesimo principio di diritto alla richiesta presentata dal nato da PMA (come all'adottato garantito dall'art. 28, comma 5, legge adozione), dovrebbe ipotizzarsi l'attivazione di un procedimento che conduca al donatore, interpellandolo circa la sua volontà di rimanere anonimo. Vero è che anche quest'ultima domanda necessiterebbe di contestualizzazione all'evento procreativo: a onore del vero infatti al donatore non viene richiesto quale sia la sua disposizione d'animo circa il nascituro che porterà il suo corredo genetico: ciò discendendo dal fatto che la legge esclude ad origine che ci possa essere qualsiasi rapporto giuridicamente rilevante o qualsiasi diritto o dovere in capo allo stesso. In tale prospettiva, l'anonimato è necessaria conseguenza.

In conclusione, pare interessante menzionare una prospettiva inconsueta circa la tutela alle proprie origine, che nell'immaginario collettivo appare intimamente

³⁸¹ Corte cost., 18 novembre 2013, n. 278, in *Dejure*; ispirata da Cedu, Godelli v. Italia, 25 settembre 2012. In argomento si v. anche A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, p. 34 ss. ove si osserva che la facoltà di interpellare la madre naturale al fine di verificare la persistente volontà di rimanere anonima non risponde all'esigenza di instaurare con la madre un rapporto giuridico fondato sul legame genetico, ma solo di promuovere un rapporto di genitorialità naturale di fatto, intesa come rapporto affettivo, che si vada ad affiancare al rapporto giuridico. Commenta la sentenza anche Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 246.

In tal senso, Palazzo, *Eros e Jus*, Milano-Udine, 2015, p. 90, ove si riflette sul fatto che nell'ordinamento italiano, diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti europei, non viene posta attenzione su quella categoria di persone che, a vario titolo e per eterogenei motivi possono trovarsi a collaborare nella cura del minore.

connesso alla conoscenza delle proprie radici genetiche: ad opinione di alcuni dovrebbe valorizzarsi un'idea di identità non solamente connessa alla derivazione e all'appartenenza genetica, ma anche a quella che è l'identità giuridica "incentrata sulla generazione, o sull'identità di fatto, "esistente per effetto dell'assunzione di responsabilità"³⁸².

Sembrerebbe infatti preferibile garantire una certa accessibilità all'identità e alle informazioni del donatore in considerazioni delle ragioni non solo personali ma delle esigenze relazionali, collegata al benessere psicofisico di chi, nato da PMA eterologa, possa avere conoscenza delle condizioni del suo concepimento oltre di chi sia il terzo, estraneo alla coppia genitoriale "sociale" e con cui condivide il corredo genetico.

5.3. La figura del “*known donor*” e l'emergente figura del “*limited father*”.

Appare interessante menzionare alcuni casi, verificatisi nell'ordinamento inglese, in cui il donatore non è affatto un soggetto estraneo al nucleo familiare, ma al contrario ne prende parte in forza della partecipazione all'evento procreativo.

Inquadrando la normativa, in forza della Section 41 dell'HFEA del 2008, similmente a quanto stabilito dalla l. n. 40/2004, il donatore o la donatrice che abbiano contribuito alla fecondazione tramite donazione di gameti non hanno alcun legame giuridicamente rilevante con il nato e non assumono alcuna responsabilità circa la sua educazione e mantenimento. La figura del donatore, come segnalato precedentemente, è tutelata dall'anonimato della donazione e sui genitori non incombe alcun obbligo di fornire informazioni al figlio circa i dettagli del suo concepimento.

Il donatore non sarà titolare di alcun ruolo paterno anche nel caso in cui il figlio rischi di essere privo della figura paterna, similmente a quanto avviene qualora il contributo genetico venga utilizzato dopo la morte del donatore o dopo la morte del marito della gestante.

³⁸² A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, p. 34.

Nonostante la disciplina vigente, sono giunti all'attenzione delle corti inglesi alcuni casi in cui coppie lesbiche abbiano usufruito in ambito informale del contributo genetico di *known donor*, ossia di uomini che abbiano scientemente acconsentito a fornire il proprio contributo genetico alla realizzazione del progetto genitoriale. Le circostanze in cui tale concepimento avviene impediscono l'applicabilità della disciplina in materia e nella maggior parte dei casi le conseguenze di tale concepimento vengono regolate da accordi privati intercorrenti tra le madri e il donatore, spesso un amico o comunque una persona vicina alla coppia.

Le problematiche insorgenti da tale autoregolamentazione degli status e altresì della gestione della responsabilità genitoriale sono plurime e di eterogenea natura: in primis la distinzione negoziale tra status e esercizio del ruolo genitoriale; il coinvolgimento, sebbene parziale, di tre adulti che possono a vario titolo vantare una relazione con il comune figlio; ed infine le conseguenze che tale assetto familiare possono provocare sul figlio e sulla sua identità.

Nella maggior parte dei casi, tali accordi prevedono che lo status genitoriale venga attribuito alla coppia omosessuale, ossia alla madre e alla sua partner o moglie, le quali avranno la piena titolarità dell'esercizio della responsabilità genitoriale; mentre, il ruolo rivestito dal donatore si configura come un'ibrida figura parentale, priva di status ma titolare di alcuni diritti di visita e di partecipazione alla vita del figlio. Nonostante ciò, molti casi mostrano che il donatore, al tempo della conclusione del contratto, non ha intenzione di ricoprire un particolare ruolo all'interno della famiglia e nella educazione del figlio e la problematica legata alla status insorge in un momento successivo, quando egli decide al contrario di avere un riconoscimento legale e di prendere attivamente parte alle scelte legate all'educazione del figlio.

L'insorgere di tale richiesta di riconoscimento porta ad interrogarsi preliminarmente sulla rilevanza del legame genetico che lega il donatore "attivo" al figlio, al fine di individuare e ricostruire il ruolo della figura genitoriale maschile, la quale, pur non avendo alcuna intenzione di diventare genitore, vanta un legame

genetico con il figlio e un coinvolgimento, sebbene parziale, al progetto genitoriale di altri.

In forza della disciplina vigente, infatti, il vincolo genetico, non applicandosi la specifica disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita, esistente tra il donatore e il figlio rappresenta elemento sufficiente, per attribuire status genitoriale ad una figura maschile, prescindendo dal previo consenso espresso in sede negoziale.

Ciononostante, la presenza di una esistente coppia genitoriale ha inibito le corti inglesi dall'attribuire ai donatori uno status genitoriale, ma le ha spinte di volta in volta a elaborare una figura genitoriale "sartoriale", cercando di modellarne le caratteristiche in base alle esigenze del figlio.

In Re D³⁸³, l'accordo concluso tra la coppia e il donatore prevedeva che la coppia omosessuale sarebbe stata non solo titolare dello status ma avrebbe anche esercitato la funzione di *primary carer* della educazione e del mantenimento del figlio; il donatore, dal canto suo, avrebbe avuto un ruolo nella vita del figlio, ma i termini dello stesso si sono presto rivelati non soddisfacenti a definire e regolare il rapporto con la figura maschile.

La Corte, riportando la volontà negoziale delle parti, afferma: "*in this case, the debate about parental responsibility is particularly finely tuned. Ms A and Ms C are entirely happy for Mr B to be recognised as D's "father" and for her to see him for regular contact. They do not agree to an order that, as they see it, recognises him as D's "parent". They see themselves and their two children as a family. They argue that they are D's parents and that if she were to have a third parent, it would compromise the family, affecting not only their relations with Mr B but also the way in which they, and D, are seen by others*"³⁸⁴.

Il quesito era dunque se il donatore dovesse essere titolare della responsabilità genitoriale, che nell'ordinamento inglese è definito in termini di "*all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of child has in*

³⁸³ Re D [2006] EWHC 2 (fam).

³⁸⁴ Re D [2006] EWHC 2 (fam).

relation to the child and is property”, ai sensi della Section 3(1) del *Children Act* del 1989.

In via teorica, è possibile tracciare una distinzione tra i concetti di *parentage*, *parenthood* e *parental responsibility*³⁸⁵, nella pratica, tali termini vengono utilizzati spesso impropriamente e alle volte vengono tra loro confuse. Nel caso di specie la madre e il donatore sono i progenitori, perciò coinvolti nel concetto di *parentage*, che di per sé è sufficiente ma non necessario per essere considerati genitori. Lo status genitoriale, ossia *parenthood*, appartiene alla madre e alla di lei partner, le quali, automaticamente, sono dunque titolari di doveri e diritti insorgenti dalla responsabilità genitoriale.

Sebbene esprimendosi in termini non tecnici, le madri si mostrano consapevoli della differenza sussistente tra gli stessi, nel momento in cui si mostrano favorevoli ad accettare il donatore come padre del proprio figlio, ma al tempo stesso contrarie ad investirlo dello status di *parent*, ossia di adulto titolare di *parenthood*. La coppia dunque si rivela favorevole a che egli eserciti, sebbene in via sussidiaria e parziali i diritti e i doveri insorgenti dalla responsabilità genitoriale, ma lo *status*, espressione del riconoscimento legale della genitoriale, deve permanere esclusivamente in capo alle stesse.

La responsabilità genitoriale infatti non conferisce di per sé uno *status* ma è espressione di una funzione genitoriale, che non solo può essere esercitata da soggetti non titolari di alcuno *status* legittimo, ma ancor di più può essere esercitata da più di due adulti, che a vario titolo si trovino in contatto con il minore e a prescindere dalla natura e dall'origine di tale rapporto.

L'esercizio contestuale e condiviso della responsabilità genitoriale tra più soggetti non è circostanza sconosciuta all'ordinamento, realizzandosi anche in capo a *step parents* o a *foster parents*, che possono essere, anche se solo parzialmente, definiti come *social parents*. Quindi, il titolare dello status parentale non è necessariamente il medesimo che esercita la responsabilità genitoriale.

³⁸⁵ Bainham, *Parentage, Parenthood and Parental responsibility*, in *What is a Parent? A socio-legal Analysis*, by Bainham, Sclater, Richards, Hart, London, 1999, p. 25 ss.

Appare ragionevole dunque affermare che il concetto indefinito di responsabilità genitoriale possa avere più di due titolari. In conformità con questo principio infatti, il Re D la High Court ha attribuito al donatore la responsabilità genitoriale, in considerazione del fatto che egli può essere definito quale “*parent of a very different sort, no less important*”, assecondando così, anche se solo parzialmente, la volontà espressa nel contenuto negoziale dell’accordo.

La Corte infatti ha però attribuito al padre una forma di responsabilità circostanziata e limitata: il donatore potrà infatti esercitare la responsabilità genitoriale se accetta di non poter visitare o prendere contatti con la scuola del figlio, non poter prendere decisioni circa la salute e scelte mediche, senza previa autorizzazione scritta della madre o della sua partner.

Il giudice ha affermato che la decisione è ispirata alla realizzazione del superiore interesse del minore, in considerazione del potenziale pregiudizio alla stabilità della famiglia del figlio, da quello che potrebbe essere definito quale “interferenza” da parte del padre. La corte tiene inoltre in considerazione anche l’eventuale percezione della famiglia da parte della società se il padre diventasse molto più evidente e coinvolto nella vita del figlio.

È inoltre lecito dubitare della coerenza della decisione: ci si può infatti chiedere quanto abbia pesato nella valutazione della Corte il fatto nel caso di specie uno dei due componenti della coppia fosse sia genitore genetico che legale, coincidenza che ha sicuramente facilitato l'accettazione della figura.

In *MA v. RS*, la High Court afferma che la responsabilità genitoriale appartiene a entrambi le madri e al padre, anche se i figli non lo considerano come il padre.

La difficoltà incontrata in queste circostanze concerne la problematica sottesa alla frammentazione della funzione svolte tra più soggetti che si prendono cura a vario titolo del figlio, quale conseguenza dell’idea di presentazione della *parental responsibility* non quale funzione ma bensì quale status genitoriale del donatore. Tale dinamica rischia però di essere forviante; il donatore infatti potrebbe essere considerato padre in forza del suo legame genetico con il figlio, ma ciononostante non potrà in base a tale legame ottenere tale status giuridico sia in ragione della

normativa giuridica sia in considerazione del fatto che la famiglia è già costituita da una coppia di genitori.

In considerazione di tali eventi, appare opportuno ricordare un recente caso giudiziario che vede coinvolti tre adulti che in virtù di titoli e status difformi sono

5.4. La normativa inglese del Mitochondrial Replacement Therapy.

In questo contesto di riferimento, che contempla l'intrusione di un soggetto terzo rispetto alla coppia nel procedimento procreativo, assume rilevanza, teorica e pratica, la facoltà concessa in UK, e, a certe condizioni anche in Francia, di manomettere l'assetto genetico dell'embrione.

La terapia mitocondriale consente di intervenire sul DNA del nascituro al fine di evitare la trasmissione di malattie genetiche, sostituendo parti dei gameti prelevati dai genitori o dai donatori con il patrimonio genetico di un soggetto diverso³⁸⁶.

Alla luce della normativa inglese e francese, l'intervento terapeutico non produce alcuna conseguenza sul piano giuridico e sul rapporto di filiazione insorgente: il contributo genetico, che prevede una parziale sostituzione del tessuto genetico degli aspiranti genitori, non porta ad attribuire al donatore un ruolo qualificato né nei confronti dei genitori né del nascituro.

Appare dunque pacifico ritenere che tale avanzamento delle tecniche mediche in campo riproduttivo non produce significative conseguenze sui vincoli legali insorgenti e sulle posizioni soggettive coinvolte.

Due però sono i profili che debbono essere analizzati alla luce di tale possibilità: da un lato ci si deve chiedere, in considerazione della possibile commistione e confusione di una pluralità di patrimoni genetici, cosa debba intendersi per "verità genetica", che significato debba attribuirsi al concetto di "origini" e quale possa essere la forma del soddisfacimento del diritto del nato a

³⁸⁶ Si v. www.hfea.gov.uk/treatments/embryo-testing-and-treatments-for-disease/mitochondrial-donation-treatment/.

conoscere tali origini, che, in un certo qual modo, non potranno mai essere pienamente veritiere.

Dall'altro, appare inoltre necessario interrogarsi sulla configurabilità di un diritto ad ereditare caratteri genetici che non abbiano conosciuto manomissione, quale espressione del diritto alla identità personale e del diritto di autodeterminazione³⁸⁷.

In merito a questo ultimo profilo, l'analisi deve essere condotta alla luce della necessità di bilanciare il diritto a conoscere le proprie origini e il diritto alla salute dello stesso nascituro e in alcuni casi della gestante, i quali potrebbero essere lesi dalla mancata applicazioni del trattamento terapeutico.

In UK, così come in Francia, l'indagine preimpianto è chiaramente necessario presupposto all'intervento medico: in alcuni specifici casi, l'analisi del materiale genetico si estende sino alla possibilità di selezionare solo alcuni spermatozoi, qualora sia necessaria la predeterminazione del sesso del nascituro, se a tale carattere sia connesso l'insorgere di gravi malattie geneticamente trasmissibili.

In questa prospettiva, la terapia genetica dotata di una natura e di una finalità invasive ha sollevate dubbi circa la sua compatibilità con la tutela dell'embrione affinché esso debba essere preservato da trattamenti di eugenetica.

Data la delicatezza della materia, attenta dottrina ha mostrato perplessità circa l'idoneità e l'efficacia di un ricorso ad un eccessivamente rigida legislazione può condurre a trasformare la valutazione in un "calcolo di costi e benefici"³⁸⁸

³⁸⁷ Rodotà, *Costruzione del corpo. Luogo di libertà o di coercizione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 170.

³⁸⁸ Rodotà, *Costruzione del corpo. Luogo di libertà o di coercizione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 171.

Capitolo II

La maternità surrogata e la genitorialità intenzionale

Sommario: Introduzione. - 1. Introduzione alla maternità surrogata nel diritto inglese tra analisi comparatistica e prospettiva *de iure condendo*. - 2. *Surrogacy Arrangement Act*. - 3. Parental Order. - 3.1. I requisiti. - 3.2. Il contenuto negoziale e il divieto di *surrogacy arrangements on commercial basis*. *Commercial arrangements* conclusi all'estero. - 3.3. L'interpretazione estensiva del termine di 6 mesi richiesto per l'ottenimento dell'ordine parentale. - 3.4. In caso di inottemperanza delle obbligazioni insorgenti dal *surrogacy agreement*: le controversie insorgenti tra gestante e genitori committenti. - 4. La trascrizione degli atti di nascita e l'attribuzione della genitorialità al vaglio della giurisprudenza italiana. - 4.1. L'ordine pubblico internazionale e il limite all'accesso alla omogenitorialità. - 4.2. La trascrizione dell'atto di nascita concesso dalla Corte d'appello di Trento: un tentativo di apertura respinto. - 4.3. L'ordinanza di remissione in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite: la definizione di ordine pubblico. - 4.4. Le Sezioni Unite e la Cedu: la maternità surrogata tra ordine pubblico, *favor veritatis* e dignità della maternità. - 4.4.1. L'antefatto: i provvedimenti canadesi e il rifiuto dell'ufficiale di stato civile. - 4.4.2. L'ordine pubblico internazionale e la natura imperativa del divieto di maternità surrogata. - 4.4.3. La circolazione dello *status filiationis* e l'ordine pubblico attenuato. - 4.4.4. La maternità surrogata tra *favor stabilitatis* e genitorialità intenzionale. - 4.4.5. L'affievolimento del *favor stabilitatis* e la prevalenza del *favor veritatis*. - 4.4.6. Lo *status* giuridico del figlio tra genitorialità genetica e genitorialità intenzionale: il ricorso all'istituto dell'adozione. - 4.5. Criticità e fragilità della soluzione delle Sezioni Unite.

Introduzione

Il secondo capitolo si pone l'obiettivo di riflettere sulla natura del rapporto materno al fine di suggerire una revisione critica del concetto biologico di madre, alla luce dell'innegabile incidenza delle tecniche procreative assistite e soprattutto

degli effetti della pratica della maternità surrogata che, sebbene vietata, ha fatto ingresso nell'ordinamento interno.

Si è dunque portati a riflettere preliminarmente sulla definizione e sul rapporto esistente tra libertà procreativa e genitorialità intenzionale, emergenti dalla sempre più diffusa pratica del turismo procreativo.

La recente giurisprudenza e parte della dottrina, sembrano infatti proporre una interpretazione maggiormente permissiva e aperta al riconoscimento di genitorialità fondate sulla sola volontà, quale quella della madre committente; ma anche sull'assenza di volontà ossia la non intenzione della madre surrogata di essere considerata tale. Il tutto alla luce del prevalente interesse del minore, a mantenere inalterato il proprio *status* normativo, ma ancora di più di essere titolare di un rapporto di filiazione conforme, non tanto al legame biologico/genetico, quanto più alla volontà dei genitori di assumersi le responsabilità discendenti da tale ruolo.

È opinione da alcuni condivisa quella secondo cui il legame genetico, inteso quale consapevolezza della nascita e della natura del concepimento, non sia causa di alcun attaccamento emotivo, mentre al contrario la matrice primaria del rapporto genitoriale sarebbe costituita da un rapporto quotidiano e l'attenzione ai giornalieri bisogni della vita, all'educazione, al nutrimento materiale e psichico³⁸⁹.

Profondo dibattito si conduce in merito alle problematiche etiche ancor prima che giuridiche che la surrogazione obbliga ad affrontare. Sono stati individuati 4 fondamentali argomenti che devono essere necessariamente affrontati. *In primis*, il problema legato alla “commercializzazione” della riproduzione umana: interessante in questo senso è la ricerca condotta da Ragoné, la quale evidenzia come il figlio della madre surrogata sia considerata a *gift*³⁹⁰, dalla donna e dalla coppia committente, nonostante sia prevista una controprestazione economica, (rimborso o controprestazione a seconda degli ordinamenti). In secondo luogo, l'intrinseca preoccupazione che involge qualsiasi attività che abbia ad oggetto la manipolazione o l'utilizzo di embrioni e gameti; ciò intimamente connessa con un

³⁸⁹ Goldstein, Freud e Solnit, *Beyond the best interests of the child*, 1979, London, p. 17.

³⁹⁰ Ragoné, *The Gift of Life: Surrogate Motherhood, Gamete Donation and Constructions of Altruism*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, diretta da Cook, Day Sclater and Kaganas, Londra, 2003, p. 209.

terzo profilo che attiene all'allocazione della riproduzione al di fuori del contesto matrimoniale o sentimentale della coppia convivente ed anche con la delicata problematica connessa all'attribuzione del rapporto di filiazione e dunque lo *status* genitoriale quale conseguenza della mera volontà. Da ultimo, si propone una argomentazione etica, connesso alla reticenza ad accettare che la gravidanza non veicoli la maternità, ma sia al contrario espressione della volontà della madre surrogata di non voler essere madre³⁹¹.

Tralasciando l'analisi dell'istituto proibito, appare sin da subito segnalare che la prospettiva di analisi deve necessariamente porsi in un'altra prospettiva: ossia compatibilità dei rapporti insorgenti da pratiche vietate concluse all'estero, quale la maternità surrogata, ai principi fondamentali dell'ordinamento. Alla luce delle recenti decisioni dei giudici nazionali e internazionali, in considerazione del riconoscimento dei rapporti di filiazione, l'attenzione è posta infatti sul bilanciamento dell'interesse del minore, mostrando in prima approssimazione una tendenziale irrilevanza del divieto posto dall'ordinamento positivo.

Gli interventi giurisprudenziali di apertura hanno spinto certa dottrina ad interrogarsi altresì sull'effettività della sanzione penale prescritta in caso di violazione del divieto di surrogazione³⁹².

³⁹¹ Lane, *Ethical Issues in Surrogacy Arrangements*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, diretto da Cook, Day Sclater, Kaganas, Londra, 2003, p. 123.

³⁹² Picaro, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1265.

Sul tema Cardaci, *La trascrizione della di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 660 ss; Querci, *La maternità per "sostituzione" tra diritto interno e Carte internazionali*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1142 ss.; AA.VV., *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, a cura di Cesaro, Lovati, Mastrangelo, Milano 2014; Tonolo, *Trascrivibilità degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 81; Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 589; Distefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *GenIus*, 2015, 1, p. 160 ss.

1. Introduzione alla maternità surrogata nel diritto inglese tra analisi comparatistica e prospettiva de iure condendo.

Al fine di mostrare lo scenario il più possibile completo della decostruzione del concetto di essere madre, è necessario condurre una riflessione sulla surrogazione, in quanto essa rappresenta il più evidente esempio della dissociazione in termini di intenzionalità di essere partoriente senza assumere però il ruolo giuridico e sociale di madre.

L'accordo prevede che una donna la quale si sia impegnata a portare a termine la gravidanza con lo specifico intento di consegnare il nato ai genitori committenti, che hanno l'intenzione di diventare genitori, quale espressione di un condiviso progetto familiare e genitoriale. In conformità a quanto previsto dalla normativa inglese (Section 54 HFEA 2008), uno dei genitori deve essere geneticamente connesso con il figlio, il più delle volte il padre, ma è stato altresì dimostrato che la mancanza di tale requisito non è considerata causa ostativa di concessione di un *parental order*, provvedimento con il quale le corti stabiliscono l'insorgere del rapporto genitoriale in capo ai genitori committenti e la contestuale eliminazione del titolo genitoriale in capo alla madre surrogata³⁹³.

Le questioni insorgenti dalla pratica della surrogazione riguardano la sfera etica e le domande riguardanti connessa alla moralità del trattamento devono ricevere delle risposte.

Surrogacy coinvolge infatti la problematica della commercializzazione e della tutela del diritto alla dignità della donna che porta in grembo il figlio per qualcun altro. In questa prospettiva, sembra interessante di mostrare come spesso le madri portanti e i genitori committenti spesso considerino il figlio nato dalla surrogante quale dono o quale "*gift of life*", come hanno rivelato alcune ricerche empiriche condotte su famiglie che si siano affidate alla pratica della surrogazione.

Un ulteriore problema coinvolge inoltre la manipolazione dei gameti e dell'embrione, aspetto che presenta dei profili comuni alla fecondazione assistita.

³⁹³ Si rinvia ai paragrafi successivi per un maggior approfondimento.

Inoltre, la surrogazione pone il concepimento e la filiazione al di fuori delle barriere e dei confini del matrimonio/convivenza e soprattutto dal rapporto sessuale, naturalmente inteso, e inoltre con le dovute cautele, rompe gli automatismi della presunzione e dell'acquisizione dello *status* genitoriale (sebbene sia necessario l'intervento della corte).

Il profondo problema etico affonda le proprie radici nella indissolubile – o almeno considerata tale – correlazione tra la gravidanza e la maternità, intesa quale *status* giuridico di genitorialità femminile, più che quale legame naturale; la combinata volontà della madre e dei committenti rompe la costruzione e la struttura della maternità e rinforza l'idea che a prescindere dal sistema legale la donna che partorisce non è necessariamente anche la madre da un punto di vista giuridico e altresì affettivo.

La libertà di scelta è il fulcro e il cuore della rivendicazione femminista: infatti, tale prospettiva promuove l'idea di considerare qualsiasi tipo di trattamento riproduttivo allo stesso modo e, più precisamente, quale uno delle diverse opzioni finalizzate alla procreazione, espressione di un più ampio diritto di autodeterminazione anche nella procreazione.

Questa impostazione permette da un lato, di porre la libertà di scelta della donna al centro della riflessione; dall'altro di ridimensionare l'idea di “*naturalness*” e di unitarietà connessa alla maternità.

Può essere interessante in questo senso trarre ispirazione da altre giurisdizioni di common law ove la maternità surrogata è concessa: nel *leading case Johnson v. Calvert*, la Supreme Court della California ritiene che non vi sia un ordine gerarchico tra le forme di rapporti che possono intercorrere tra i genitori, o aspiranti tali, e figli e perciò che non vi sia nemmeno una preferenza espressa per ognuno di essi. L'assunto è stato espresso in un contesto in cui si richiedeva la *custody* del figlio in seguito alla crisi familiare. Al contrario, la Corte ha affermato che quando ci sono due madri, quella che intende “*bring about the birth of a child that she intended to raise as her own is the natural mother under California law*”³⁹⁴.

³⁹⁴ *Johnson v. Calvert*, 851 P. 2d 776 (1993), riportato da Steinbock, *Defining Parenthood*, in *International Journal of Children Rights*, 2005, 13, 288

In *Re Buzzanca*³⁹⁵, la *Appeal Court* della California si è uniformata a tale indirizzo. Ha infatti riformato la pronuncia del Giudice di prime cure, sostenendo che l'intenzione di essere genitori del figlio li rende tali agli occhi della legge. La Corte sostiene infatti “*let us get right to the point: Jaycee never would have been born had not Luanne and John both agreed to have a fertilized egg implanted in a surrogate*”.

L'approccio utilizzato nelle citate decisioni sembra inoltre porsi in linea di continuità con l'indirizzo assunto dalla *Grande Chambre* della Cedu in una recente opinione³⁹⁶, formulate in seguito alla richiesta espresso dalla Corte di Cassazione francese. Il caso coinvolgeva una coppia che ha richiesto la trascrizione dell'atto di nascita del figlio nato all'estero da una madre surrogata, certificato di nascita ove la genitorialità risultava attribuita al marito, che aveva donato i propri gameti per la fecondazione della madre surrogata e alla moglie, quale madre intenzionale.

Il primo quesito dunque che la Corte francese ha posto alla *Grande Chambre* concerneva il rigetto della richiesta di riconoscimento dell'atto di nascita e dunque del rapporto genitoriale e di filiazione da esso recato: ci si interrogava dunque se tale diniego fosse da considerarsi legittimo o se al contrario il rigetto della trascrizione potesse configurare una violazione dell' art. 8 della CEDU. Si chiedeva inoltre se il fatto che la madre intenzionale avesse donato i propri ovuli al fine della procreazione potesse incidere o meno sull'attribuzione della maternità, quesito che sottintendeva un giudizio sul valore da attribuirsi al legame genetico e non gestazionale intercorrente tra la madre intenzionale e il figlio nato dalla donna surrogata.

La soluzione offerta dalla Corte sembra adottare un approccio non specificamente focalizzato sull'intenzionalità della maternità, ma al contempo enfatizza il *best interest of the child*. La Corte considera infatti che la generale e

³⁹⁵ *Re Buzzanca*, 61 Cal. Ap. 4th 1410, 1412 (1998): The case involves the dispute between parents regarding the paternity of a man, who gave his consent to a surrogate agreement, using donors' sperm and egg. The intentional parent divorced before the child was born and the ex-husband argued that he was not the father and so he could not be forced to give financial support to the child.

³⁹⁶ *Grande Chambre*, Advisory opinion, P16-2018-001, 10th April 2019, cit.

assoluta impossibilità di ottenere il riconoscimento della relazione tra il figlio nato da maternità surrogata e la madre intenzionale non sia compatibile con il soddisfacimento degli interessi del figlio, che richieda almeno che ogni situazione debba essere esaminata alla luce delle particolari circostanze del caso³⁹⁷.

Ciò implica dunque che il riconoscimento del rapporto giuridicamente rilevante di genitorialità tra il figlio e la madre intenzionale, richiesto al fine di salvaguardare il diritto del figlio al rispetto della vita privata secondo quanto disposto dall'art. 8 della CEDU, comporta l'obbligo per gli Stati di registrare i certificati formati nei Paesi stranieri che indichino la madre intenzionale quale madre legale. A seconda delle circostanze, aggiunge inoltre la *Grande Chambre*, tale scopo può essere perseguito “*in a suitable manner*”, incluso l'adozione che, produce in taluni casi effetti simili a quelli prodotti dalla registrazione dell'atto di nascita³⁹⁸.

Il motivo che sta dietro questa decisione, e che lo rende ai nostri fini interessante, è che la Corte suggerisce di riconoscere lo status di madre alla donna, a prescindere dell'assenza di un legame gestazionale e genetico e in conformità con il superiore interesse del minore di vedersi preservato il diritto alla vita privata e familiare.

In conclusione, si potrebbe dunque sostenere che l'intenzione può essere considerare alla stregua di un criterio di attribuzione della genitorialità e può fondare il rapporto giuridico tra genitori e figli in caso di trattamenti procreativi “artificiali”, così come il rapporto biologico sta alla base del rapporto parentale qualora la filiazione insorga dall'unione “naturale” tra uomo e donna.

2.Surrogacy Arrangement Act.

³⁹⁷ *Grande Chambre*, Advisory opinion, P16-2018-001, 10th April 2019, § 42, cit.

³⁹⁸ *Grande Chambre*, Advisory opinion, P16-2018-001, 10th April 2019, § 53, cit.

La maternità surrogata rappresenta una delle tecniche procreative più discusse e solleva una pluralità di problematiche di natura etica³⁹⁹ e giuridica⁴⁰⁰; suggerisce la riflessione circa la rilevanza della volontà nel contesto genitoriale, spingendo all'estrema conseguenza di scindere la genitorialità procreativa dallo *status* genitoriale in forza di un accordo negoziale, anche se in ultima analisi necessita di un vaglio giudiziale; tale è il sistema di garanzia *ex post* disciplinato dalla regolamentazione inglese, con l'intento di verificare la conformità dell'accordo e della procreazione al dettato normativo, ma altresì di confermare la persistenza dell'intenzione della partorientente.

La Gran Bretagna è stata tra i primi ordinamenti a dotarsi della disciplina in materia di maternità surrogata con il *Surrogacy Arrangements Act (SA)*⁴⁰¹ del 1985⁴⁰², novellato nel 2008 dall'*Human Fertilization Embriology Act (HFEA)*, il quale, recependo le annotazioni del Brazier Report del 1998⁴⁰³, il cui intervento

³⁹⁹ Lane, *Ethical Issues in Surrogacy Arrangements*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, diretto da Cook, Day Sclater, Kaganas, Londra, 2003, p. 121. Analisi dell'elaborazione del concetto di "dono": Ragoné, *The Gift of Life: Surrogate Motherhood, Gamete Donation and Constructions of Altruism*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, diretta da Cook, Day Sclater and Kaganas, Londra, 2003, p. 209.

⁴⁰⁰ Per una panoramica in chiave comparatistica delle discipline vigenti in tema di maternità surrogata si v. Wells-Greco, *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, Eleven International Publishing, 2015.

⁴⁰¹ Testo vigente consultabile in www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49. Per un'esposizione della disciplina: Lamont, *Family law*, Oxford, 2018, p. 323 ss; Herring, *Family law*, 8th ed., Londra, 2017, p. 356 ss; Engel, *Cross-border surrogacy: time for a convention?*, in *Family law and culture in Europe. Developments, challenges and opportunities*, a cura di Boele-Woelki, Dethloff, Gephart, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, p. 202 ss; Fantus, Newman, *Motivations to pursue surrogacy for gay fathers in Canada: a qualitative investigation*, in *Journal of GLBT Family Studies*, 2019, p. 1; Fenton-Glynn, *The Regulation and Recognition of Surrogacy under English Law: An Overview of the Case-Law*, in *Child & Family Law Quarterly.*, 2015, 27, 83, p. 83; Lozanski, *Transnational surrogacy: Canada's contradictions*, in *Social Science & Medicine*, 124, 2015, p. 383; Ragoné, *The Gift of Life: Surrogate Motherhood, Gamete Donation and Constructions of Altruism*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, a cura di Cook, Day Sclater, Kaganas, London, 2003, p. 209; Walker, *Baby Love: choosing motherhood after a lifetime of ambivalence*, New York, 2007.

⁴⁰² In argomento, si v. Fenton-Glynn, *The Regulation and Recognition of Surrogacy under English Law: An Overview of the Case-Law*, in *Child & Family Law Quarterly*, 27, 83, 2015, p. 83.

⁴⁰³ *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Cm 9314 (HMSO, 1988) (Warnock Report).

determinante è stato quello di estendere l'accesso alla pratica anche alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso.

L'accordo di surrogazione viene dunque definito dal SA 1985 quale accordo in forza del quale, prima che il concepimento avvenga, la madre gestazionale si impegna a portare a termine la gravidanza con l'intenzione che la responsabilità genitoriale venga esercitata da altra o altre persone⁴⁰⁴.

Occorre sottolineare fin d'ora che la conclusione di un contratto di maternità surrogata non è motivo ostativo all'applicabilità della normativa prevista in materia di attribuzione dello stato di filiazione o di presunzione di paternità; più specificamente, la contraria o divergente volontà delle parti dell'accordo non impedisce il formarsi in capo al figlio nato, alla madre gestante, al padre genetico – se non donatore – o al marito della madre surrogata dei rapporti di genitorialità, non potendosi infatti eliminare l'automatismo delle norme e delle presunzioni⁴⁰⁵.

La normativa in materia di attribuzione della genitorialità prevede infatti che solo la madre gestante possa essere chiamata e definita come tale⁴⁰⁶; così come il marito della madre al momento della nascita si presume essere il padre, fino a quando a DNA test dimostri il contrario, stessa sorte spetta alla paternità insorgente in capo al partner della madre⁴⁰⁷.

3. Parental Order.

3.1. I requisiti.

Al termine della gravidanza e in conformità a quanto pattuito dalle parti in sede di negoziazione, la madre surrogata consegna il figlio alla coppia committente, la quale può dunque adire la Corte al fine di ottenere un *parental order*, i cui effetti produrranno la rimozione della titolarità del rapporto genitoriale in capo alla gestante – nonché all'eventuale di lei marito o convivente- e la conseguente attribuzione dello *status* genitoriale, nonché la facoltà di esercizio della

⁴⁰⁴ Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 368.

⁴⁰⁵ Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 368.

⁴⁰⁶ Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 356.

⁴⁰⁷ Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 359.

responsabilità genitoriale⁴⁰⁸ alla coppia committente, così come prescritto ai sensi della Section 54 dell'HFEA 2008. L'ordine verrà poi registrato in the *Parental Order Register*.

In capo al figlio rimarranno efficaci e validi i vincoli legali preposti quali condizioni per contrarre matrimonio, nonché il divieto di incesto, con la famiglia di origine, ossia della madre gestante.

La natura dichiarativa dell'ordine giudiziale permette di richiederne l'emissione anche nel caso in cui intervenga la morte di uno dei committenti tra la nascita e l'udienza⁴⁰⁹.

Al fine di ottenere il *parental order*, è necessario dimostrare i requisiti richiesti ai sensi della Section 54 HFEA 2008⁴¹⁰:

- la sussistenza del legame genetico di almeno uno dei genitori committenti con il nato;

- la coppia richiedente deve essere sposata, in una civile partnership o in “*an enduring family relationship*”, caso in cui deve essere dimostrato inoltre il rispetto dei divieti di parentale posti per i legami matrimoniali e non. Non è inoltre richiesto che la coppia condivida la medesima residenza anagrafica, ma è quantomeno richiesto che la relazione sia caratterizzata da serietà⁴¹¹;

⁴⁰⁸ Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 368.

⁴⁰⁹ A v P [2011] EWHC 1738 (fam)

⁴¹⁰ *A genetic relationship between at least one of the commissioning parents and the child (Section 54(1));*

** the commissioning parents are either married, civil partners, or in an enduring family relationship (Section 54(2));* ^[1]_[SEP]

** the application must be made within six months of the child's birth (Section 54(3));*

** the child is already living with the commissioning parents (Section 54(4)(a));*

** the commissioning parents are domiciled in the UK (Section 54(4)(b));*

** the commissioning parents are both over 18 (Section 54(5));*

** both the surrogate mother, and any other man or woman recognised as a legal parent, have freely, unconditionally, and with full understanding, consented to the making of the order (Section 54(6)) - unless such parent cannot be found or is incapable of giving consent (Section 54(7));*

** consent of the surrogate mother must be given more than six weeks after birth* ^[1]_[SEP]*(section 54(7));*

** unless authorised by the court, no money other than 'expenses reasonably incurred' can be given in relation to making the surrogacy arrangement, handing over the child, or consenting to the order (Section 54(8)).*

⁴¹¹ La norma richiama il concetto di “*committed relationship*” che può essere tradotta e assimilata con il concetto di relazione “stabile e continuativa”.

- le parti della coppia devono essere entrambi maggiorenni, quindi aver compiuto il 18 esimo anno di età;
- almeno uno dei richiedenti deve essere domiciliato in UK;
- il bambino deve, al tempo dell'ordine, vivere con i committenti;
- l'ordine deve essere richiesto e fatto nei sei mesi successivi alla nascita⁴¹²;
- il padre (intenzionale) deve dare pieno e incondizionato consenso all'ordine⁴¹³;
- la madre surrogata deve dare il proprio pieno e incondizionato consenso all'ordine, almeno sei settimane dopo la nascita del figlio⁴¹⁴;
- il marito della madre surrogata deve dare il suo pieno e incondizionato consenso;
- denaro o qualsiasi utilità/pagamento non devono essere conferite alla madre surrogata, salvo non siano considerate spese ragionevoli o non siano state autorizzate dalla corte con effetto retroattivo;
- la gravidanza non deve essere conseguenza di un rapporto sessuale tra la madre surrogata e l'uomo della coppia committente;
- la Corte deve decidere se provvedere all'ordine in considerazione del preminente interesse del figlio e dei requisiti elencati dalla s. 1 del *Adoption and Children Act* del 2002⁴¹⁵.

L'elenco prescritto appare particolarmente restrittivo e ha portato la giurisprudenza a una serie di difficili interventi atti a forzare la normativa, proponendone interpretazioni estensive, soprattutto con particolare riferimento alle richieste di *parental order* proposte da coppie che, avendo concluso contratti di

⁴¹² Il termine non è considerato stringente né perentorio; la giurisprudenza è apparsa ciononostante non unanime richiedendo in alcune occasione il rispetto del termine (Re WT [2014] EWHC 1303 (fam)), dimostrandosi in altre più incline ad accettare richieste tardive.

⁴¹³ La specificazione è che il consenso è richiesto solo per l'ordine non anche per la richiesta. Si deve quindi dedurre che il ricorso può essere attivato anche solo dalla madre intenzionale. Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 369, nt. 122.

⁴¹⁴ Se la madre non è raggiungibile, nonostante gli sforzi ragionevoli per trovarla, il consenso può essere dispensato; RE D and L [2012] EWHC 2631 (Fam).

⁴¹⁵ HFEA (parental order) Regulation 2010 (SI 2010/985), Sch. 1. La considerazione del benessere del figlio non deve limitarsi solo al momento contingente e al periodo dell'infanzia, ma deve considerare il soddisfacimento dei suoi interesse per tutta la sua vita: Re X and Y [2011] EWHC 3147 (Fam); D and L [2012] EWHC 2631 (Fam).

surrogazione all'estero, desiderino riconoscere il rapporto di genitorialità insorgente in UK.

Si può sin d'ora evidenziare che, nella stragrande maggioranza dei casi, le Corti si sono pronunciate in favore delle coppie committenti e dei figli, concedendo l'ordine nonostante la carenza dei requisiti soggettivi e/o oggettivi, alla luce della considerazione che l'attribuzione dello *status filiationis*, conforme all'accordo di surrogazione, garantisca e permetta il soddisfacimento del superiore interesse del minore, che, in caso di diniego, rischierebbe di subire grave pregiudizio dalla mancata di inserimento nella famiglia, dovendosi conseguentemente dichiarare lo stato di adottabilità.

3.2. Il contenuto negoziale e il divieto di *surrogacy arrangements on commercial basis*. *Commercial arrangements conclusi all'estero*.

Le Corti hanno determinato che i requisiti prescritti ai sensi della Section 54 non debbano essere considerati “*essentials*”, e per tanto la corte potrà emettere un ordine, anche qualora non ricorrano tutti i requisiti prescritti⁴¹⁶.

La normativa disciplina le condizioni di validità dell'accordo, indicando le condizioni essenziali a fronte dei quali è possibile richiedere e ottenere il *parental order*.

Per quanto attiene al contenuto dell'accordo, che non presenta in se alcuni requisiti formali, è passibile di sanzione chiunque violi il dettato normativo ex Section 2 (1) della SA 1985, così come modificato dall'HFEA 2008⁴¹⁷:

No person shall on a commercial basis do any of the following acts in the United Kingdom, that is:

(a) initiate F6... any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,

⁴¹⁶ Fenton-Glynn, *The Regulation and Recognition of Surrogacy under English Law: An Overview of the Case-Law*, in *Child & Fam. L. Q.*, 2015, 83, 27, p. 85.

⁴¹⁷ HFEA 2008 s. 44, s. 59.

(aa) take part in any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,

(b) offer or agree to negotiate the making of a surrogacy arrangement, or

(c) compile any information with a view to its use in making, or negotiating the making of, surrogacy arrangements; and no person shall in the United Kingdom knowingly cause another to do any of those acts on a commercial basis.

La *ratio* perseguita appare evidente: evitare la reificazione del corpo della donna e del figlio, cercando di escludere completamente dal contenuto negoziale l'elemento patrimoniale, foriero della mercificazione della donna e del bambino, espressione di un possibile squilibrio negoziale tra i committenti e la gestante.

Mantenendo un contenuto prettamente altruistico: l'unica prestazione economica lecita riguarda esclusivamente il rimborso delle spese sostenute durante la gravidanza (*"for expenses reasonably incurred"*), somma sottoposta al vaglio di "ragionevolezza" delle Corti.

La giurisprudenza ha poi adottato nella prassi un approccio tendenzialmente liberale; sin dalle prime vicende giurisprudenziali è parso evidente la eccessiva elasticità delle clausole nonché la discrezionalità decisionale riservata ai giudici, rivelando altresì la tensione esistente tra la proibizione imposta dal diritto positivo e l'esigenza di garantire al figlio nato l'attribuzione dello *status* di figlio della coppia committente.

Uno dei primi casi sottoposti al vaglio della giurisprudenza⁴¹⁸, all'indomani dell'introduzione della normativa in materia del HFEA (1990), concerneva la vicenda intercorrente tra una madre surrogata, che aveva concluso un accordo in forza del quale avrebbe ricevuto una somma di 12,000 £ comprensive delle spese sostenute durante e in causa della gravidanza e altresì una quota per perdita di guadagno. Quest'ultima dazione risultava però agli occhi della Corte ingiustificata in considerazione del fatto che la donna nullatenente avesse continuato a percepire il sussidio statale. La Corte rilevava inoltre che la somma stabilita dalle parti eccedesse la media prevista di 10,000£, ritenendola quindi ingiustificata e non

⁴¹⁸ RE C [2002] EWHC 157 (fam), [2002] 1 FLR 909.

potendola sussumere a spese sostenute in ragione della gestazione. Ciononostante la Corte autorizzava il pagamento non solo in considerazione del fatto che la somma prevista non fosse così sproporzionata rispetto alla media da rendere il contratto ineseguibile, ma piuttosto in considerazione del fatto che la legittimazione del rapporto genitoriale con la coppia committente avrebbe garantito il soddisfacimento dell'interesse superiore del minore.

Il problema della valutazione della proporzionalità della somma si pone inoltre anche in quei casi in cui le corti inglesi sono state chiamate a valutare le richieste di autorizzazione di “*commercial surrogacy agreements*”, conclusi in ordinamenti ove tale accordo è consentito, in contrasto con la normativa domestica.

L'analisi proposta da Hedley J⁴¹⁹, al fine di verificare la possibile autorizzazione al riconoscimento della validità dell'accordo, è strutturata su di in una triplice valutazione: *in primis* la verifica dell'effettiva sproporzione della somma concordata; in secondo luogo, l'indagine del comportamento perpetrato dalla coppia committente, con particolare attenzione se questo sia stato contrario a buona fede e, infine, la considerazione se l'intento perseguito fosse quello elusivo delle norme dell'ordinamento.

Nonostante il divieto posto dall'ordinamento domestico, la Corte appare consapevole che la proibizione richieda in questa sede un'opera di bilanciamento alla luce della prevalenza dell'interesse del minore, il quale, in ogni caso in cui fosse rifiutato l'ordine parentale, subirebbe un grave pregiudizio dovuto all'assenza di *status familiae* (“*the child's welfare is now the paramount consideration*”).

La conclusione sembra porre nel nulla l'opera di bilanciamento dell'autorità giudiziaria, dovendosi ritenere sempre preferibile l'attribuzione di uno *status filiationis* conforme all'accordo di surrogazione, seppur in violazione del dato normativo⁴²⁰.

⁴¹⁹ Re X and Y [2008] EWHC 3030 (fam), [2009] 1 FLR 733. In particolare §21 della sentenza.

⁴²⁰ Fenton-Glynn, *The Regulation and Recognition of Surrogacy under English Law: An Overview of the Case-Law*, 27 Child & Fam. L. Q. 83 (2015),87. L'Autrice ritiene che tale *dictum* renda l'opera di bilanciamento a cui sono chiamati i giudici vicino alla “futilità”.

La posizione è stata poi accolta e sostenuta dalla giurisprudenza successiva, portando a decisioni recanti soluzioni di molto divergenti dal principio di “spese ragionevoli” e a motivazioni quanto mai improbabili al fine di giustificare il presunto rispetto del parametro economico. Per fare qualche esempio: nel 2008 è stato concesso il *parental order*, non essendo stata ritenuta violata la Section 54, a fronte di accordi che prevedevano il pagamento 23,000 \$⁴²¹ e di 53,000 \$⁴²² in California, e di 8,812 £⁴²³ in Russia.

Le Corti hanno infatti applicato un principio di comparazione “relativo”, ossia valutando la cifra richiesta a titolo di pagamento alla luce della media richiesta nei paesi ove il contratto è stato concluso⁴²⁴, giungendo così nella maggior parte dei casi ad affermare l’assenza di un “indebito” pagamento.

Le conseguenze, su di un piano sistematico, della posizione assunta dalla giurisprudenza sembrano particolarmente invasive; in nome del preminente interesse del minore e del pluralismo giuridico, infatti, si vanno a sacrificare i principi che governano l’istituto, ossia il principio altruistico⁴²⁵, su cui la surrogazione si fonda, e che dovrebbe fungere da garanzia del rispetto della donna gestante. Ciò che sembra verificarsi è invece l’affidamento della tutela della donna all’ordinamento ove il contratto è stato concluso, delegandone di fatto la verifica della salvaguardia della dignità della donna surrogata.

La preoccupazione deve essere rivolta anche allo squilibrio economico delle parti: ancora di più sull’eventuale squilibrio negoziale esistente tra le parti e i conseguenti effetti sul regolamento contrattuale⁴²⁶.

⁴²¹ *Re S (Parental Order)* [2009] EWHC 2977 (Fam), [2010] 1 FLR 1156.

⁴²² *J v G* [2013] EWHC 1432 (Fam), [2014] 1 FLR 297.

⁴²³ *Re C (Parental Order)* [2013] EWHC 2413 (Fam), [2014] 1 FLR 654.

⁴²⁴ *Re C (Parental Order)* [2013] EWHC 2413 (Fam), [2014] 1 FLR 654 (cit)

⁴²⁵ Ragoné, *The Gift of Life: Surrogate Motherhood, Gamete Donation and Constructions of Altruism*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, a cura di Cook, Day Sclater and Kaganas, London, 2003, p. 209–226.

⁴²⁶ *Re C (Parental Order)* [2013] EWHC 2413 (Fam), [2014] 1 FLR 654, ove l’*House of Lords* ha considerato il fatto che la madre surrogata avesse già affrontato due surrogazioni e perciò non si trovasse in una posizione subordinata alla coppia committente.

J v G (Parental Order) [2013] EWHC 1432 (Fam), [2014] 1 FLR 297, ove diversamente la corte ha ritenuto rilevante, ai fini della valutazione dell’accordo, le circostanze in cui verteva la donna, oltre alla sua partecipazione alla procedura, sebbene la negoziazione sia stata condotta da un terzo.

In conclusione, le decisioni prese in esame offrono inoltre l'occasione di riflettere circa il potere manipolativo delle Corti in sede di accoglimento di prodotti giuridici provenienti da altri ordinamenti.

Una simile riflessione può essere condotta nella prospettiva comparata tra le decisioni delle Corti inglesi ed italiane; sebbene il quadro di riferimento sia difforme e disomogeneo, le Corti sembrano perpetrare comportamenti simmetrici. Da un lato, le corti inglesi, che in esecuzione di contratti di surrogazione, che adotta parametri di ragionevolezza conformi o meglio appartenenti ad ordinamenti stranieri; dall'altro, le corti italiani che, accogliendo la delibazione di sentenze recanti istituti non conosciuti, richiama il principio di legalità, verificandone il rispetto nel paese di provenienza⁴²⁷.

3.3. L'interpretazione estensiva del termine di 6 mesi richiesto per l'ottenimento dell'ordine parentale.

Come anticipato, le Corti inglesi non considerano la normativa *strict* e provvedono dunque a fornire una interpretazione relativamente ampia: e si potrebbe dunque essere richiamato il caso *Re X (Surrogacy: Time Limit)*⁴²⁸.

La vicenda concerne il caso di una coppia di committenti che strinsero un accordo in india con una donna, la quale si impegnava a portare a termine la gravidanza frutto dell'inseminazione dell'ovulo di una donatrice fecondato con lo sperma del padre. Il figlio nato nel dicembre 2011 ha fatto ingresso in UK nel 2013. La coppia non avanzò alcuna istanza per richiedere l'attribuzione della genitorialità fino al 2014, quando la relazione tra i committenti era già terminata; i requisiti manchevoli apparivano dunque non solo lo spirare infruttuoso dei sei mesi entro cui è richiesta la presentazione della domanda presso la corte, ma altresì l'assenza della relazione matrimoniale/di convivenza o di rapporto serio che deve caratterizzare il legame tra i genitori.

⁴²⁷ Tale il principio espresso dalle SU in tema di delibazione di sentenze recanti i c.d. "danni punitivi". Si v. Cass., SU, 5 luglio 2017, n. 16601, cit. nt. 252.

⁴²⁸ *Re X* [2014] EWHC 3135 (fam).

Ciononostante, Sir James Munby concesse il *parental order* alla coppia, enfatizzando l'importanza della *ratio* sottesa alla disciplina e allo spirito che caratterizza la stessa; l'intenzione perseguita dal legislatore nell'imporre un controllo dell'autorità giudiziale non risiede infatti nel rispetto di un termine, ma quanto più nel conferimento alle corti del potere di garanzia e di protezione del figlio.

Per quanto riguarda inoltre il requisito della convivenza richiesta ai sensi della s. 54(4)(a), la Corte ha definito un “*not absolute requirement*”, in considerazione inoltre del fatto che nel caso di specie il figlio divideva equamente il tempo tra entrambi i genitori, in conformità con quanto è richiesto per la tutela dei diritti del figlio e del suo benessere.

3.4. In caso di inottemperanza delle obbligazioni insorgenti dal *surrogacy agreement*: le controversie insorgenti tra gestante e genitori committenti.

Come già ricordato, la donna gestante è la madre agli occhi della legge fino a quando la coppia committente, ricorrendo i requisiti di legge, richiama l'emissione all'autorità giudiziaria di un *parental order*, con il quale si determini l'insorgere della genitorialità dei committenti, con il consenso della madre surrogata⁴²⁹ e dell'eventuale di lei marito.

Qualora al contrario la donna gestante desideri tenere il figlio nato presso di sé, il figlio sarà considerato figlio suo e del padre genetico. In forza della legge infatti lo *status filiationis* finché non viene rimosso è conforme al legame gestazionale.

Gli aspiranti genitori possono agire esclusivamente richiedendo un *residence order* oppure accedendo alla pratica dell'adozione, sebbene anche questo procedimento richieda il consenso della madre gestante⁴³⁰. Come criticato da parte della dottrina, la soluzione pare inefficiente: e nelle more del giudizio, infatti,

⁴²⁹ Sebbene si possano menzionare dei casi in cui sebbene la madre surrogata per vari motivi non sia stata reperibile, il *parental order* sia stato concesso: D and L [2012] EWCH 2631 (Fam); AB v CD [2015] EWFC 12.

⁴³⁰ Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 367.

potrebbe avvenire che nei primi mesi di vita il figlio abbia ovviamente creato un legame affettivo significativo con la madre gestante ed appare in questo caso incontestabile la decisione di lasciare il figlio con la madre che l'ha partorito, sebbene possa mancare un rapporto genetico con la stessa. Tale condizione affettiva in combinato disposto con la sussistenza di un legame “naturale”⁴³¹ con la donna che l'ha partorito. Ciò porterà le corti a preferire la gestante alla coppia committente, salvo che la prima sia considerata manifestamente inidonea⁴³².

È stato notato come la normativa dedicata ai contratti di surrogazione appaiono quanto mai ambigua nella misura in cui da un lato permetta la pratica della gestazione per altri, ma dall'altro non ne garantisca la coercibilità. La scelta normativa sembra però perseguire l'intento di trovare un equilibrio tra le esigenze di garanzia della donna e del nascituro, posizioni che la pratica espone maggiormente al pericolo di sfruttamento, e l'esigenza delle coppie infertili di poter avere una famiglia comprensiva di figli, almeno in parte, geneticamente connessi a loro. L'accettazione della pratica sembra infatti condivisa, sebbene permangano profondi dubbi circa l'eticità, motivo su cui si fonda la pluralità e la difformità normativa nei vari ordinamenti internazionali⁴³³.

4. La trascrizione degli atti di nascita e l'attribuzione della genitorialità al vaglio della giurisprudenza italiana.

4.1. L'ordine pubblico internazionale e il limite all'accesso alla omogenitorialità.

⁴³¹ In lettura si farà riferimento al “*natural parent presumption*” ossia la tendenziale preferenza accordata al genitore biologico o genetico. Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 367.

⁴³² A v. C [1985] FLR 445.

⁴³³ Per una panoramica dello stato dell'arte della disciplina della surrogazione negli stati europei si v. Engel, *Cross-border surrogacy: time for a convention?*, in *Family law and culture in Europe. Developments, challenges and opportunities*, a cura di Boele-Woelki, Dethloff, Gephart, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, p. 204.

La Cassazione nel 2014⁴³⁴ è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla trascrizione degli atti di nascita e non ha accordato efficacia alla trascrizione del certificato di nascita formatosi in Ucraina su richiesta di una coppia di genitori italiani che si è sottoposta alla pratica, consentita in quello stato, con declaratoria di adottabilità del bambino nato.

Una coppia di italiani si era recata a Kiev, in Ucraina e aveva espletato le attività procedurali necessarie per la maternità surrogata. Va specificato che il nascituro – a dispetto di quanto richiede la legge ucraina, che prevede che la pratica di surrogazione sia lecita a condizione che gli ovociti non appartengano alla donna che esegue la gestazione, e che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla “coppia committente” – non possedeva alcun gene della coppia. Giunto in Italia con i “genitori surrogati”, il Tribunale per i Minorenni di Brescia dichiarava lo stato di adottabilità del minore e sospendeva i coniugi dall’esercizio della responsabilità genitoriale. Quanto al certificato di nascita, il Tribunale osservava che lo stesso non poteva essere riconosciuto in Italia ai sensi e per gli effetti dell’art. 65, l. 31 maggio 1995, n. 218 poiché contrario all’ordine pubblico, stante il divieto in Italia della maternità surrogata.

È contrario all'ordine pubblico e non è pertanto riconoscibile l'atto amministrativo straniero che dichiara il nato a seguito di un contratto di maternità surrogata, concluso per una finalità lucrativa e nella vigenza dell'art. 12, comma 6, l. 19 febbraio 2004 n. 40, figlio della madre e del padre committenti allorquando questi ultimi siano privi di qualsivoglia legame biologico con lo stesso.

Inoltre, la Corte ha affermato che non poteva essere concessa l'adozione del minore loro affidato dalla madre surrogata (che non aveva voluto essere indicata nel certificato di nascita, rifiutando la propria maternità) e privo, pertanto, d'ogni sostegno e d'ogni cura dei genitori o di altri suoi parenti, e, quindi, in stato di

⁴³⁴ Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Guida al dir.*, 2014, 48, p. 44 ss.; in *Fam. e dir.*, 2015, 3, p. 306 ss.; in *Foro it.*, 2014, 1, c. 3408; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, p. 235; in *Corr. giur.*, 2015, p. 471. Si v. anche Figone, *Utero in affitto, il no della Cassazione sulla maternità surrogata*, in www.quotidianogiuridico.it, 25 novembre 2014; Salone, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in dirittocivilecontemporaneo.com, 7 dicembre 2014; in *Dir. fam. pers.*, 2015, 3, p. 893.

abbandono; a dimostrare l'inaccogliabilità d'ogni richiesta adottiva dei ricorrenti concorre, altresì, la l. 31 maggio 1995 n. 218 (art. 16, 33, 65, 67, 68) ed il d.P.R. 3 novembre 2000 n. 396 (art. 18), nonché il principio fondamentale della incondizionata priorità assoluta dell'interesse minorile, principio di ordine pubblico prevalente su ogni altra considerazione.

La Corte afferma in motivazione che l'unico strumento attraverso cui sia possibile legittimare la genitorialità non suffragata da un rapporto biologico sia tramite adozione. Nel caso di specie i coniugi erano stati ritenuti inadatti all'adozione e dunque scartati per "grosse difficoltà nell'elaborazione di una genitorialità adottiva" (la donna aveva subito un intervento di isterectomia, mentre il marito era affetto da oligospermia).

La posizione assunta dalla Cassazione sembrava ciononostante bisognosa di un temperamento che tenesse in considerazione la complessità e la totalità non solo delle posizioni giuridiche coinvolti e l'intricato reticolo di relazione tra di esse, ma soprattutto che formulasse un miglior contemperamento tra interessi pubblici e statali, ossia il rispetto dell'ordinamento interno e del profilo interno, e interessi privati, tra cui l'interesse del minore ad una stabilità

4.2. La trascrizione dell'atto di nascita concesso dalla Corte d'appello di Trento: un tentativo di apertura respinto.

La Corte d'appello di Trento, con ordinanza del 23 febbraio 2017⁴³⁵, pronunciandosi in merito al riconoscimento nell'ordinamento italiano dell'efficacia del provvedimento della *Supreme Court* dell'Ontario, accoglie la domanda e ordina all'ufficiale di stato civile di emendare gli atti di nascita dei figli da maternità surrogata cosicché il richiedente, genitore non geneticamente connesso, "risulti come genitore e quale padre dei bambini".

L'ostacolo al riconoscimento dell'efficacia del provvedimento richiamato si concretizza nel sindacato di compatibilità all'ordine pubblico, ossia nella

⁴³⁵ App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 674 ss, con nota di Baruffi, *Co-genitorialità same sex e minori nati con maternità surrogata*.

valutazione se gli effetti prodotti dall'atto straniero, recante la genitorialità priva di legame biologico, possa provocare una violazione dell'ordine pubblico o possa, al contrario, essere considerato ad esso compatibile.

In questo scenario, il collegio trentino adotta la definizione promossa dalla Corte di Cassazione nella pronuncia n. 19599 del 2016⁴³⁶ che, chiamata a pronunciarsi circa la contrarietà o meno all'ordinamento interno di un atto di nascita recante la maternità di due donne, ne ha dichiarato la compatibilità⁴³⁷.

Due sono i presupposti da cui muove il ragionamento della Corte d'appello. *In primis* il valore che assume la contrarietà alla legge ordinaria in funzione del sindacato di compatibilità con l'ordine pubblico: l'opinione è che la produzione legislativa vigente sia espressione di una volontà politica temporanea e perciò stesso mutevole. L'opposizione o la difformità dunque tra la normativa interna e quella straniera non è di per sé sufficiente a giustificare una incompatibilità tra provvedimenti e principi fondamentali dell'ordinamento interno. È dunque consequenziale che il parametro da adottarsi debba essere la tutela dei diritti

⁴³⁶ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 362, con nota di Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in www.iurisprudenzia.it, 27 ottobre 2016, con nota di Cucinella, *Il riconoscimento dello status filiationis di un minore che risulta figlio di due donne*; in *Famiglia*, 11 ottobre 2016, con nota di Contu, *Non è contraria all'ordine pubblico il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita di un bambino con due mamme*. Si v. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181 ss; D'Amico, *Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei*, in *Genus*, 2015, 2, p. 151 ss. Il caso coinvolgeva la valutazione di compatibilità di un atto di nascita straniero, validamente formato, da cui risultava la nascita di un figlio da due madri, per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito. La corte ha affermato che tale atto "non contrasta, di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla l. n. 40 del 2004, rappresentando quest'ultima una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatore attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate" (massima non ufficiale). Si v. anche Albano, Cassano, Corder, Oberto, *Le tutele nella famiglia. Nuovi orientamenti legislativi e giurisprudenziali*, Milano, 2018, p. 74; Picaro, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1271. In merito all'ordinanza di remissione: Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1204.

⁴³⁷ Cfr. Si ricorda come la medesima definizione è stata adottata in altri casi tra i quali si ricorda la App. Milano, 28 ottobre 2016, in articolo29.it, ove la Corte d'appello ha affermato che gli atti di nascita dei due gemelli - nati da parto gemellare da madre surrogata, ma grazie al contributo genetico di entrambi i padri committenti, ergo non definibili in senso stretto "gemelli di sangue" - dovessero essere trascritti in quanto non contrari all'ordine pubblico.

fondamentali dell'uomo desumibili dalla Costituzione, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴³⁸.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte di appello di Trento ha affermato che il superiore interesse del minore a conservare il proprio *status filiationis* e a non subire alterazioni del proprio assetto familiare e affettivo⁴³⁹ dovesse essere suscettibile a principio fondamentale dell'ordinamento. Il mancato riconoscimento del rapporto genitoriale tra il padre e i figli provocherebbe un grave pregiudizio non solo al diritto all'identità e alla bigenitorialità degli stessi, ma altresì renderebbe vulnerabile la posizione giuridica del genitore intenzionale, a cui non venga riconosciuto lo *status* di cui è già legittimamente titolare in altro ordinamento⁴⁴⁰.

Le Sezioni Unite ribaltano la decisione della Corte d'appello: opponendosi ad una interpretazione conforme al diritto dell'unione dell'ordine pubblico, proclamano il primato della produzione legislativa nazionale, ritenendo che l'alterità rispetto alla normativa interna sia ostacolo all'accesso nell'ordinamento dei prodotti giuridici stranieri, ad essa antagonisti o semplicemente difformi. Il

⁴³⁸ L'assunto pare conformarsi alla definizione di ordine pubblico internazionale adottata dalla giurisprudenza di legittimità, ossia al "complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria"; cfr. *ex multis* Cass. 21 gennaio 2013, n. 1302, in *Dejure*; Cass., 22 agosto 2013, n. 19405 in *Dejure*.

⁴³⁹ Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 128-129, ove si afferma che la valutazione degli effetti recati da un provvedimento straniero debba essere ispirata non solo all'interesse pubblico, ma altresì al principio di ragionevolezza, ritenendoli prevalenti al rispetto della normativa interna da applicare

⁴⁴⁰ In materia di diritto alla bigenitorialità: Natale, *I diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 526; Brusciuglia, *Diritti dei minori e procreazione artificiale*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di Ferrando, Padova, 1989, p. 169 ss. *Contra* Busnelli, *Postilla*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 233; Dogliotti, *Inseminazione artificiale. Problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 1985, IV, p. 417 ss.; id., *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 55; Santosuosso, *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Guida al dir.*, 2004, 3, p. 33. In giurisprudenza, Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1654, con nota di Nivarra, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo nel metodo)*, che afferma che il diritto alla bigenitorialità è "fondato su rappresentazioni sociologiche ispirate ad un modello familiare che, sarebbe astrattamente preferibile e del tutto radicato nella più diffusa morale, non costituisce di certo l'unico presente alla società italiana"; Cass., 24 settembre 1996, n. 8413, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 78 ss.

Supremo consesso ha inoltre affermato che, a fronte del denegato riconoscimento del rapporto genitoriale insorgente da maternità surrogata, debba trovare applicazione il principio del *favor veritatis*: l'insorgenza dell'interesse pubblico alla coincidenza tra verità biologica e legale permette di accertare il rapporto intercorrente tra il padre committente donatore e i figli. Il rapporto di genitorialità con il secondo padre biologicamente estraneo potrà invece trovare legittimazione tramite la procedura adottiva prevista ai sensi dell'art. 44 lett. d) l. n. 184/1983.

4.3. L'ordinanza di remissione in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite: la definizione di ordine pubblico.

Ed è proprio la non unanime opinione circa la portata dell'ordine pubblico, che la Prima sezione della Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi in merito al ricorso promosso dal Procuratore della Repubblica presso la Corte di appello di Trento, ha investito le SU della decisione: la definizione infatti adottata dalla Prima Sezione diverge dall'ultimo approdo delle Sezioni Unite, resa a proposito della possibilità di dare ingresso in Italia a decisioni recanti i c.d. "danni punitivi"⁴⁴¹. Le Sezioni Unite hanno infatti affermato che "La sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina Europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale"⁴⁴².

La prima sezione della Corte di cassazione aveva diversamente escluso che la presenza di norme interne, per quanto attinenti alla materia familiare e dunque connotate di un carattere di inderogabilità, potesse essere di per sè sufficiente ad una valutazione di contrarietà all'ordine pubblico. Sottolineando oltretutto che la

⁴⁴¹ Cass., SU, 5 luglio 2017, n. 16601, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 1084 ss., con nota di Alpa, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*; ibidem, con nota di Ponzanelli, *Sezioni unite e danni punitivi*. Si v. anche Sesta, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 289 ss.

⁴⁴² Cass., SU, 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

normativa di riferimento (legge PMA) è fonte di rango primario, espressione della discrezionalità del potere legislativo e perciò passibile di modificazioni e alternazioni, non essendo espressione di valori e principi di rango costituzionale, e dunque di ordine pubblico. La normativa interna sia in ultima analisi passibile di modifica ad opera del legislatore nazionale e perciò inidonea ad essere sussunta a causa ostativa alla trascrizione dell'atto di nascita.

Per quanto attiene alla tematica del sindacato di conformità all'ordine pubblico, le Sezioni Unite hanno espresso la considerazione secondo cui tale vaglio, facendo però riferimento alla delibazione delle sentenze, ma potendosi in via di prima approssimazione rilevare quantomeno un indirizzo, debba essere paragonato ad un sindacato di legittimità circa gli effetti prodotti dal provvedimento o dall'atto: in tale prospettiva dunque l'esame di compatibilità dovrebbe tenere in considerazione la possibile contrarietà degli effetti ai principi di diritto e ai valori espressi dall'ordinamento, non risultando di per se ostativa l'assenza o la mancanza nell'ordinamento interno di una normativa in materia.

4.4. Le Sezioni Unite e la Cedu: la maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità.

La pronuncia delle Sezioni Unite⁴⁴³ sembra recuperare e riadattare l'insegnamento della tradizione giuridica che ha identificato nel legame di sangue il componente minimo e identificativo del rapporto di genitorialità: in particolare, la madre è identificata nella donna partoriente, prescindendo dalle circostanze del concepimento⁴⁴⁴, mentre il padre è colui che condivide con il figlio il medesimo corredo genetico.

⁴⁴³ Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 667, con nota di Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*; ivi, p. 677, con nota di Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Famiglia*, 2019, p. 369, con nota di M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*.

⁴⁴⁴ Sollevano in ogni caso dubbi circa la vis definitiva dell'articolo 269, comma 3, c.c.: Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto*

L'assunto pare non tenere in considerazione l'evoluzione delle tecniche riproduttive che, infiltrandosi nell'unitarietà del concepimento, hanno evidenziato l'incapacità del criterio di attribuzione dello *status* di filiazione ispirato al legame biologico e del conseguente interesse pubblico alla coincidenza tra la verità biologica e il vincolo a descrivere e ricomprendere tutte le variabili del rapporto di filiazione.

La paternità, prima, e la maternità, in seguito, hanno infatti subito un procedimento che molti hanno definito di "frammentazione", permettendo la partecipazione all'evento fecondativo ad una pluralità di soggetti, che, sebbene geneticamente connessi con il nascituro, assumono una posizione giuridicamente irrilevante, tutelati dall'anonimato e dall'irresponsabilità per il nascituro.

La diminuzione e, in alcuni casi tassativi, l'esclusione degli effetti giuridici discendenti dal vincolo genetico ha provocato la progressiva acquisizione di centralità dell'elemento volontaristico: il consenso, richiesto ai sensi dell'art. 6 ex l. n. 40/2004, esprime non solo la consapevolezza all'accesso alle pratiche, ma altresì la volontà di acquisire lo *status* genitoriale e assumere la responsabilità dei nascituri, c.d. *children of choice*⁴⁴⁵.

In favore della valorizzazione della fase prodromica alla realizzazione del progetto genitoriale e della estensione o anticipazione dell'ambito di applicazione degli effetti scaturenti dal consenso ex art. 6 l. n. 40/2004 si è recentemente espressa la Cassazione⁴⁴⁶, la quale ha affermato che l'art. 8 l. n. 40/2004 regola l'attribuzione dello *status filiationis* del figlio nato a seguito di procreazione *post mortem*, - vietata dall'art. 5 della medesima legge -, avvenuta con il specifico consenso espresso dal padre che ha autorizzato la moglie a concludere la procedura procreativa successivamente al suo decesso.

privato, 2015, 430- 431; id., *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, 32 ss.; Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte Costituzionale. Il caso dell'Ospedale Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 266. Parzialmente d'accordo, Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., 2019, p. 387, nella parte in cui l'A. classifica la norma quale "prova della maternità" e non già quale definizione del concetto di madre.

⁴⁴⁵ Robertson, *Children of Choice. Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton University Press, 1994.

⁴⁴⁶ Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Fam. e dir.*, 2020, p. 27.

Le Sezioni Unite, al contrario, escludono l'operatività dell'autoresponsabilità procreativa qualora si ricorra alla maternità surrogata, pratica che esprime il limite oltre il quale l'ordinamento nazionale ostacola la circolazione dei rapporti di filiazione. La pronuncia si contrappone dunque alle soluzioni promosse in ambito europeo, ove si suggerisce l'elaborazione e la promozione di progetti di armonizzazione delle discipline di diritto internazionale privato, perseguendo la realizzazione alla libera circolazione e all'automatico riconoscimento degli *status* familiari⁴⁴⁷.

Sembra, inoltre, opportuno ricordare una significativa coincidenza: nel 2014 la Cassazione fu chiamata per la prima volta a dirimere la questione sottesa al riconoscimento degli atti di nascita insorgenti da maternità surrogata e dichiarò l'inefficacia degli stessi in quanto contrari all'ordine pubblico⁴⁴⁸.

A pochi mesi di distanza, la Cedu pronunciò la nota sentenza *Paradiso Campanelli c. Italia*, ove non solo affermò la legittimità del ricorso alla gestazione per altri, ma anche che, nonostante l'assenza di vincolo biologico tra committenti e nato e la breve permanenza del figlio presso gli stessi, il rapporto genitoriale insorto era meritevole di tutela *ex art. 8 Cedu*.

Con le dovute precauzioni, è possibile segnalare quindi che lo scontro ideologico e giurisprudenziale, privo di dialogo⁴⁴⁹, si ripropone a distanza di un lustro: nell'aprile 2019, la *Grande Chambre*⁴⁵⁰ torna infatti sull'argomento, non solo sostenendo una limitazione al margine di apprezzamento attribuito agli Stati – giustificata alla luce della prevalente esigenza di tutela dell'identità personale del nato –, ma altresì suggerendo agli Stati il riconoscimento della genitorialità

⁴⁴⁷ Cfr. Proposta di risoluzione B8-0694/2016 del 15.4.2016, presentata a norma dell'articolo 133 del regolamento sulla maternità surrogata come rischio per i diritti di donne e bambini, consultabile in http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2016-0694_IT.html; *Grande Chambre*, Advisory opinion, P16-2018-001, 10th April 2019, in *Giur. it.*, 2019, p. 1016 e consultabile in [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["003-6380464-8364383"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

⁴⁴⁸ Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2015, p. 474 con nota di Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*.

⁴⁴⁹ Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 418.

⁴⁵⁰ *Grande Chambre*, *Advisory opinion* (Request no. P16-2018-001), Strasbourg 10th April 2019, cit.

intenzionale insorta da maternità surrogata, lasciando agli stessi la libertà di ricorrere agli strumenti giuridici ritenuti più opportuni. A meno di un mese le Sezioni Unite ribadiscono la posizione precedentemente assunta, ribadendo la sovranità normativa e la discrezionalità propria dell'ordinamento.

4.4.1. L'antefatto: i provvedimenti canadesi e il rifiuto dell'ufficiale di stato civile.

La pronuncia in commento conclude la vicenda giudiziaria che trae origine dal ricorso proposto da una coppia omosessuale al fine di ottenere il riconoscimento ai sensi dell'art. 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218⁴⁵¹ del provvedimento emesso il 12 gennaio 2011 dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario, in forza del quale era stato accertato il rapporto di genitorialità intercorrente tra il padre intenzionale e i minori, nati da maternità surrogata⁴⁵².

⁴⁵¹ Calvigioni, *Nascita all'estero da genitori dello stesso sesso: dalla giurisprudenza recente al ruolo dell'ufficiale di stato civile nella trascrizione dell'atto*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 1056, ove l'A. precisa che la vicenda riguarda un caso di riconoscimento del provvedimento ex art. 65-67 l. n. 218/1995 e che la trascrizione rappresenta solo una conseguenza del recepimento. In argomento, si v. Campiglio, *La filiazione e le nuove norme del diritto internazionale privato*, Lenti, *L'adozione*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 351 ss.; Vismara, *Efficacia di sentenze ed atti stranieri*, in *Manuale di diritto internazionale privato*, a cura di Conetti, Tonolo, Vismara, Torino, 2017, 87; Barel, Armellini, *Manuale breve diritto internazionale privato*, Milano, 2017, p. 67 ss.; Zanobetti, *L. 31 maggio 1995, n. 218, artt. 64-68*, in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di Sesta, Milano, 2017, 2157 ss.; Anceschi, *Il diritto comunitario ed internazionale della famiglia*, Milano, 2015, p. 178; Clerici, *Lo stato di filiazione e diritto internazionale privato*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, Milano, 2016, p. 3778 ss.

⁴⁵² Per approfondimenti sull'ordinamento canadese e sul turismo procreativo dalla prospettiva del paese ospitante si v. Deckha, *Situating Canada's Commercial Surrogacy Ban in a Transnational Context: A Postcolonial Feminist Call for Legalization and Public Funding*, in *McGill Law Journal*, 61, 31, 2015, p. 33 ss.; White, *Hidden from view: Canadian gestational surrogacy practices and outcomes*, in *Reproductive Health Matters*, 2016, 24, 205 ss.; Deonandan, *Recent trends in reproductive tourism and international surrogacy: ethical considerations and challenges for policy*, in *Risk Management and Healthcare Policy*, 2015, p. 111 ss.; Snow, *Reproductive Autonomy and the Evolving Family in the Supreme Court of Canada: Implications for Assisted Reproductive Technologies*, in *Journal of Canadian Studies/Revue d'études canadiennes*, 48, 1, 2014, 153 ss.; Fantus, Newman, *Motivations to pursue surrogacy for gay fathers in Canada: a qualitative investigation*, in *Journal of GLBT Family Studies*, 2019, p. 1 ss.; Lozanski, *Transnational surrogacy: Canada's contradictions*, in *Social Science & Medicine*, 124, 2015, p. 383 ss. Per un'analisi empirica si v. Carone, Baiocco,

La coppia, sposatasi in Canada due anni prima della nascita dei figli, aveva maturato il desiderio di formare una famiglia e aveva dunque concluso un accordo di maternità surrogata, in conformità con quanto prescritto dalla normativa canadese: con tale accordo la gestante, fecondata con l'embrione risultante dalla unione dell'ovulo di una donatrice e del contributo genetico di uno dei componenti della coppia, si impegnava a portare a termine la gravidanza, rinunciando anticipatamente alle pretese di essere riconosciuta come madre dei nascituri.

A seguito della nascita dei figli, la coppia, trasferitasi in Italia, aveva richiesto ed ottenuto dall'ufficiale di stato civile del Comune di Trento la trascrizione di un primo provvedimento del giudice canadese, in forza del quale si accertava che "la gestante non era genitrice dei minori" e che lo *status* genitoriale era attribuito al padre genetico, ossia al componente della coppia che aveva contribuito al procedimento procreativo tramite la donazione del proprio seme.

L'ufficiale di stato civile del Comune di Trento, appellandosi all'art. 18 del d.P.R. n. 396/2000⁴⁵³, si era però rifiutato di trascrivere un secondo provvedimento, recante la genitorialità del secondo padre, che, pur non avendo partecipato alla procedura procreativa, aveva preso parte all'accordo di surrogazione e aveva assunto, altresì, il ruolo di genitore nella quotidiana cura dei figli.

L'ufficiale di stato civile ha sostenuto la contrarietà all'ordine pubblico dell'atto di nascita alla luce di un duplice ordine di considerazioni: da un lato, l'assenza di legame biologico - o meglio genetico - tra i figli e il genitore intenzionale; dall'altro, la necessaria differenza di sesso tra i genitori.

Occorre anticipare che entrambe le motivazioni sostenute hanno trovato soluzione in seno alla giurisprudenza di legittimità e di merito, che ha sostenuto, da un lato, che il criterio di attribuzione della genitorialità fondato sul legame biologico non gode della tutela costituzionale e non è altresì connotato da caratteri di

Lingiardi, *Italian gay fathers' experiences of transnational surrogacy and their relationship with the surrogate pre- and post-birth*, in *Reproductive biomedicine online*, 2017, 34, p. 181.

⁴⁵³ La norma prescrive, infatti, che l'ufficiale di stato civile abbia il dovere di non trascrivere nei registri di stato civile gli atti che contrari all'ordine pubblico. In argomento si v. Calvigioni, *Nascita all'estero da genitori dello stesso sesso: dalla giurisprudenza recente al ruolo dell'ufficiale di stato civile nella trascrizione dell'atto*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 1055 ss.

esclusività o di prevalenza; dall'altro, che, ancor prima dell'introduzione della disciplina dell'unione civile, l'orientamento sessuale dei genitori non era di per sé motivo sufficiente per ritenere che vi sia un trattamento pregiudizievole per i figli.

4.4.2. L'ordine pubblico internazionale e la natura imperativa del divieto di maternità surrogata.

La vicenda richiamata presuppone dunque l'analisi del valore da attribuirsi alla normativa interna in relazione alla definizione e alla funzione dell'ordine pubblico.

Occorre quindi segnalare che le Sezioni Unite sono intervenute a dirimere il contrasto insorto tra la definizione di ordine pubblico elaborata dal medesimo collegio in materia di danni punitivi e quella diversamente adottata dalla Sezione semplice della Cassazione in sede di valutazione dell'atto di nascita recante la doppia maternità.

Nella pronuncia in commento, le Sezioni Unite hanno accolto e adottato la tesi delle prime, perseguendo l'intento di tutelare l'identità legislativa e di ristabilire e privilegiare l'interesse statale a ripristinare la legalità violata⁴⁵⁴. Sanciscono inoltre l'intrascrivibilità dell'atto di nascita straniero in contrasto con il divieto di maternità surrogata, espressione dei principi supremi dell'ordinamento interno e, dunque, appartenente all'ordine pubblico internazionale.

L'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, sancisce l'espresso divieto della surrogazione di maternità, la cui violazione è punita con la sanzione penale che accredita l'elevato rango del bene giuridico tutelato, la dignità umana della gestante⁴⁵⁵ e del figlio. Si osserva che l'ordinamento giuridico affida la

⁴⁵⁴ Luccioli, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici*, in *Consulta Online*, 2017, 11, p. 325 ss.

⁴⁵⁵ Le SU sembrano consapevoli che la norma sia posta non solo a tutela del rapporto privilegiato che si instaura tra gestante e feto, ma altresì a protezione contro la strumentalizzazione del corpo della donna. Profilo contestato alla Cassazione (sent. n. 24001/2014) da Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 474 ss, in part. 480. Si v. anche Picaro, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*,

realizzazione di un progetto di genitorialità privo di legame biologico con il nato non al mero accordo fra le parti, ma all'istituto dell'adozione che offre le garanzie del procedimento giurisdizionale.

Le Sezioni Unite sembrano inoltre perfezionare l'insegnamento della Corte di cassazione nella medesima composizione che, in sede di deliberazione della sentenza recante il risarcimento dei danni punitivi⁴⁵⁶, ha affermato che “la sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea⁴⁵⁷, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale”⁴⁵⁸.

La nozione di ispirazione statualista⁴⁵⁹ trova conferma nella tesi secondo cui l'ordine pubblico internazionale si qualifica quale sottoinsieme dell'ordine pubblico interno⁴⁶⁰, che rende inaccessibile l'ordinamento ai prodotti giuridici scaturenti dalle discipline straniere considerate contrastanti all'assetto etico del sistema nazionale. L'intento è dunque quello di evitare una promiscua circolazione di prodotti giuridici provenienti da ordinamenti difformi, che rischierebbe altresì di minare il potere del procedimento legislativo democratico oltretutto la sovranità

2017, p. 1264 - 1265, ove al contrario l'A. pone in dubbio i margini applicativi della sanzione penale e della effettiva portata del divieto.

⁴⁵⁶ Cass., SU, 5 luglio 2017, n. 16601, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 1084 ss., con nota di Alpa, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni “punitivi”: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*; ibidem, con nota di Ponzanelli, *Sezioni unite e danni punitivi*. Si v. anche Sesta, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 289 ss.

⁴⁵⁷ La pronuncia aveva ad oggetto una sentenza americana, a ciò si deve il riferimento alla normativa europea, ma il medesimo argomento può declinarsi avendo a contesto il diritto interno.

⁴⁵⁸ Cass., SU, 5 luglio 2017, n. 16601, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 1084, con nota di Alpa, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni “punitivi”: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*; ibidem, con nota di Ponzanelli, *Sezioni unite e danni punitivi*. Si v. anche Sesta, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 289 ss.

⁴⁵⁹ Termine utilizzato in Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., § 7.

⁴⁶⁰ Barel, Armellini, *Manuale breve diritto internazionale privato*, Milano, 2017, p. 85, ove si specifica inoltre che “l'ordine pubblico può essere considerato come la frontiera che seleziona la penetrazione dei valori giuridici stranieri nel nostro ordinamento”.

nazionale in tematiche sensibili e ad alto tasso di discrezionalità, maggiormente destinate a connotare la natura e la struttura di un ordinamento.

La legge ordinaria assume, in questa prospettiva, un crescente valore in quanto espressione dei principi consacrati dalla Costituzione e degli istituti che di tali valori sono realizzazione. La natura variabile e il carattere “temporaneo” della normativa vigente non possono ridurla a “normativa di dettaglio”⁴⁶¹, nonostante la tendenza all’armonizzazione, promossa dalla giurisprudenza sovranazionale e interna.

Il principio di diritto espresso afferma, dunque, che la compatibilità con l’ordine pubblico dev’essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti nazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell’interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell’ordinamento in un determinato momento storico.

4.4.3. La circolazione dello *status filiationis* e l’ordine pubblico attenuato.

Prendendo spunto dalla pronuncia della Corte di appello di Trento, appare opportuno tratteggiare brevemente una possibile ricostruzione alternativa a quella sino ad ora illustrata, che si ritiene possa realizzare più compiutamente l’esigenza di armonizzazione, libera circolazione e rispetto della vita privata *ex art. 8 Cedu*.

Nel procedimento normativo che ha trasformato la procedura di delibazione in automatico riconoscimento dei provvedimenti stranieri, l’istituto dell’ordine pubblico ha svolto prima la funzione di strumento di tutela dei valori dell’ordinamento nazionale, per poi diventare veicolo di promozione dei principi

⁴⁶¹ Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193, §12.2, cit.

convenzionali e comuni agli altri Stati membri⁴⁶², diretta conseguenza del procedimento di “europeizzazione” del diritto internazionale privato⁴⁶³.

La giurisprudenza recente promuove una concezione di ordine pubblico *internazionale*⁴⁶⁴, propensa a ridimensionare i principi nazionali in favore della promozione di una condivisa tradizione giuridica. I principi di ordine pubblico internazionale⁴⁶⁵ vanno dunque ricavati dall’interprete “nella prospettiva di quella civiltà giuridica più vasta cui partecipa normalmente una data comunità statale”⁴⁶⁶. Tale concezione sembra poi maggiormente aderente agli obblighi discendenti dagli artt. 10 e 11 e 117, comma 1, Cost. nonché alla posizione politica dello Stato italiano nello scenario internazionale e alla conseguente assunzione della responsabilità di semplificare e favorire la circolazione di norme, istituti giuridici e valori estranei all’interno di un dato contesto internazionale, ispirato al coordinamento e all’armonizzazione⁴⁶⁷.

⁴⁶² Cass., SU, 5 luglio 2017, n. 16601, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 1084, con nota di Alpa, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni “punitivi”: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*; ibidem, con nota di Ponzanelli, *Sezioni unite e danni punitivi*. Si v. anche Sesta, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 289 ss.

⁴⁶³ A partire dalla sentenza Krombach, Corte di Giustizia CE 28 marzo 2000. In argomento si v. Maresca, *Il controllo della sentenza straniera. Lo spazio giudiziario europeo fra esigenze di collaborazione internazionale e tutela dei valori fondamentali del foro*, Torino, 2004, p. 98.

⁴⁶⁴ Tripodina, *C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto “di diventare genitori (ovvero di microscopi e telescopi)”*, in *Maternità, Filiazione, Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di Niccolai, Olivito, Napoli, 2017, p. 119 ss.

⁴⁶⁵ Così Barile, *Ordine pubblico* (dir. internaz. priv.), in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 1100, in part. nt. n. 9. L’espressione «internazionale» adottata solo alla fine del 1800, altrimenti impropria se fosse riferita al diritto internazionale, acquista così un suo significato, attribuita per la prima volta a Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, Genève-Bâle-Lyon-Paris, 1876, p. 367 ss.

⁴⁶⁶ Barile, *Ordine pubblico* (dir. internaz. priv.), in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 1109.

⁴⁶⁷ È escluso il riconoscimento automatico delle decisioni emesse in uno Stato membro nei soli casi di manifesta contrarietà all’ordine pubblico (art. 34 Reg. CE 22 dicembre 2001 n. 44, recante competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; l’art. 26 del Reg. CE 11 luglio 2007 n. 864, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali; l’art. 22 e 23 del Reg. CE 27 novembre 2003, n. 2201, in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e della responsabilità genitoriale; l’art. 24 del Reg. CE 18 dicembre 2008, n. 4/2009, in materia di obbligazioni alimentari).

I principi fondamentali che possono impedire l'accesso all'ordinamento dovrebbero essere limitati a quelli insuscettibili di modifica ad opera del legislatore ordinario⁴⁶⁸. A ciò necessariamente consegue che il giudice dovrà escludere il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di “una mera incompatibilità della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico”⁴⁶⁹. Il sindacato di compatibilità presenta profili di similarità con il giudizio di costituzionalità, sebbene “preventivo e virtuale”, dovendo il giudice verificare se il legislatore potrebbe essere ipoteticamente inibito dall'introdurre nell'ordinamento interno una normativa analoga, in quanto contraria ai principi costituzionali supremi⁴⁷⁰.

La Corte di Cassazione⁴⁷¹ afferma, infatti, il principio di diritto secondo cui il giudice in sede di verifica di compatibilità all'ordine pubblico deve verificare

⁴⁶⁸ *Contra* Cass., 24 ottobre 1968, n. 3444, in *Mass. Foro it.*, 1968, c. 912, che, in passato, negava ingresso alle sentenze straniere di divorzio, solo perché la legislazione ordinaria dell'epoca stabiliva l'indissolubilità del matrimonio, sebbene detta indissolubilità non esprimesse alcun principio o valore costituzionale essenziale; v. Corte cost., 8 luglio 1971, n. 169, in *Consulta online*, sulla dissolubilità degli effetti civili del matrimonio concordatario

⁴⁶⁹ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

⁴⁷⁰ In materia di circolazione di *status* matrimoniali omosessuali prima dell'intervento della legge n. 76/2016, Busnelli, M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 787, ove si afferma che “il ricorso all'ordine pubblico deve essere limitato solo al verificarsi di motivi imperiosi, non potendo dipendere dalla mera circostanza che un ordinamento, quale quello italiano, non abbia ancora previsto un regolamento in materia”. In argomento si v. anche Ferrando, *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 2344; Bilotta, *Matrimonio(gay) all'italiana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 91 ss.

⁴⁷¹ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.; conforme Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1708, con nota di Palmeri, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, ove si afferma che l'atto di nascita recante la co-maternità accertata dal giudice inglese non sia contrario all'ordine pubblico, sebbene il rapporto genitoriale con la seconda madre (denominato *second parent* nella normativa inglese), e dunque debba essere trascritto, in conformità con il principio di conservazione degli stati familiari formati all'estero. In argomento, si v. Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 128.

Il Tribunale di Torino aveva emesso un decreto con il quale riteneva conforme all'ordinamento il rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile la trascrizione dell'atto di nascita del figlio di due madri, sposate e poi divorziate in Spagna; entrambe potevano essere considerate madre nella misura in cui l'una aveva donato l'ovulo che, una volta fecondato, era stato impiantato nell'utero dell'altra. Il Tribunale di merito aveva però ritenuto che la

“non già se l’atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo”.

La tesi sostenuta dalla Corte di appello pare preferibile: essa infatti da un lato valorizza l’interesse del minore, quale principio supremo e costituzionalmente e convenzionalmente tutelato, e dall’altro promuove l’idea secondo cui la disciplina interna - nel caso specifico la l. n. 40/2004 - “rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatore attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate”.

Inoltre, il parametro di conformità applicabile a tale principio non è costituito dai soli principi della nostra carta costituzionale, ma bensì quelli consacrati dalle convenzioni internazionali e i trattati fondativi dell’unione europea⁴⁷², che promuovono una concezione e un utilizzo dell’ordine pubblico *attenuato*⁴⁷³. Più precisamente, il limite dell’ordine pubblico dovrebbe essere opposto solo nei casi di manifesta incompatibilità tra normativa straniera e quella interna e altresì il

trascrizione dell’atto recante due madri fosse contraria all’ordine pubblico, in quanto contrastante con il principio dell’ordinamento secondo cui la madre è solamente colei che ha partorito il bambino. La Corte di appello in riforma del giudizio di prima grado aveva ordinato all’ufficiale di stato civile di trascrivere l’atto di nascita, in applicazione dell’art. 33 della legge 218/1995, la quale rimette ogni determinazione alla legge nazionale del figlio; in applicazione del combinato disposto dell’art. 2 della l. 5 febbraio 1992, n. 91 art. 2 e dell’art. 17 del d.pr. 3 novembre 2000, n. 396, l’atto di nascita è trascrivibile nei registri dello stato civile, rimanendo precluso l’accertamento di validità da parte del giudice italiano.

⁴⁷² Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, cit.; ove si afferma che “Il giudice italiano deve dunque esaminare la contrarietà all’ordine pubblico internazionale dell’atto estero, con riferimento ai principi della nostra Costituzione, ma pure, tra l’altro, alla Dichiarazione ONU dei Diritti dell’Uomo, alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, ai Trattati Fondativi e alla Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea e, con particolare riferimento alla posizione del minore e al suo interesse, alla Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, alla Convenzione ONU dei Diritti del Fanciullo, alla Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore”.

⁴⁷³ Espressione mutuata da Barel, Armellini, *Manuale breve diritto internazionale privato*, Milano, 2017, p. 86.

medesimo principio essere letto alla luce dei principi condivisi dalla comunità internazionale⁴⁷⁴. In tale prospettiva appare interessante richiamare l'elaborazione della giurisprudenza e dottrina francese che ha condotto alla formulazione di un concetto di ordine pubblico "modulabile", in considerazione della maggiore o minore estraneità del fatto concreto alla normativa interna⁴⁷⁵, con particolare riferimento alla pratica di gestazione per altri: afferma che la giurisprudenza tende ad adottare un approccio "atténué" dell'ordine pubblico internazionale, che ha condotto ad una *dilution* dell'ordine pubblico in materia familiare.

4.4.4. La maternità surrogata tra *favor stabilitatis* e genitorialità intenzionale.

Sembra opportuno ricordare che l'ordinamento interno non ha sempre manifestato ostilità nei confronti degli accordi di surrogazione di maternità, i quali erano ritenuti leciti, se conclusi per spirito di solidarietà e dunque privi di contenuto patrimoniale. Si riteneva infatti che non si configurasse la lesione del diritto alla dignità o all'integrità fisica e morale della gestante, in considerazione del carattere temporaneo della prestazione richiesta e all'assenza di lesioni permanenti in capo alla stessa⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Cfr. Barel, Armellini, *Manuale breve diritto internazionale privato*, Milano, 2017, p. 86.

⁴⁷⁵ Si v. Masson, *L'ordre public familial en péril?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, 809 ss, in part. 811. A seguito delle pronunce Mennesson e Labassee, l'Assemblea Plenaria ha concesso la trascrizione dell'atto di nascita derivante da GPA: in conformità all'art. 47 *code civil* gli atti non erano affetti da irregolarità né riportavano dichiarazioni fallaci, in quanto corrispondenti alla realtà, intesa come *biologique*, limitatamente al padre committente donatore.

⁴⁷⁶ Appare opportuno ricordare che, in epoca antecedente all'entrata in vigore della legge n. 40/2004, la questione sottoposta all'attenzione dei giudici concerneva la liceità del contratto di surrogazione. Si v. Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 151 ss; Sesta, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 203 ss. In argomento, si v. anche Graziani, Corti (a cura di), *Verso nuove forme di maternità*, Milano, 2002; F.D. Busnelli, *Verso una madre intercambiabile?*, in *Bioetica*, 2000, p. 674; Corti, *La maternità per surrogazione*, Milano, 2000.

L'intervento legislativo del 2004 e l'introduzione del divieto di maternità surrogata⁴⁷⁷ ha trasformato la materia e ha provocato l'emersione del fenomeno del c.d. turismo procreativo⁴⁷⁸: il proibizionismo normativo spinge infatti le coppie che desiderino realizzare un progetto genitoriale a recarsi all'estero, ove regolamentazioni più permissive permettono loro di accedere alle pratiche fecondative precluse sul territorio italiano⁴⁷⁹.

A fronte della reticenza legislativa a provvedere ad una riforma sistematica della normativa vigente al fine di adattarla alle evoluzioni tecniche⁴⁸⁰, la giurisprudenza è chiamata a colmare i vuoti creati dai divieti e a proporre soluzioni di volta in volta adeguate alle circostanze che si presentano.

Lo scenario normativo fornisce una pluralità di impulsi interpretativi che appaiono discordanti e, nel complesso, fuorvianti. Si pensi agli interventi correttivi della Corte costituzionale che nell'ultimo lustro ha ampliato la categoria dei

⁴⁷⁷ Tra i primi commenti si ricorda: Sesta, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla fecondazione assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1405 ss.; Santosuosso, *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Guida al dir.*, 2004, 3, p. 33; Dogliotti, Figone, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004. Per un inquadramento della normativa prima della riforma si v. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 2004.

⁴⁷⁸ Interessante la ricostruzione alla critica definitiva condotta da Picaro, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1267, nt. n. 21. Il fenomeno di turismo riproduttivo pare avere subito una battuta d'arresto a seguito del divieto posto da alcuni paesi (es. India) che hanno vietato l'accesso alla surrogazione a soggetti stranieri, probabilmente in seguito alla vicenda conosciuta come *Baby Gummy*, in cui il nato è stato rifiutato dai committenti in quanto affetto da sindrome di Down.

⁴⁷⁹ Il fenomeno del c.d. turismo riproduttivo, oggetto di severe critiche, trova origine nelle regolamentazioni proibizioniste e cresce nell'ostruzionismo delle corti che ostacolano la circolazione degli *status* insorgenti. Si è dunque consolidato un sistema caotico e imprevedibile che spinge a domandarsi se la soluzione non sia da ricercare in un progetto di armonizzazione e coordinamento delle norme di diritto internazionale privato, ispirandosi alla tutela e alla libera circolazione dei prodotti giuridici di matrice familiare. Si v. progetto risoluzione Parlamento europeo.

⁴⁸⁰ Auspicano tale intervento Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, 2018, p. 207; Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 155, con particolare riferimento all'armonizzazione dei principi di diritto di famiglia europei.

soggetti cui è concesso l'accesso alle pratiche riproduttive⁴⁸¹ ed ha aumentato le tipologie di procreazioni lecite nell'ordinamento⁴⁸², logorando lo schema legislativo e tradendo la *ratio* originaria della normativa 40/2004, ideata in aderenza ad un astratto modello ispirato all'*imitatio naturae*.

Gli interventi caducatori sono stati dunque attuati senza apparentemente interrogarsi sulle conseguenze e sulle modifiche strutturali apportate: l'estensione del diritto di accesso alle pratiche di fecondazione assistita a più categorie di soggetti infatti spinge ad interrogarsi sulla natura del diritto alla genitorialità e del diritto alla procreazione; l'avvento della fecondazione eterologa agisce quale "acceleratore" della frammentazione della figura genitoriale e della diminuzione di centralità del legame di sangue⁴⁸³.

Alla luce di tali considerazioni, l'analisi della casistica giurisprudenziale mostra un duplice ordine di argomentazioni adottate dalle autorità giudicanti al fine di giustificare la conformità dei rapporti omogenitoriali e eterogenitoriali insorgenti da pratica vietata: da un lato, la prevalenza dell'interesse del minore alla conservazione dello *status* acquisito all'estero sebbene contrastante con il principio di legalità, ma conforme al principio del *favor stabilitatis*⁴⁸⁴; dall'altro, invece, la tutela della genitorialità intenzionale, figura emergente e dibattuta che, trovando conferma nell'interpretazione estensiva del combinato disposto degli artt. 6, 8 e 9

⁴⁸¹ Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Corr. giur.*, 2016, p. 188, con nota Iannicelli, *Diagnosi genetica preimpianto: battute finali della "riscrittura costituzionale" della L. n. 40/2004*.

⁴⁸² Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Fam e dir.*, 2014, p. 753; in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 1105; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1068.

⁴⁸³ Si v. Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 419-420, ove l'A. evidenzia come la caducazione del divieto di fecondazione eterologa abbia fortemente inciso il rapporto tra diritto alla procreazione e rapporto biologico. Altresì si sofferma sulla definizione offerta dalla giurisprudenza costituzionale circa il diritto di procreare, affermando che il diritto a diventare genitore, tutelato quale diritto alla vita privata, non coincida con il diritto di "nuovo conio", ora in discussione per le coppie dello stesso sesso. Non condivide inoltre l'assunto secondo cui l'art. 30 Cost. possa assicurare la tutela dell'"autodeterminazione riproduttiva", ma, al contrario, sia espressione della responsabilità nei confronti del figlio, a seguito della relazione che insorge a seguito dell'evento procreativo.

⁴⁸⁴ App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 674; Cedu, 27 gennaio 2015, *Paradiso Campanelli v. Italia*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 411. Cfr. Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, 2018, p. 212.

della l. n. 40/2004 accolta da parte della giurisprudenza e della dottrina, permette di astrarre e valorizzare il consenso espresso all'accesso alle pratiche procreative⁴⁸⁵, attribuendogli funzione rilevante ai fini della attribuzione dello *status filiationis*⁴⁸⁶.

La prima soluzione è ispirata al perseguimento del superiore interesse del minore, che si assume realizzato dalla conservazione dello *status* legale acquisito nell'ordinamento straniero, il cui mancato riconoscimento non solo determinerebbe un grave pregiudizio per i minori, ma li priverebbe di un fondamentale elemento della loro identità personale oltre che dell'appartenenza piena al nucleo familiare⁴⁸⁷.

È opportuno precisare che l'utilizzo del principio del superiore interesse del minore solleva altresì alcune perplessità; *in primis*, la ricostruzione dell'interesse del minore ha trovato sostegno nella casistica giurisprudenziale dalla sussistenza del legame genetico e dunque giuridico, con almeno uno dei genitori; tale profilo ha convinto parte della dottrina a ribadire la centralità del dato biologico e delle

⁴⁸⁵ In questa prospettiva si v. Campiglio, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà, Zatti, *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti, II, Milano, 2011, p. 1517, in part. p. 1529, ove l'A. afferma che l'art. 8 l. n. 40/2004, che attribuisce ai figli nati da coppia convivente lo *status* di figlio riconosciuto, introduce altresì una deroga alla disciplina del riconoscimento prescritto dall'art. 250 c.c.. Alla luce di tali considerazioni non appare dunque illogico riconoscere che il legislatore abbia attribuito, *ex lege*, al consenso prestato alle pratiche riproduttive il riconoscimento del nato. Della stessa opinione, R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 102 – 104; id., *La procreazione assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, *Filiazione*, a cura di Collura, Lenti, Mantovani, II ed., Milano, 2012, p. 676, ove si sostiene che la normativa abbia introdotto una nuova categoria: “i figli naturali riconosciuti per legge” (secondo la nomenclatura in vigore al tempo); rileva l'emersione dell'elemento volontaristico anche Caggiano, *Veridicità della filiazione ed errore nella procreazione assistita. Un rapporto possibile tra interpretazione della legge e studi empirici*, Pisa, 2018, p. 95. Medesima opinione era stata sostenuta altresì, prima della riforma, da Auletta, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 67 e da Moretti, *La procreazione artificiale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di Bonilini, Cattaneo, III, Torino, 1997, p. 259. In materia di consenso si v. Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3717 ed anche p. 3729 ss.

⁴⁸⁶ Da ultimo in giurisprudenza Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Fam. e dir.*, 2020, p. 27. In dottrina si v. Picaro, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1279.

⁴⁸⁷ Cedu, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*; Cedu, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2016, p. 465 ss.; App. Venezia, 16 luglio 2018, in *articolo29.it*; App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 674; App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Famiglia e minori*, 2009, 5, p. 50.

circostanze del concepimento⁴⁸⁸, nell'intento di rievocare e promuovere una struttura di filiazione e di genitorialità basata – ancora – sul vincolo di sangue, trascurando così l'innegabile peculiarità di una nascita avvenuta da madre surrogata.

La peculiare morfologia del principio del superiore interesse del minore lo rende efficace e adattabile ai casi di specie, ma, al tempo stesso, impone all'interprete di effettuare valutazioni *ex post* di una formazione sociale e giuridica già formata e legittimata in altro contesto normativo⁴⁸⁹, che provoca altresì una profonda fragilità del sistema e imprevedibilità delle decisioni.

Si pensi ad esempio alla nota vicenda Paradiso Campanelli contro Italia, limitatamente alla prima pronuncia prima che venisse ribaltata dalla *Grande Chambre*⁴⁹⁰. In quell'occasione la Corte Edu⁴⁹¹ aveva riconosciuto l'esistenza tra la

⁴⁸⁸ Serravalle, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, p. 77-78; Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 415 ss.

⁴⁸⁹ Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di Niccolai, Olivito, Napoli, 2017, p. 115.

⁴⁹⁰ *Grande Chambre*, 24 gennaio 2017, ric. 25358/12, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 495; in *Fam. e dir.*, 2017, 729 ss. Come noto, la pronuncia ha ribaltato l'esito della decisione della seconda sezione, ritenendo al contrario che le autorità giudiziaria italiana avessero correttamente bilanciato gli interessi e i principi coinvolti, valutando che il minore non potesse aver subito alcuna violazione della propria vita privata e identità in considerazione del breve periodo di permanenza presso la coppia committente. Sul tema del trascorrere del tempo si v. Lenti, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 495; Renda, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 435. Si v. anche Lenti, *L'adozione e la Corte europea dei diritti dell'uomo. A proposito di Cass. 20954/2018*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 61 ss.;

⁴⁹¹ Cedu, 27 gennaio 2015, *Paradiso Campanelli v. Italia*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 411 ss. In argomento, si v. Serravalle, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018; Schuster, *Gestazione per altri e Conv. Eur. Dir. Uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 10828; Casaburi, *La Corte europea dei diritti dell'Uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata*, in *Foro it.*, 2015, III, 4, p. 123-126; Lenti, *"Paradiso e Campanelli c. Italia": interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 2, p. 472 ss.; Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 415 ss.; Salanitro, *Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 853-874; Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202- 209.

coppia committente e il figlio nato da madre surrogata di un rapporto genitoriale meritevole di tutela ai sensi dell'art. 8 Cedu, nonostante l'assenza del vincolo biologico; essa aveva affermato, inoltre, che il nucleo familiare *de facto* era stato pregiudicato dai provvedimenti delle autorità italiane, che avevano predisposto l'allontanamento del figlio dalla casa familiare⁴⁹².

La posizione assunta da questa giurisprudenza si pone in linea di continuità con la progressiva perdita di centralità della genitorialità genetica/biologica, spostando l'attenzione in favore della "genitorialità sociale"⁴⁹³, fondata sulla continuità del rapporto di filiazione e sul legame che si crea tra il figlio e l'adulto che se ne prende cura⁴⁹⁴.

Occorre però evidenziare come tale ricostruzione si presti ad alcune obiezioni circa l'effettiva tutela prestata allo *status* del figlio, la cui situazione dipende, in ultima analisi, da una verifica empirica del rapporto fattuale, che a seconda delle circostanze – coinvolgenti spesso infanti o minori in giovanissima età – può ridursi ad una mera valutazione del dato temporale⁴⁹⁵ e dunque dell'effettiva permanenza

⁴⁹² Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 419. Così come ha precisato l'autore, appare opportuno sottolineare che il *thema decidendum* della vicenda giudiziaria Paradiso Campanelli v. Italia non verte sull'analisi dell'istituto della maternità surrogata, ma bensì si focalizzi maggiormente sulla liceità e idoneità dei provvedimenti di allontanamento emessi dalle autorità italiane, le quali, non riconoscendo alcun vincolo né biologico né sociale intercorrente tra il figlio e i committenti, ne aveva dichiarato lo stato di abbandono ed avevano dunque predisposto il suo trasferimento presso i servizi sociali. La constatazione serve all'A. per mitigare la presunta conflittualità tra Cedu e Cassazione, che in ultima analisi non hanno condiviso il medesimo ambito o argomento.

⁴⁹³ La genitorialità sociale, coniata inizialmente per fornire tutela ai rapporti "paragenitoriali" instauratisi tra il partner del genitore biologico in contesti familiari ricostruiti, trova conferma dalla giurisprudenza interna e internazionale (CEDU, 19 febbraio 2013, X and Others c. Austria, ric. 19010/07, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 519), trovando poi in seguito fruibilità anche in vicende giurisprudenziali riguardanti il riconoscimento dello *status* genitorialità dell'adulto, c.d. *biologic stranger*, coinvolto nel progetto genitoriale realizzato tramite maternità surrogata o fecondazione eterologa: si v. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Riv. dir. intern.*, 2018, p. 632; in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 15 ss; Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, cit.; Trib. Palermo 13 aprile 2015 e App. Palermo, 17 luglio 2015, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1549.

⁴⁹⁴ Romeo, *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Napoli, 2018, p. 43.

⁴⁹⁵ Quest'ultimo profilo era stato infatti preso in considerazione e contestato dalla Cedu la quale ha individuato il limite temporale minimo oltre il quale il rapporto affettivo assume rilevanza giuridica in un periodo superiore ai 19 mesi. La Cedu (paradiso camp I) aveva ritenuto sufficiente il periodo - poco più di 6 mesi – trascorso dal minore con i committenti a qualificare il rapporto insorto come meritevole di tutela. Al contrario la *Grande Chambre* (paradiso camp)

del figlio presso la coppia committente⁴⁹⁶. Si espone inoltre al rischio sempre latente che dietro al dichiarato perseguimento della ricerca del superiore interesse del minore si celi in realtà il soddisfacimento dell'interesse dell'adulto⁴⁹⁷.

In tale contesto, si colloca la critica mossa da Leonardo Lenti, il quale ha delineato i profili di criticità insorgenti dalla costruzione dell'interesse superiore del minore fondata non su un modello astratto ed oggettivo di benessere del minore, ma plasmato su fattori psicologici e soggettivi desumibili dal singolo caso⁴⁹⁸, con questo confermando una piena fiducia sulla scientificità dell'analisi psicologica.

Evita tali obiezioni il secondo e più recente indirizzo, che propone invece una rilettura della disciplina della formazione e dell'accertamento dei rapporti di filiazione ispirato alla valorizzazione dell'elemento volontaristico e la promozione della figura del genitore intenzionale⁴⁹⁹, il quale, pur non avendo preso parte alla procedura riproduttiva e, dunque, non condividendo con il nato il patrimonio

aveva ritenuto tale lasso temporale inidoneo a formare un legame significativo, non potendo perciò essere considerati dannosi i provvedimenti di allontanamento. Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 484 ritiene tale tipo di valutazione eccessivamente arbitraria. In argomento si v. Cedu, *D. et autres c. Belgique*, 8 luglio 2014; Cedu, 28 giugno, 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ric. 76240/01, in *Dir. umani e dir. int.*, 2009, p. 151, ove si afferma che 6 mesi sono insufficienti, mentre a partire dall'anno e mezzo il rapporto diviene significativo. In tema di durata del rapporto genitoriale, appare interessante richiamare il diverso utilizzo del parametro del tempo della gestazione quale sufficiente a legare indissolubilmente la madre al figlio, argomento utilizzato dal Trib. Roma, al fine di confermare l'attribuzione dello *status* genitoriale alla "coppia gestante", invece che privilegiare la verità genetica della coppia donante. In argomenti si v. Caggiano, *Veridicità della filiazione ed errore nella procreazione assistita. Un rapporto possibile tra interpretazione della legge e studi empirici*, Pisa, 2018.

⁴⁹⁶ Critico sull'argomento, Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 485, ove ritiene tendenzialmente insufficiente la valutazione di una situazione di fatto al fine di garantire il riconoscimento del rapporto genitoriale.

⁴⁹⁷ Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 95.

⁴⁹⁸ Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 109. L'A. traccia una distinzione tra *best interest of the child* e *best interest of the children*, attribuendo alla prima il significato di interesse concretizzato e adattato al caso concreto, mentre al secondo il modello astratto di realizzazione del benessere dei minori, svincolati dal dato fattuale. In tema si v. anche Ruo, *La tutela del minore*, in *I diritti personali della famiglia in crisi. Matrimonio, unione civile, convivenza*, a cura di Oberto, Cassano, Milano, 2017, p. 327 ss., in part. p. 330.

⁴⁹⁹ Pare plausibile dunque individuare profili di similarità con l'elemento psicologico dell'adottante da un lato e con il *partner* non donatore della PMA dell'altro. In giurisprudenza la figura del genitore intenzionale insorge *ex multis* in Trib. Pistoia, 5 luglio 2018, in articolo29.it.

genetico, ha partecipato alla realizzazione del progetto di genitorialità⁵⁰⁰ e ha espresso il proprio consenso alla pratica procreativa.

La valorizzazione dell'elemento volontaristico, oggetto di numerose critiche in dottrina, trova conferma e giustificazione dalla combinata lettura dell'artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004⁵⁰¹, che attribuiscono lo *status filiationis* al figlio della coppia coniugata o convivente che abbia acconsentito alle pratiche. Alla luce del dato normativo, parte della dottrina sostiene che sussistano due tipologie di procreazione e quindi due diverse discipline di attribuzione dello *status*. La disciplina in materia di attribuzione dello stato giuridico del nato da fecondazione assistita sia autonoma ed indipendente⁵⁰² da quella codicistica, ideata al contrario in aderenza ad un procedimento procreativo "naturale" e ad un concepimento risultante dall'unione tra uomo e donna.

Queste ultime considerazioni non trovano conforto dalla sentenza in commento nella parte in cui si esclude che, a fronte della violazione del divieto di maternità surrogata, il principio consensualistico possa trovare applicazione; si ritiene, al contrario, che a fronte di un comportamento elusivo dell'espreso divieto debba trovare riviviscenza l'importanza del legame genetico e gestazionale con la madre o, come nel caso di specie, con il componente della coppia che abbia conferito il proprio patrimonio genetico alla fecondazione.

Circa tale considerazione non si può non constatare la sussistenza di un contrasto tra il diritto vivente delle corti nazionali e della Cedu: le prime infatti si sono in tempi recenti espresse circa la contrarietà dell'istituto della maternità

⁵⁰⁰ Romeo, *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Napoli, 2018, p. 46-47.

⁵⁰¹ In argomento si v. Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3717; Campiglio, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà, Zatti, *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti, II, Milano, 2011, p. 1517.

⁵⁰² Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3734, ove l'A., esprimendo opinione parzialmente conforme, ritiene più congrua la tesi che attribuisca alla disciplina una funzione integratrice di quella codicistica, al fine di anticipare e rafforzare la tutela del nato da procreazione assistita. Altresì, aggiunge (p. 3754) che alle vicende giudiziarie potrebbero essere fornite soluzioni più coerenti qualora si attribuisse maggiore rilevanza al "consenso alla procreazione".

surrogata al principio di dignità della donna e dell'istituto dell'adozione; la seconda invece si è recentemente espressa ritenendo che la genitorialità intenzionale debba essere riconosciuta dagli Stati quale genitorialità legale, riservando agli stessi la discrezionale scelta circa le modalità tramite cui il riconoscimento debba essere effettuato, ossia tramite recepimento dell'atto o tramite adozione.

4.4.5. L'affievolimento del *favor stabilitatis* e la prevalenza del *favor veritatis*.

Le Sezioni Unite hanno dichiarato che l'interesse del minore - alla conservazione dello *status filiationis* acquisito all'estero - è destinato ad affievolirsi qualora i genitori abbiano fatto ricorso alla maternità surrogata, pratica che rappresenta il "limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla *omissis* pratica e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica"⁵⁰³.

Sembra emergere dunque l'indicazione secondo cui la preminenza dell'interesse del minore non debba considerarsi assoluta, ma al contrario passibile di contemperamento, con degli ulteriori interessi essenziali e fondamentali coinvolti. Nel caso di specie, il bilanciamento operato dalle Sezioni Unite, ove sembra ricoprire un ruolo determinante anche l'interesse statale a punire un comportamento elusivo del divieto interno, può condurre a un sacrificio dell'interesse del minore e all'individuazione di una diversa modalità tramite cui raggiungere il soddisfacimento⁵⁰⁴.

L'analisi dell'argomentazione della pronuncia in esame suggerisce alcune riflessioni in merito al valore che nel contesto contemporaneo svolge il legame di sangue, sollevando altresì il dubbio se, al contrario, il vincolo biologico e la sua applicabilità debba limitarsi ed essere riservata ai casi di concepimento "naturale".

Le Sezioni Unite propongono un'inversione di prospettiva: ogni qual volta insorga un contrasto tra il legame biologico e lo *status* legale, il criterio del *favor*

⁵⁰³ Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193, §13.2, cit.

⁵⁰⁴ Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 103, ove l'A. si interroga sulla natura e sulla morfologia dell'interesse superiore.

veritatis è destinato a subire una compressione in funzione della prevalenza del *favor minoris*; qualora invece il rapporto di filiazione insorga da maternità surrogata allora il *favor veritatis* conosce una riespansione, inducendo così ad escludere la valutazione della situazione concreta e del soddisfacimento dell'interesse del minore.

Le Sezioni Unite sembrano promuovere la riemersione dell'interesse pubblico insito nella ricerca del *favor veritatis*. Perfezionano dunque l'insegnamento offerto dalla Corte Costituzionale, che, nel valutare la legittimità dell'art. 263 comma 3 c.c. sollevata in un caso di filiazione insorta da maternità surrogata, la quale "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane"⁵⁰⁵, ha affermato che in tali circostanze la violazione del dato normativo provoca la riemersione dell'interesse pubblico alla coincidenza del dato biologico al vincolo legale di filiazione. La Corte afferma altresì che il giudice deve considerare variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso: tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, 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. Si tratta, dunque, di una valutazione comparativa della quale, nel silenzio della legge, fa parte necessariamente la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità.

In alternativa, certa dottrina ha suggerito che, ritenendo la disciplina preclusiva *ex art. 9 l. n. 40/2004* applicabile al figlio nato da trattamento fecondativo, possa essere affidato al figlio stesso la possibilità di azionare gli strumenti giudiziari al fine di far emergere la verità biologica⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., § 4.2.

⁵⁰⁶ Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 113, secondo la quale lo *status* dei genitori intenzionali potrebbe essere rimosso solo dal figlio. *Contra* Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., Padova, 2019, p. 415, ove l'Autore ritiene preferibile che il divieto prescritto all'art. 9 l. n. 40/2004 debba essere esteso anche al figlio, in considerazione della volontà del legislatore di tutelare la stabilità dello *status filiationis* e di escludere l'insorgere di rapporti giuridici in capo al donatore.

Emerge chiaramente l'intento di tutela della dignità della maternità perseguito – non solo proclamando la contrarietà all'ordine pubblico, ma anche valorizzando il legame gestazionale –, ma non si possono non sollevare alcune perplessità sia in merito al vuoto di garanzia che tale struttura può provocare e alla coerenza del principio di diritto espresso. La tutela fornita alla dignità della donna partoriente potrebbe avere quale risultato, qualora la madre abbia rinunciato ai diritti sul nato (si pensi al *parental order*) e qualora nessuna delle parti committenti sia legata da vincolo biologico al nato, la totale mancanza di uno *status* giuridico in capo al figlio, che dovrebbe dunque essere considerato in stato di abbandono e dunque di adottabilità.

Si ritiene preferibile che l'esistenza di uno *status* conferito all'estero debba lasciare spazio ad una valutazione del caso concreto, invece che rievocare un'esigenza pubblicistica che porti alla coincidenza tra *status* legale e verità biologica in un contesto in cui la nozione stessa di verità deve essere posta in discussione. Nel caso di specie, ad esempio, esistono due figure materne: la gestante e la donatrice di ovociti. Nonostante la prima abbia rinunciato ai diritti sul nascituro e la seconda sia tutelata dall'irrelevanza giuridica e dall'anonimato, tale situazione pone in discussione il concetto di verità così come l'unitarietà della nozione stessa di madre.

Pare in conclusione doversi constatare che l'opposizione alla maternità surrogata provochi uno stato di fragilità e vulnerabilità del nucleo familiare che, in applicazione del principio suggerito dalle Sezioni Unite, si ritrova alterato nei suoi equilibri, ciò provocato dalla coesistenza da un lato di un genitore genetico e legale e dall'altro di un genitore adottivo *ex art. 44 lett. d) l. n. 184/83*, figura quest'ultima caratterizzata da parzialità ed eventuale temporaneità. Non provocando la rottura dei rapporti con la famiglia d'origine infatti si potrebbe lasciare aperta la possibilità per la madre surrogata di riconoscere tardivamente il figlio, conformemente alla regolamentazione dell'ordinamento interno. L'interesse del minore subisce una

severa costrizione e si risolve nell'attribuzione di uno *status* di filiazione "imperfetto"⁵⁰⁷.

4.4.6. Lo *status* giuridico del figlio tra genitorialità genetica e genitorialità intenzionale: il ricorso all'istituto dell'adozione.

Le Sezioni Unite si mostrano consapevoli della necessità di fornire una soluzione al vuoto creato dal rifiuto all'ingresso del provvedimento straniero, al fine di non esporre i minori ad eccessivi pregiudizi. Esse hanno tentato di ricomporre la struttura familiare e genitoriale: hanno dunque proposto un'articolata ricostruzione dei legami parentali ispirati da un lato alla valorizzazione del legame genetico con il padre donatore e, dall'altra, alla conservazione, sebbene parziale, del vincolo affettivo con il padre intenzionale, tramite il ricorso all'adozione *ex art.* 44 lett. d) l. n. 184/1983.

Al fine di limitare il pregiudizio che l'esclusione del rapporto genitoriale possa provocare all'identità e alla stabilità affettiva del minore, le Sezioni Unite escludono altresì che l'interesse del minore a mantenere lo *status* conforme e il diritto alla bigenitorialità debba subire una totale soppressione, suggeriscono dunque il ricorso ad altri strumenti giuridici atti a consentire la formazione di un legame genitoriale giuridicamente rilevante tra il figlio e il genitore intenzionale, ossia l'adozione in casi particolari, ipotesi promossa *mutatis mutandis* non solo dalla Corte di cassazione ma anche dalla Corte Edu⁵⁰⁸.

In tale prospettiva, la Corte Edu ha di recente affermato che il mancato riconoscimento della genitorialità d'intenzione configurerebbe una violazione del diritto alla vita privata del minore.

⁵⁰⁷ Trib. Varese, 8 ottobre 2014, in *personaedanno.it*.

⁵⁰⁸ È opportuno precisare altresì che la *Grande Chambre*, Advisory opinion, P16-2018-001, 10th April 2019, cit., riconfermando gli ampi spazi di discrezionalità agli Stati in materia, ha ritenuto idoneo il ricorso all'istituto dell'adozione al fine di fornire veste giuridica al vincolo genitoriale tra figlio e genitore intenzionale, fermo restando l'assenza di uno specifico riferimento alla tipologia di adozione da applicare e altresì la mancanza di individuazione di un contenuto giuridico minimo garantito.

Seppur ribadisca l'ampia discrezionalità attribuita agli Stati in materia di scelte da operare all'interno dell'ordinamento⁵⁰⁹, impone una riduzione di discrezionalità in materia di riconoscimento degli *status* familiari e suggerisce agli Stati di riconoscere i rapporti familiari o tramite riconoscimento o tramite adozione.

Nonostante l'intento condivisibile di conservare quanto meno parzialmente l'unitarietà del nucleo familiare e la giuridicità dei legami in esso costituitisi, il suggerito ricorso alla procedura adottiva prescritta all'art. 44 lett. d) l. n. 184/1983 mostra alcune contraddizioni di natura sistematica interna alla decisione e spinge ad alcune riflessioni più approfondite⁵¹⁰.

Per quanto concerne un inquadramento generale, è necessario ricordare che l'intenzione del legislatore nel processo di elaborazione della disciplina dell'adozione in casi particolari è stato quello di garantire una maggiore elasticità e rapidità del procedimento adottivo per i minori che, pur non trovandosi *de facto* in una condizione di abbondanza, si trovano per varie ragioni in uno stato di precarietà.

Gli effetti insorgenti dall'adozione si possono definire "parziali" o "incompleti", se paragonati a quelli insorgenti dall'adozione legittimante. In parole semplici, le fattispecie di adozione in casi particolari permettono di attribuire rilevanza legale al solo rapporto bilaterale tra l'adottante e l'adottato. La *ratio* sottesa a tale specifico istituto trova giustificazione nella volontà del legislatore, da un lato, di legittimare la genitorialità c.d. "sociale" – definizione usata per qualificare quei rapporti che, seppur privi di riconoscimento legale, si concretizzano nella *day-to-day life* nel mantenimento e nella educazione della prole in tutto compatibile con un legale rapporto di genitorialità – e, dall'altro, di promuovere l'inserimento in un nucleo familiare di minori privi dei requisiti necessari.

⁵⁰⁹ La giurisprudenza delle Corti europee così come i trattati prendono posizione circa le questioni di diritto di famiglia, ma, come facevano notare Marella e Marini, "guardando alla famiglia come a un campo di forte significato politico, necessariamente riservato all'esercizio della sovranità degli Stati Membri". Marella, Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014, p. 132.

⁵¹⁰ Gattuso, *Un bambino e le sue due mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in *questionegiustizia.it*, segnala l'insufficienza della soluzione non solo per le differenze sostanziali che distinguono l'adozione piena dall'adozione in casi particolari, ma altresì per l'eccessiva onerosità richiesta da un procedimento giurisdizionale, subordinato all'istanza di parte.

Il carattere ibrido e la vocazione dell'istituto a promuovere la coesistenza di una pluralità di rapporti genitoriali, piuttosto che la sostituzione, ne hanno giustificato l'ampio utilizzo ogni qual volta la giurisprudenza sia stata chiamata a riconoscere legami di filiazione non contemplati dall'ordinamento interno. La Corte europea dei diritti umani si è fatta portavoce di tale posizione; nella decisione *X e Altri c. Austria* del 19 febbraio 2013 ha infatti affermato che costituisce violazione dell'art. 8 e 14 Cedu la previsione in materia di adozione di minori che disciplini diversamente le condizioni di esercizio della responsabilità genitoriale per le coppie dello stesso sesso e per quelle di diverso sesso⁵¹¹.

In questo scenario appare dunque evidente che, nonostante il ricorso all'adozione sia promosso a livello nazionale e sovranazionale, esso contribuisca a promuovere la formazione di un nucleo familiare dall'assetto interno squilibrato e, altresì, suggerisce il perpetuarsi nell'ordinamento di un trattamento discriminatorio non solo tra famiglie eterosessuali e omosessuali, ma altresì tra nuclei omoaffettivi maschili e femminili.

Come ricordato in motivazione si afferma che all'adozione sia riservata la funzione di legittimare i rapporti genitoriali privi di legame biologico, suggerendo dunque che sia un problema classificatorio piuttosto che sostanziale. Sembra infatti che siano sovrapponibili nella forma e nella funzione il consenso espresso all'accesso ad una pratica fecondativa e ad un procedimento adottivo, risultandone al contrario profondamente difformi le conseguenze sul piano della natura del rapporto insorgente e sull'inquadramento del rapporto su di un piano sociale e politico.

4.5. Criticità e fragilità della soluzione delle Sezioni Unite.

Appare opportuno infine segnalare che la pronuncia in commento - come la precedente giurisprudenza di legittimità - ha tentato di fornire una soluzione che per quanto ispirata al soddisfacimento delle esigenze concrete e fattuali, tuttavia appare

⁵¹¹ Cedu, 19 febbraio 2013, *X and Others c. Austria*, ric. 19010/07, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 519.

contraddittoria su di un piano generale e sistematico. Sarebbe auspicabile infatti un intervento che fornisca una regolamentazione organica degli *status* giuridici formati all'estero a seguito del ricorso delle pratiche vietate, oppure una disciplina armonizzata alla circolazione dei provvedimenti stranieri recanti rapporti familiari.

Le Corti superiori nazionali, perseguendo l'intento di stigmatizzare la pratica della maternità surrogata, offrono una tutela carente in concreto alla maternità, riversando invece le conseguenze pregiudizievoli sui figli nati da tale pratica e sulle coppie, che vedranno frustrata la volontà di realizzare il loro progetto genitoriale e che potrebbero subire dunque la disgregazione del loro nucleo familiare.

Come è stato evidenziato, la prospettiva determinante “non dovrebbe essere quella dei diritti della coppia, ma di quelli del nato nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo, diritti che non tollerano disparità di trattamento in ragione delle condizioni e convinzioni personali dei genitori, in quanto presidiati dall'art. 2 Cost.”⁵¹².

Appare opportuno segnalare la tendenziale contraddittorietà delle soluzioni offerte dall'ordinamento in tema di genitorialità intenzionale: il legislatore attribuisce la paternità al coniuge o al convivente geneticamente estraneo al nato dalla donna gestante che si sia sottoposta al trattamento fecondativo; la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto irrilevante ai fini del riconoscimento della co-maternità della compagna, non gestante e non genetica, in deroga alla definizione espressa all'art. 269, comma 3 c.c.; ancora, la recente giurisprudenza di merito ha concesso, in conformità agli art. 6 e 8 della l. n. 40/2004, alla coppia omosessuale femminile che si sia sottoposta a fecondazione eterologa all'estero e vietata sul territorio nazionale di riconoscere il figlio nato in Italia in applicazione in deroga alla diversità di genere richiesta ai dichiaranti – desumibile dall'ordinamento di stato civile – ed ancora una volta al paradigma della madre gestante⁵¹³.

⁵¹² Stefanelli, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*, in *articolo29.it*.

⁵¹³ Trib. Pistoia, 5 luglio 2019 e Trib. Bologna, 3 luglio 2018, in *articolo29.it*.

L'inquadramento dello stato di avanzamento della giurisprudenza e dottrina contemporanea è utile ad individuare il progressivo formarsi di uno schema tendenzialmente discriminatorio che va creandosi tra le coppie omosessuali femminili e maschili ed altresì distinguendo le sorti a cui saranno destinati i figli nati da coppie omoaffettive, provocando per i figli di madri surrogate una profonda instabilità causata dal diniego di riconoscimento di filiazione.

In conclusione, auspicando un intervento legislativo chiarificatore e risolutivo, si ritiene preferibile che, in considerazione delle situazioni giuridiche coinvolte, le Corti nazionali possano assumere un atteggiamento meno rigido e cooperante, provvedendo a concentrare gli sforzi sulla tutela e conservazione dello stato giuridico del noto.

L'atteggiamento maggiormente flessibile pare essere promosso anche dalla proposta di risoluzione del Parlamento europeo⁵¹⁴, il quale evidenziando come l'assenza di un chiaro coordinamento tra normative interne e internazionalprivatistiche possa arrecare un grave pregiudizio alle donne e ai minori, invita la Commissione a definire una tutela giuridica a livello di Unione nei riguardi degli individui già nati da maternità surrogata e di quelli che nasceranno. Appare chiaro dunque che la prospettiva privilegia e individua nella tutela dello *status* dei nati la priorità da perseguire, oltre naturalmente al invita inoltre la Commissione a verificare che la normativa sulla maternità surrogata vigente negli Stati membri in cui essa è ammessa non sia in contrasto con la legislazione UE in materia di protezione dei diritti dei bambini e delle donne.

⁵¹⁴ Consultabile in www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2016-0694_IT.html.

Capitolo III

Il genitore sociale: *a day-to-day relation without procreation.*

La famiglia omoaffettiva.

Sommario: Introduzione. – 1. Il genitore sociale e l'omoaffettività. - 2. Il genitore sociale e il genitore intenzionale: convergenze ed divergenze. - 3. I rapporti significativi con la *ex partner* della madre biologica e l'applicazione dell'art. 333 c.c. - 3.1. Alcune riflessioni e perplessità. – 4. Il ricorso all'adozione in casi particolari *ex art. 44 lett. d) l. n. 183/1984.* – 4.1. Omogenitorialità e adozione legittimante. Riflessioni in attesa delle Sezioni Unite. – 4.2. Adozione legittimante e il requisito della diversità di sesso. – 4.3. Soluzioni possibili. – 5. La genitorialità sociale e gli istituti che la governano in UK. - 5.1. Le tipologie di genitorialità sociale. - 5.1.1. Guardianship. - 5.1.2. Foster parents. - 5.1.3. Those who treat a child as “a child of the family”. - 5.1.4. La responsabilità genitoriale tra *step parent* e genitore biologico. - 5.1.5. Others caring for the child. - 6. Possibili soluzioni alle lacune normative e futuri argomenti di ricerca. - 6.1. Il *best interest of the child* quale criterio di qualificazione e attribuzione della genitorialità. - 6.2. Nuovi criteri di attribuzione del rapporto di genitorialità: tra condivisione del progetto genitoriale e assenza di legami biologici. Il functional parentig. - 6.3. La proposta radicale: dissoluzione del concetto *parentage* ed esercizio condiviso della responsabilità genitoriale. - 6.4. Autonomia contrattuale e disponibilità dello *status* genitoriale. – Conclusioni.

Introduzione

La ricerca sino ad ora condotta ha evidenziato una destrutturazione "originaria" della figura genitoriale, con ciò intendendosi una frammentazione del concetto di madre e di padre causalmente provocata dalla intromissione della scienza medica nel procedimento procreativo e, nel caso della maternità surrogata, dalla volontà genitoriale della coppia committente.

Al contrario, o meglio strutturalmente diversa, appare l'ultima figura genitoriale che ci accingiamo ad analizzare, quella del genitore sociale⁵¹⁵, figura caratterizzato da un atteggiamento genitoriale dell'adulto che, privo di legami genetici e legali, eserciti di fatto la responsabilità genitoriale.

Nell'analisi di quest'ultimo modello-prototipo genitoriale ci si propone dunque lo scopo di focalizzare le caratteristiche del ruolo genitoriale insorgente da una situazione di fatto e la rilevanza che la giurisprudenza ha attribuito a tale figura, perseguendo l'intento di legittimare agli occhi della legge una relazione basata su situazioni concrete e comportamenti di cura quotidiana, sebbene appunto non corroborate da un vincolo genetico e giuridico tra l'adulto e il minore.

È bene considerare che l'esigenza di attribuire veste formale alle relazioni genitoriali di fatto è insorta quale conseguenza della instabilità dei nuclei familiari, la cui mobilità ha permesso il susseguirsi di più matrimoni o convivenze nella vita di una medesima persona: ciò che viene definita in letteratura con la formula "famiglie ricomposte", "ricostruite"⁵¹⁶, intendendosi così quelle formazioni

⁵¹⁵ S. Veronesi, *Le "nuove famiglie e la posizione del genitore "sociale" rispetto ai figli del coniuge o del nuovo partner*, in Cesaro, Lovati, Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, p. 49 ss; Bianco, *La tutela del genitore sociale nella famiglia ricostituita*, in Dell'Anna Misurale, Viterbo (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017 - Corte d'Appello di Lecce)*, Napoli, 2017, p. 157 ss.; Recinto, *Genitori e figli tra tendenze interne «adultocentriche» e spinte apparentemente «minorecentriche» della Corte Edu*, in *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017 - Corte d'Appello di Lecce)*, a cura di Dell'Anna Misurale, Viterbo, Napoli, 2017, p. 90-91.; Giusti, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, II ed., Milano, 2013, p. 3945 ss.

⁵¹⁶ In tema di si v. Al Mureden, *Le famiglie ricomposte, tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 966 ss; id., *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole: funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007; in quest'ultima opera l'A. analizza una diversa prospettiva, ossia il stabilità del rapporto post matrimoniale dopo la crisi familiare in termini non solo di obblighi economici tra i coniugi, ma altresì in termini di perseguimento della vita condivisa in virtù dell'esercizio della responsabilità genitoriale. Si v. inoltre Bianco, *La tutela del genitore sociale nella famiglia ricostituita*, in Dell'Anna Misurale, Viterbo (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017 - Corte d'Appello di Lecce)*, Napoli, 2017, p. 157 ss.; Favilli, *Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1275 ss; Stanzione, *Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana*, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 201 ss; Rossi Carleo, *Adozione e tutela della famiglia ricostituita*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 113 ss.

familiari composte da soggetti provenienti da precedenti esperienze familiari. In questa prospettiva, il genitore sociale spesso assume il ruolo di “terzo” genitore, coesistente con i genitori biologici.

La figura del genitore sociale è rinvenibile in altri contesti quali le convivenze di fatto, sia tra partner dello stesso sesso, che di sesso diverso, ove, diversamente da quanto previsto per i coniugi, non sarebbe possibile procedere all’adozione del figlio del genitore biologico ex art. 44 lett. b) l. n. 184/1983: sotto quest’ultimo profilo è però bene sin da ora precisare che la giurisprudenza di legittimità, avallata altresì da una recente pronuncia delle Sezioni unite⁵¹⁷, sembra promuovere l’apertura della procedura ex art. 44 lett. d) l. n. 184/1983 anche al genitore intenzionale partner del genitore genetico, in un contesto omoaffettivo e ben oltre l’ambito di applicazione del requisito dell’impossibilità dell’affidamento⁵¹⁸.

Ciononostante la genitorialità sociale è carente di una disciplina unitaria e spesso non trova appropriata tutela in sede giudiziale⁵¹⁹.

In via di prima approssimazione, sembra suggestivo segnalare come la genitorialità sociale sia assimilabile, sotto il profilo strutturale, alla genitorialità c.d. intenzionale insorgente da trattamenti procreativi: bisogna infatti notare come, in specifici casi, la caratteristica che accomuna le due figure sia la scissione tra verità genetica e effettività del rapporto.

Più precisamente dunque la problematica sottesa ad entrambe le figure si sviluppa intorno al tempo della consacrazione, o meno, di una realtà fattuale del rapporto genitoriale, non sostenuto dalla verità biologica.

Ad esempio, per quanto concerne la genitorialità sociale, essa può, qualora ricorrano i presupposti di legge, assumere veste ufficiale per il tramite della procedura adottiva: si ricorda in tale senso che il ricorso all’adozione in casi particolari è stata utilizzata dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 12193/2019, quale strumento idoneo per attribuire genitorialità al “secondo” padre non genetico, che

⁵¹⁷ Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

⁵¹⁸ Rinvio oltre a § 2.2. Si v. l’opinione di Salanito, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 741.

⁵¹⁹ Come si vedrà, particolarmente emblematica è la posizione assunta da Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Corr. giur.*, 2017, p. 178 ss.; in *Foro it.*, 2016, 1, c. 3330;

abbia con i figli instaurato un rapporto affettivo: in questo caso coincidendo volontà di assumere il ruolo genitoriale sin dal momento del concepimento sia nel comportamento fattuale teso alla cura quotidiana⁵²⁰.

In tale prospettiva, divergono però il momento e le modalità in cui la giurisprudenza ha rilevato il manifestarsi di tale figura genitoriale: se possiamo infatti configurare il genitore intenzionale sin dal momento dell'accesso alla pratica procreativa o della conclusione del contratto di surrogazione di maternità, momento a cui si riconduce il manifestarsi della volontà di realizzare un progetto genitoriale e dunque di esercitare la responsabilità genitoriale sui nascituri, non è altrettanto chiaro quando e secondo quale modalità si possa configurare il progetto genitoriale nel caso del genitore sociale. Non trovando infatti nel dato normativo alcun riferimento in tal senso, la giurisprudenza ha individuato una serie di indici utili⁵²¹, a riconoscere la sussistenza di tale figura genitoriale e che analizzeremo nei paragrafi successivi. Per il momento, è sufficiente considerare che, in via di approssimazione, i criteri summenzionati si possano sintetizzare nella presenza di un rapporto di cura e affettivo nascente da una quotidianità condivisa con il figli, attività che si realizza nelle forme e nei modi richiesti all'adulto che eserciti la responsabilità genitoriale in forza di uno status legale di genitore.

La casistica giurisprudenziale ci mostra però che in tempi recenti la figura del genitoriale sociale tende a confondersi con il genitore intenzionale: o meglio, la figura genitoriale insorgente da una condivisa quotidianità, frequentemente finalizzata al soddisfacimento dell'interesse del minore, è divenuto espediente e veicolo per inquadrare e legittimare quei legami che non trovano collocazione nel quadro ordinamentale,

La formulazione della figura del genitore sociale si pone infatti in una posizione dialettica e in un certo senso complementare al diritto del minore a non subire alternazione dei propri rapporti affettivi.

⁵²⁰ Nussbaum, *La nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2007; Ead, *Sex and social justice*, New York, 1999.

⁵²¹ Trib. Palermo, 6 aprile 2015, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 40 ss.

In quest'ultima prospettiva, appare interessante concentrarsi sull'analisi della casistica giurisprudenziale che da approdi recenti sembra infatti sfruttare la tutela del rapporto fattuale e del legame affettivo tra il figlio e l'adulto non legato geneticamente allo stesso al fine di legittimare i rapporti omogenitoriali, insorgenti da pratiche concluse all'estero. Sebbene richieda approfondimenti e specificazioni, l'ultimo approdo delle Sezioni Unite difatti suggerisce che l'adozione in casi particolari possa essere strumento idoneo a legittimare rapporti che non avrebbero altro modo per essere riconosciuti e tutelati. La leva del legame affettivo fattuale e dell'interesse del minore sembrano infatti in questo contesto direzione le decisioni delle corti nazionali e sovranazionali.

Come già ricordato, le convivenze spontanee⁵²² sono state luogo di elezione della genitorialità sociale: un lungo percorso evolutivo giurisprudenziale ha condotto alla legittimazione di tali formazioni sociali non istituzionalizzate e formati per volontà dei membri della coppia, tutelate quali luogo di estrinsecazione della personalità e dunque tutelato ai sensi dell'art. 2 Cost..

Appare opportuno perciò ricordare una centrale distinzione rilevata da attenta dottrina⁵²³ tra la ontologica differenza intercorrente tra formazioni di fatto omosessuali e eterosessuali, alla luce della previgente all'introduzione della legge n. 76/2016.

Prima infatti dell'intervento legislativo, si poteva affermare che la convivenza di fatto tra persone dello stesso sesso rappresentasse l'unica struttura sociale che potesse essere dagli stessi realizzata. Si dubitava dunque che a fronte di una sostanziale assenza di facoltà di scelta -tra matrimonio o formazione registrata e una formazione spontanea - potesse riconoscersi la volontà tipica delle strutture familiari "spontanee", o meglio "frutto di una libera scelta"⁵²⁴.

⁵²² Si v. l'analisi comparatistica ed empirica tra Netherlands e Uk condotta da Antokolskaia, *Parenting in step-parentfamilies: legal status versus de facto roles*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2015, 27, 271, al fine di verificare l'incidenza nella comunità del fenomeno dello *step parenting*, analizzandone la morfologia e la frequenza.

⁵²³ Balestra, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 139.

⁵²⁴ Balestra, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 139.

Parte della dottrina, inoltre, ha escluso la possibilità di equiparare le convivenze omosessuali e eterosessuali⁵²⁵, contrariamente a quanto sostenuto da chi vedeva la norma dell'art. 2 Cost. quale chiave di lettura utile al fine di garantire una tutela delle strutture parafamiliari omosessuali.

In materia di famiglia, tutelata dall'art. 8 CEDU, anche una relazione de facto può integrare un "rapporto familiare" e, conseguentemente, avere rilevanza giuridica, nell'interesse preminente del fanciullo, come accade nel caso in cui, oltre all'affetto generico, sussistano altri indici di stabilità, attuale o potenziale, quale potrebbe essere quello di una progettualità genitoriale comune (per i *partners*) e di una convivenza avutasi per un tempo significativo, anche se poi cessata. Invero, in questa prospettiva, la determinazione del carattere familiare delle relazioni di fatto deve tener conto di un certo numero di elementi, quali il tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni, così come il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino e la percezione che quest'ultimo ha dell'adulto. Al cospetto di questi elementi, la relazione "di fatto", nonostante l'assenza di un rapporto giuridico di parentela, può rientrare nella nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU. E, peraltro, valorizzando il criterio guida del superiore interesse del fanciullo, il profilo della discendenza genetica non va più considerato determinante ai fini dell'attribuzione al minore del diritto di mantenere stabili relazioni con chi ha comunque rivestito nel tempo il ruolo sostanziale di genitore, pur non essendo legato da rapporti di appartenenza genetica o di adozione con il minore stesso (c.d. genitore sociale).

Quando il rapporto instauratosi tra il minore e il genitore sociale è tale da fondare l'identità personale e familiare del bambino stesso, questo rapporto deve essere salvaguardato, alla pari di quanto riconosce oggi l'art. 337 ter c.c. ai figli nei

⁵²⁵ In questo senso, prima dell'intervento normativo del 2016, G. Stella Richter, *La donazione nella famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 144 ss.; Cavana, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 912 ss. *Contra* Balestra, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 139. In tema di evoluzione delle formazioni familiari si v. anche Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1105 ss.; Scalisi, *«Famiglia» e le «famiglie» in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 7 ss.; Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss.

confronti dei genitori biologici. Questa interpretazione evolutiva si impone a maggior ragione nell'ipotesi della separazione personale della coppia omosessuale che abbia convissuto con i figli minori di uno dei due, nati da fecondazione eterologa, instaurando un rapporto di genitorialità sociale con l'altro. Invero, in tali circostanze l'unico rapporto riconosciuto e tutelato dalla legge è quello con il genitore biologico, mentre il rapporto con il genitore sociale - sebbene avvertito e vissuto dal minore alla stregua dell'"altra figura genitoriale"- non riceve alcun riconoscimento o tutela, con conseguente privazione del minore della doppia figura genitoriale, in spregio al principio fondante in ambito di crisi coniugale o della coppia di fatto del mantenimento di rapporti costanti con ambedue le figure genitoriali⁵²⁶.

Nella consapevolezza che la figura del genitore sociale non si limita al contesto delle unioni omosessuali, ci pare interessante proseguire nell'esposizione di alcuni recenti casi giurisprudenziali che hanno coinvolto la tematica dell'omogenitoriale.

1. Il genitore sociale e l'omoaffettività.

La prospettiva che si desidera ora e nei paragrafi successivi adottare riguarda l'analisi della figura del genitore sociale⁵²⁷, quale strumento giuridico, utilizzato dalla giurisprudenza, per giustificare l'accesso all'adozione e veicolare la legittimazione della genitorialità omosessuale⁵²⁸.

La dottrina ha già in più circostanze evidenziato come l'ostilità alla omogenitorialità sia stata palesata in sede di dibattito in materia di unioni tra persone dello stesso sesso: legittimare e riconoscere la facoltà di accedere al matrimonio o a forme di *partnership* registrate significava altresì aprire la strada

⁵²⁶ Trib. Palermo, 6 aprile 2015, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 40 ss., con nota di Ardizzone, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale*;

⁵²⁷ Cinque, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1475 ss.

⁵²⁸ Opportuno è il richiamo alla Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 570. In argomento di v. anche Balestra, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 893 ss;

alla filiazione⁵²⁹. L'unione omosessuale è stata da alcuni definita l'anticamera dell'omogenitorialità⁵³⁰.

Come è già stato sottolineato nel corso della trattazione precedente, l'ordinamento nazionale si mostra ostile alla formazione di status genitoriali in capo a soggetti appartenenti a coppie dello stesso sesso⁵³¹ e, altresì, almeno in alcune circostanze, al riconoscimento pieno di legami giuridicamente formati in paese stranieri.

Dalla disciplina dedicata all'unione civile tra persone dello stesso sesso, è possibile desumere che il legislatore abbia escluso l'unione civile possa essere finalizzata alla formazione di un nucleo familiare comprensivo di figli, condizione desunta da una originaria incapacità procreativa⁵³². Tale incapacità si estende anche nel tessuto normativo: la legge n. 76/2016 ha infatti escluso la possibilità che il partner possa adottare il figlio dell'altro unito civilmente, contrariamente a quanto è concesso al coniuge del genitore biologico ai sensi dell'art. 44, lett. b) della legge n. 184/1983.

In questo contesto il problema del riconoscimento e della legittimazione del genitore sociale insorge in una duplicità di prospettive: da un lato in caso di

⁵²⁹ Sarebbe interessante approfondire altresì la differente argomentazione adottata tra la scelta di alcuni legislatori di concedere l'accesso al matrimonio alle coppie dello stesso sesso e quella di altri, come quello italiano, che hanno diversamente istituito una forma specifica di relazione "parafamiliare" riservata alle sole coppie omosessuali e tutelata ai fini dell'art. 2 Cost.

⁵³⁰ Ronfani, *L'omogenitorialità. Una categoria realizzata?*, in *Le famiglie omogenitoriali, responsabilità, regole, diritti*, a cura di Bosisio, Ronfani, Roma, 2015, p. 45.

⁵³¹ Interessante l'analisi del dibattito teorico (religione, psicanalisi e antropologia) sull'opposizione alla omogenitorialità, condotta da Ronfani, *L'omogenitorialità. Una categoria realizzata?*, in *Le famiglie omogenitoriali, responsabilità, regole, diritti*, a cura di Bosisio, Ronfani, Roma, 2015, p. 43 ss. Conducendo l'analisi lungo le linee guida della religione, della psicanalisi e della antropologia, l'A. individua le argomentazioni e i pregiudizi su cui erroneamente si fonda la contrapposizione non solo al matrimonio omosessuale, visto quale sede preposta alla procreazione, in quanto anticamera verso l'apertura alla filiazione delle coppie omosessuali. Conclude infine, che, anche qualora si accogliesse la dannosità per i figli di persone dello stesso sesso, sarebbe necessario interrogarsi se tale possibile rischio "non vada individuato, piuttosto che nella specificità di questo modello familiare e parentale, innanzitutto nelle relazioni della società, specialmente nelle scelte dei governi che, non attribuendo piena visibilità giuridica a determinate forme familiari non convenzionali, privano i minori della possibilità di veder riconosciuti e legittimati dei legami familiari"(in part. p. 58). Nello stesso senso concludono Alghrani, Harris, *Reproductive liberty: should the foundation of families be regulated*, in *Child & Family Law Quarterly*, 2006, 18, p. 210.

⁵³² Romeo, *Genitore e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Napoli, 2018, p. 74.

convivenza con il genitore biologico; dall'altro in caso di genitorialità riconosciuta in un altro paese. La difformità delle due circostanze sia da un punto di vista fattuale sia da un punto di vista giuridico è evidente ma presenta dei profili comuni, soprattutto se si considera che in ultima analisi la giurisprudenza risolve tali vuoti di tutela allo stesso modo: ossia tramite il ricorso alla adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d), l. n. 184/1983⁵³³.

In termini generali, la giurisprudenza si è prevalentemente limitata a favorire il riconoscimento il legame genitoriale intercorrente tra il genitore legato da un vincolo genetico o biologico⁵³⁴, ossia quel vincolo legale supportato dal legame di sangue, chiaramente compatibile con la tradizione giuridica e lo schema normativo vigente nell'ordinamento.

Al contrario, il percorso argomentativo e gli strumenti giuridici che debbono essere utilizzati al fine di legittimare i rapporti intercorrenti tra il genitore non legato da vincolo genetico, ma che ciononostante ha preso parte al progetto genitoriale e svolge il ruolo genitoriale.

Ciò che è opportuno sin dora rilevare sta nella presa di coscienza del fatto che tale tipo di genitorialità, non supportata dal legame genetico, ma desiderata e voluta, viene legittimata nell'ordinamento interno solo in considerazione dell'esigenza di garantire la stabilità dei rapporti affettivi del minore già esistenti e formati in

⁵³³ Lenti, *L'adozione*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 381 ss.; Cipriani, *Famiglie omogenitoriali e adozione*, in Dell'Anna Misurale, Viterbo (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017- Corte d'Appello di Lecce*, Napoli, 2017, p. 95 ss.; Sciarrino, *Minore, adozione e famiglia di fatto: le ragioni di una difficile convivenza*, in Romeo (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Milano, 2014, p. 393 ss.; Palmeri, *La famiglia omosessuale. Linee di tendenza e prospettive*, ivi, p. 45 ss.; Scalisi, *Maternità surrogata : come "fare cose non regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1097 ss. In un prospettiva internazionalprivatistica: Winkler, *Adozione legittimante del single, stepchild adoption e familia monoparentale: aspetti internazionalprivatistici*, in Cesaro, Lovati, Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, p. 102. In ambito europeo si v. Lenti, *L'adozione e la Corte europea dei diritti dell'uomo. A proposito di Cass. 20954/2018*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 61 ss.; Id., *Quale futuro per l'adozione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 785 ss.

⁵³⁴ Opinione espressa da Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 185.

ragione di un legittimo rapporto genitoriale e della struttura del nucleo familiare formatisi in altro contesto.

Salvaguardare infatti i legami fattuali affettivi rispondono alla primaria esigenza di salvaguardare la crescita del minore, che attraverso il riconoscimento dello *status filiationis* può altresì formare liberamente la sua identità, non solo come individuo, ma soprattutto come membro del gruppo familiare a cui appartiene.

L'esigenza di tutela del superiore interesse del minore risulta prevalente anche in caso di filiazione sorta in seguito a maternità surrogata. ciò che si desidera infatti evitare è che la volontà sanzionatoria di un comportamento elusivo possa compromettere il diritto del minore a conoscere la propria identità e a mantenere inalterato il proprio *status*, che risulta inoltre conforme ai legami affettivi formatisi⁵³⁵.

Si può affermare che la struttura argomentativa che ha sostenuto in passato la costruzione della genitorialità sociale è stata riutilizzata in chiave di legittimazione della genitorialità di coppie omosessuali.

Come è stato fatto notare da accorta dottrina, la letteratura ha altresì arricchito la costruzione argomentativo dimostrando come il riconoscimento e la ammissibilità della genitorialità omosessuale sia intimamente connessa, altresì, alla realizzazione della personalità dei singoli componenti della coppia, che nel realizzare il progetto genitoriale condiviso estrinseco e realizzazione la propria personalità, nella sua accezione più intima. Tale accezione del diritto della personalità e dell'autodeterminazione viene, secondo la dottrina italiana, attratta nella sfera di protezione dell'art. 8 Cedu, e, dunque, dal diritto al rispetto della vita privata e della sfera intima familiare⁵³⁶.

Chiaramente il legislatore del 2016 è rimasto estraneo a tali considerazioni, provvedendo all'emanazione di una legge recante le unioni civili, tutelate quale speciale formazione sociale ed escludendo alle coppie omosessuali di accedere

⁵³⁵ Cfr. Recinto, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, p. 107.

⁵³⁶ Cfr. Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p.186; Palazzo, *Eros e jus*, Milano- Udine, 2015, p. 90; Schuster, *Le unioni tra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in Pezzini, Lorenzetti, *Unioni, matrimoni same sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011, p. 255 ss.

direttamente alla procedura adottiva o procreativa. Il primo argomento è presupposto necessario del secondo: la predisposizione di una regolamentazione che disciplina una struttura "para familiare" *ad hoc* per le coppie dello stesso sesso ed, inoltre, tutelata in forza dell'art 2 Cost, quindi delle formazioni sociali in cui si esercita la personalità, è espressione di un evidente assetto ideologico e giuridico. Escludere l'accesso al matrimonio, istituto su cui si fonda la famiglia, secondo la formulazione dell'art. 29 Cost., esprime il chiaro intento di scindere la formazione un nucleo familiare tradizionale e eterosessuale, predisposto alla procreazione, dalla legittimazione del legame omosessuale, a cui è inibito il diritto ad avere figli.

La capacità procreativa e di filiazione è limitata dunque alla sola coppia eterosessuale.

Alla luce di queste considerazioni, dunque, bisogna indagare gli strumenti utilizzati in giurisprudenza per giustificare i rapporti genitoriali formati e già consolidatisi tra adulti di fatto, almeno alla luce dell'ordinamento italiano, esercenti la responsabilità genitoriale nei confronti dei figli con cui non condividono il rapporto genetico.

2. Il genitore sociale e il genitore intenzionale: convergenze ed divergenze⁵³⁷.

Sotto quest'ultimo profilo merita di essere osservato che il problema della legittimazione e riconoscimento del genitore sociale si solleva recentemente sotto diversa prospettiva e si sovrappone, almeno parzialmente, alla figura del genitore intenzionale.

Sembra però potersi affermare che la letteratura abbia abbandonato la ricerca della coincidenza tra *status filiationis* e verità genetica e altresì l'idea che il *favor minoris* sia da suddetta identità garantito.

Il riferimento al genitore sociale è stato infatti come ricordato attribuito a

⁵³⁷ Sebbene non pienamente coincidente con il tema che ci si accinge ad affrontare, la contrapposizione o, meglio, la distinzione tra il genitore sociale e quello intenzionale risuona, parzialmente, delle "connessioni" rinvenute ed analizzate tra genitorialità adottiva e "artificiale" (comprensiva della procedura di PMA e surrogazione di maternità), da Busnelli, *Procreazione artificiale e filiazione adottiva*, in *Famiglia*, 2003, p. 2 ss, ove l'A. procede nel delineare una distinzione nonché individuarne una *ratio* tra la "scelta" e la "solidarietà".

figura genitoriali la cui origine era identificabile in un dato fattuale, ossia a verificarsi di quelle circostanze da cui insorgeva un *ménage* familiare "para-genitoriale", privo però di legittimazione: la casistica ci ha mostrato la figura del partner o convivente della madre di figli concepiti con altro compagno⁵³⁸; oppure come illustrato, prima della codificazione dell'unione civile, il partner che abbia partecipato alla fecondazione del genitore biologico.

Diversamente, il genitore intenzionale sta assumendo in dottrina e in giurisprudenza una autonomia, sebbene presenti alcuni connotati comuni: così come il genitore social infatti il padre o la madre intenzionali non condividono con il figlio alcun legame genetico o biologico, ma avendo partecipato al progetto genitoriale condiviso ed avendo, negli ordinamenti ove l'omogenitorialità non è ostacolata, altresì prestato il proprio consenso all'accesso al trattamento e avendo conseguentemente accettato le conseguenze, assumono lo status genitoriale e ne svolgono completamente funzioni, obblighi e doveri.

In via di approssimazione, la qualificazione sotto un profilo descrittivo e sostanziale pare dunque coincidere, mentre al contrario diverge la problematica giuridica insorgente.

Nel caso della genitorialità intenzionale infatti prevale il momento consensualistico e la volontà espressa *ab origine* di assumere il ruolo genitoriale: la problematica insorgente dinanzi a questa figura risiede prevalentemente nei problemi di circolazione dello status qualora debba essere riconosciuto in ordinamenti in cui non è disciplinata la genitorialità di coppie dello stesso sesso.

Al contrario, la volontà del genitore sociale di assumere di fatto il ruolo genitoriale si desume per fatti concludenti, ossia tramite il concreto realizzarsi di un rapporto genitore-figlio, in cui il primo svolge spontaneamente le identiche funzioni a cui è chiamato l'esercente la responsabilità genitoriale. In questo contesto, la questione giuridica risiede innanzitutto nell'individuazione di situazioni relazionali meritevoli di tutela in quanto garantiscono il soddisfacimento del

⁵³⁸ Cfr. Bianco, *La tutela del genitore sociale nella famiglia ricostituita*, in *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7- 8 aprile 2017 - Corte d'Appello di Lecce)*, a cura di Dell'Anna Misurale, Viterbo, Napoli, 2017, p. 157 ss.

superiore interesse del minore ad essere curato e mantenuto; in secondo luogo, la difficoltà risiede altresì nel vuoto normativo e, dunque, nell'assenza di strumenti giudiziali *ad hoc* che assicurino la salvaguardia degli interessi dei soggetti coinvolti.

In questo senso, l'ordinamento nazionale mostra una certa ostilità all'idea di scindere il ruolo genitoriale dall'esercizio della responsabilità discendente: il genitore sociale ad esempio che ha conosciuto solo recentemente una maggior considerazione è stato qualificato soggetto ai margini del rapporto parentale, non vedendosi e non potendosi vedere riconosciuta la qualifica di membro della famiglia⁵³⁹, né tanto meno genitoriale.

La titubanza giurisprudenziale sembra risiedere in questo caso in una assenza di una copertura normativa e nella difficoltà intrinseca della qualificazione giuridica di un rapporto genitoriale che appare vulnerabile e facilmente variabile.

Attenta dottrina aveva individuato una simile distinzione tra "scelta" e "solidarietà", delineando così i confini e la natura di colui che accede a procedure di procreazione assistita e colui che diversamente diviene genitore attraverso il procedimento adottivo. In tale prospettiva, si tende a trascurare l'argomentazione che giustifica la distinzione tra i due istituti - adozione e PMA - alla luce della differente finalità perseguita, così tralasciando di notare il "fenomeno aggregante della filiazione, aperto alle figure di filiazione artificiale" alla luce del rapporto "tra scelta e solidarietà familiare"⁵⁴⁰.

3.I rapporti significativi con la *ex partner* della madre biologica e l'applicazione dell'art. 333 c.c.

⁵³⁹ Così come era stato specificato dalla corte costituzionale nella sentenza già citata del 2016 n. 225: in tale sede l'ex convivente della madre biologica, ossia la seconda madre, ha dovuto ricorrere allo strumento ex art. 333 c.c. al fine di vedersi riconosciuto il diritto di mantenere i rapporti con i propri figli, in quanto considerato un "soggetto terzo" rispetto alla famiglia.

⁵⁴⁰ Busnelli, *Procreazione artificiale e filiazione adottiva*, in *Famiglia*, 2003, p. 3. Si osservi come le riflessioni svolte dall'A. anticipano la promulgazione della legge in materia di procreazione medicalmente assistita, svelando così gli elementi strutturali più rilevanti oltreché le future criticità sistematiche.

La Corte costituzionale ha recentemente rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di appello di Palermo dell'art. 337 *ter* c.c. nella parte in cui in violazione degli artt. 2, 3, 30, 31, e 117, comma 1, Cost.⁵⁴¹ non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore conservare rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico.

Nel caso di specie, le due donne avevano intrapreso un procedimento di procreazione medicalmente assistita, nel corso del quale una aveva portato a termine la gravidanza, mentre l'altra aveva sostenuto moralmente ed economicamente la gestante. A seguito della procedura sono nati due gemelli, dei quali la *partner* si era presa cura, tanto da essere considerata dai figli quale madre.

In seguito alla rottura del rapporto sentimentale, la madre sociale aveva adito il giudice affinché le venisse riconosciuto il diritto di mantenere un rapporto con i figli, in forza del rapporto di fatto genitoriale che tra lei e i figli si era instaurato.

Il Tribunale di Palermo rileva la mancanza di legittimazione ad agire della ricorrente in quanto priva della titolarità del diritto ex art. 337 *ter* c.c., in quanto priva di un rapporto genitoriale e dunque esclusa dal novero dei soggetti previsti dalla norma. La terminologia adottata dall'art. 337 *ter* c.c., riferendosi al genitore,

⁵⁴¹ Nell'ordinanza della Corte di appello di Palermo (App. Palermo, 31 agosto 2015, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 44 ss.; in *Foro it.*, 2015, I, c. 3304 ss.) si legge infatti che: "L'art. 337-ter, in ragione di tal profilo denunciato, violerebbe, innanzitutto, "l'art. 2 Cost. che ricomprende tra le "formazioni sociali" anche le famiglie di fatto, incluse quelle riguardanti coppie formate da persone dello stesso sesso"; risulterebbe, inoltre, incompatibile con i principi di ragionevolezza ed uguaglianza (art. 3 Cost.) e "con il diritto del minore ad una famiglia (artt. 2, 30 e 31 Cost.), ed in particolare a mantenere rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico, compresi i casi di famiglie omogenitoriali"; contrasterebbe, infine, "con l'art. 117, comma I Cost., che obbliga il legislatore italiano a rispettare i vincoli giuridici imposti- gli dal diritto dell'Unione Europea e dagli obblighi internazionali (quali la Convenzione sui diritti del fanciullo adottata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con L. n. 176/1991, la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25.01.1996 e ratificata con L. n. 77/2003, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7.12.2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo o c.d. Carta di Nizza), nonché con l'art. 8 Cedu, quale norma interposta, come viene interpretata in modo costante dalla Corte EDU in materia di riconoscimento del diritto dei genitori e dei figli, nonché di altri soggetti uniti da relazioni familiari di fatto, a mantenere stabili relazioni, anche nell'ipotesi di crisi della coppia, avuto riguardo sempre al preminente interesse del minore". Si v. il commento di Ardizzone, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 47 ss.

implica il riconoscimento della legittimazione attiva a colui o colei esercente la responsabilità genitoriale in forza di un titolo (quale quello di genitore legale secondo la normativa codicistica, genitore adottivo o ex art. 8 l. n. 40/2004), escludendo dunque dalla definizione il genitore sociale, nel caso di specie l'ex convivente del genitore biologico. L'assenza di legittimità viene però da un punto di vista processuale elusa dal fatto che il pubblico ministero procedeva in giudizio, riproponendo le domande della madre di fatto ricorrente.

La problematica da un punto di vista giuridico risiede da un lato nella carenza di un vincolo genitoriale giuridicamente rilevante, e dall'altra in una lacuna normativa, non prevedendo infatti il quadro normativo una disposizione riservata ai rapporti tra i figli e soggetti, che, sebbene di fatto svolgano una funzione genitoriale, non siano ad essi legati da un vincolo giuridico.

La Corte d'appello al contrario ritenendo inapplicabile l'art. 337 *ter* c.c. all'adulto che non abbia legami di parentela con il minore aveva rilevato il vuoto normativo provocato dalla presunta illegittimità costituzionale della norma.

La disposizione di cui la ricorrente, ossia la madre sociale, lamenta la illegittimità costituzionale è quella prevista all'art. 337 *ter* c.c. rubricata "provvedimenti riguardo i figli": in forza della suddetta norma i figli hanno diritto a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, e ricevere cura, istruzione e mantenimento da entrambi, oltretutto a mantenere rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun genitore.

La Corte di appello palermitana non accoglie infatti l'interpretazione dal giudice di prime cure e solleva questione di legittimità costituzionale, affermando che "per affermare il diritto dei minori a mantenere il rapporto instauratosi con l'ex partner del loro genitore biologico, e, quindi, anche per affermare la sussistenza della legittimazione attiva della ricorrente, seppur funzionale all'interesse dei minori, non sia possibile compiere l'operazione ermeneutica effettuata dal primo giudice in ordine all'art. 337 *ter* c.c. stante il carattere rigido della disposizione"⁵⁴².

⁵⁴² App. Palermo, 31 agosto 2015, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 44 ss; in *Foro it.*, 2015, I, c. 3304 ss.

Il giudice delle leggi ha ritenuto infondata la questione di legittimità in forza di una duplice considerazione: da un lato l'impossibilità di procedere ad un'interpretazione additiva della richiamata norma che porterebbe a postulare una equiparazione tra l'ex partner della madre genetica, preclusa dal tenore letterale della disposizione; dall'altro l'insussistenza della presenza di un "vuoto di tutela" per i rapporti con i soggetti che, pur non essendo parenti, abbiano un rapporto significativo con i minori, ritenendosi applicabile al caso di specie l'art. 333 c.c..

In motivazione, la Corte afferma che l'interruzione ingiustificata, causata da uno o da entrambi i genitori, di un rapporto significativo per il minore, che procuri dunque una lesione all'interesse dello stesso, configura la fattispecie descritta ai sensi dell'art. 333 c.c., che consente al giudice di adottare i provvedimenti convenienti ad evitare la violazione della sfera affettiva del figlio.

In definitiva, il giudice di legittimità ritiene che il diritto dei figli ad avere una frequentazione costante con adulti non parenti, in questa categoria rientrando anche l'ex partner della madre biologica, dovrebbe essere salvaguardata dal diritto di visita alla madre intenzionale.

La soluzione offerta dalla pronuncia non ha trovato consenso unanime in dottrina⁵⁴³: sebbene infatti la Corte abbia dato rilevanza (sebbene parziale) ai rapporti affettivi e significativi intercorrenti tra i minori e l'adulto "non parente", uniformandosi così a quella giurisprudenza sovranazionale che già da tempo aveva valorizzato e promosso la tutela degli legami familiari di fatto, ricompresi nella nozione di diritto alla vita privata e familiare previsto ex art. 8 Cedu⁵⁴⁴.

Ciononostante lo strumento giuridico dell'art. 333 c.c. posto a salvaguardia dell'interesse del minore è stato ritenuto infatti inadeguato⁵⁴⁵ a garantire l'effettiva protezione dei legami con il genitore non genetico.

⁵⁴³ De Marzo, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice genetica*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 178 ss.; Casaburi, *Nota a Corte costituzionale 20 ottobre 2016, n. 225*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3349 ss., in spec. p. 3350, ove l'A. afferma che "la sentenza omissis delude e fortemente".

⁵⁴⁴ Cedu, 27 gennaio 2015, Paradiso e altri c. Italia; Cedu, 22 aprile 1997, X e altri c. Regno Unito; Cedu, 27 ottobre 1994, Kroon e altri c. Paesi Bassi; Cedu, 26 maggio 1994, Keegan c. Irlanda.

⁵⁴⁵ In questo senso De Marzo, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice genetica*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 179.

La Corte inoltre trascura infatti che la specificità dell'istanza della madre sociale e intenzionale, - avendo la stessa preso parte e acconsentito alla realizzazione del progetto genitoriale-, non era finalizzata al riconoscimento del diritto di visita, ma all'ottenimento della tutela concessa, ai sensi appunto dell'art. 337 *ter* c.c.⁵⁴⁶, a colui o colei dotato *status* genitoriale.

Le questioni irrisolte, o quantomeno frustrate, dalla decisione attengono da un lato al riconoscimento delle convivenze omosessuali di fatto quali formazioni familiari meritevoli di riconoscimento e di tutela; dall'altro alla salvaguardia del superiore interesse del minore al mantenimento del rapporto con il genitore sociale.

Le criticità connesse al riconoscimento dei rapporti di fatto quali meritevoli di tutela in quanto formazioni sociali ove si esprime la personalità dell'individuo hanno avuto una lunga gestazione a livello nazionale e sovranazionale, garantita la tutela ai sensi dell'art. 2 Cost.⁵⁴⁷, e ora della legge n. 76/2016 all'art. 1, commi 35-36 e seguenti, e dell'art. 8 Cedu.

La parificazione tra convivenze omosessuali e eterosessuali è stata poi promossa a partire dal 2010, quando la Cedu ha affermato che la famiglia è quella realtà connotata da rapporti affettivi anche tra persone dello stesso sesso, che convivano stabilmente insieme e che assumano un impegno reciproco⁵⁴⁸.

Sebbene la pronuncia della Corte costituzionale sia stata chiamata a risolvere il problema della gestione del rapporto genitoriale a seguito della rottura della convivenza di fatto, pare che il profilo del contesto affettivo in cui la questione è insorta non sia stata sufficientemente valorizzata, dovendosi considerare la qualificazione del contesto familiare, presupposto indispensabile al fine di offrire una soluzione non discriminatoria e non lesiva degli interessi coinvolti.

⁵⁴⁶ Cfr. Casaburi, *Nota a Corte costituzionale 20 ottobre 2016, n. 225*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3350.

⁵⁴⁷ Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Foro it.*, 1987, c. 2353; Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Foro it.*, 1991, c. 446; Corte cost., 27 marzo 2009, n. 86, in *Corr. giur.*, 2010, p. 97 ss.

⁵⁴⁸ Cedu, 24 giugno 2010, Shalk e Kopf c. Austria, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 1337 ss. Per approfondimenti si v. Dell'Anna Misurale, Viterbo (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017- Corte d'Appello di Lecce, Napoli, 2017; Romeo (a cura di), Le relazioni affettive non matrimoniali, Milano, 2014.*

Per quanto concerne invece il rapporto affettivo della madre sociale con i figli, la Corte esprime una certa non curanza nel considerare la madre sociale viene considerato dai figli nel contesto familiare, come un “qualsiasi” adulto non parente che ha instaurato un rapporto significativo con i minori. Il suggerito ricorso all’art. 333 c.c. sminuisce la qualifica del rapporto e contestualmente il diritto dei figli a mantenere un rapporto significativo con la madre, offrendo una tutela parziale e causalmente provocata dalla crisi tra le donne.

L’interesse del minore, quale criterio ermeneutico promosso soprattutto dalla giurisprudenza della Cedu, aveva avuto centrale rilevanza nelle motivazioni del tribunale e della Corte d’appello di Palermo, ove la vicenda era stata risolta in favore del riconoscimento della tutela *ex art. 337 ter c.c.*, procedendo ad una equiparazione della figura genitoriale di fatto e quella legale.

Nonostante non si condivida la soluzione proposta della Corte costituzionale, si deve però sottolineare che la forzatura esercitata dalla giurisprudenza di merito al fine di promuovere una piena equiparazione tra i rapporti eterogenitoriali e quelli omogenitoriali, che spesso, non potendo essere formalizzati, devono essere relegati ad una dimensione fattuale non legale, debba essere considerata espressione dell’inadeguatezza della normativa vigente in materia, che dovrebbe essere risolta in sede legislativa e non in sede giudiziale⁵⁴⁹.

3.1. Alcune riflessioni e perplessità.

Alla luce di tale breve illustrazione, appare opportuno sollevare alcune perplessità di carattere sistematico interno alle pronunce richiamate nei §§ precedenti.

La motivazione della Corte mira ad eludere alcuni problemi di carattere teorico e qualificatorio di non poco momento: da un lato si nota uno scarto tra la tematica affrontata dal tribunale di primo cure e il tentativo di eludere l'inquadramento del genitore sociale e dall'altro manifesta altresì la tendenza ad

⁵⁴⁹ Auspica tale soluzione Ardizzone, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 54.

escludere che la seconda madre possa essere considerata assimilabile ad una figura genitoriale.

Per quanto concerne il primo profilo, finalisticamente orientato a giustificare il secondo, la Corte non affronta il problema che invece era stato affrontato dal tribunale palermitano; quest'ultimo, ispirandosi alla giurisprudenza della Cedu, ha fornito una interpretazione costituzionalmente orientata dall'art. 337 *ter* c.c., riuscendo nell'intento di dissociare il concetto di genitore dal legame genetico o dal vincolo legale conseguenza della procedura adottiva, aprendo dunque a nuove prospettive.

Ricostruendo lo scenario familiare e affettivo in cui i minori sono cresciuti e sono stati accuditi, si è giunti infatti a sostenere che l'esigenza primaria di garantire il soddisfacimento del superiore interesse del minore conduce ad affermare che "il profilo della discendenza genetica non va più considerato determinante ai fini dell'attribuzione al minore del diritto di mantenere stabili relazioni con chi ha comunque rivestito nel tempo il ruolo sostanziale di genitore"⁵⁵⁰.

Ancora più approfonditamente si afferma dunque che "ciò che assume rilievo determinante è la circostanza che un nucleo familiare esiste con riguardo alla posizione del figlio e della sua tutela, non dovendosi invece dare risalto alla circostanza che sia venuto meno il vincolo affettivo che legava il genitore sociale a quello biologico. Quando il rapporto instauratosi tra il minore e il genitore sociale è tale da fondare l'identità personale e familiare del bambino stesso, questo rapporto deve essere salvaguardato, al pari di quanto riconosce oggi l'art. 337 *ter* c.c. ai figli nei confronti dei genitori biologici. Una lettura della norma che escludesse dal suo ambito di operatività rapporti genitoriali di fatto sarebbe lesiva delle disposizioni della Carta di Nizza e della Cedu *omissis*".

La Corte costituzionale al contrario esclude che un'interpretazione additiva

⁵⁵⁰ Si esprimono timori circa l'utilizzo eccessivo del superiore interesse del minore quale strumento per veicolare l'esigenza e l'interesse dell'adulto, dissimulando un'impostazione adultocentrica: Recinto, *Genitori e figli tra tendenze interne «adultocentriche» e spinte apparentemente «minorecentriche» della Corte Edu*, in *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017 - Corte d'Appello di Lecce)*, a cura di Dell'Anna Misurale, Viterbo, Napoli, 2017, p. 90-91.

che miri a assimilare l'ex convivente della madre biologica ad una figura genitoriale sia concesso dal tenore letterale della norma *ex art. 337 ter c.c.* "univocamente riferito ad uno specifico ed esclusivo contesto di relazioni parentali"⁵⁵¹.

Vale la pena ribadire che ad opinione del giudice della legge non sussiste dunque un vuoto di tutela in quanto " l'interruzione ingiustificata, da parte di uno o di entrambi i genitori, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo, da quest'ultimo instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti, è riconducibile alla ipotesi di condotta del genitore "comunque pregiudizievole al figlio", in relazione alla quale l'art. 333 dello stesso codice già consente al giudice di adottare "i provvedimenti convenienti" nel caso concreto"⁵⁵².

Con ciò si può dunque confermare che sebbene si apporti una tutela, garantendo di fatto il proseguimento del rapporto significativo tra l'ex convivente, si esclude che quest'ultima possa essere riconosciuta come madre e che le possa dunque essere attribuita la tutela giurisprudenziale tipica e che è garantita al genitore.

Il giudice sarebbe dunque portato a forzare il dato normativo al fine di conformarsi al diritto internazionale e alla giurisprudenza della Cedu, che in più occasioni ha ribadito che la discrezionalità del giudice nazionale nella valutazione delle singole fattispecie debba limitarsi quando questa coinvolga e persegua la conservazione dell'integrità del nucleo familiare⁵⁵³.

Nell'ostilità a tale impostazione sembra altresì doversi leggere non solo una opposizione alla legittimazione di un rapporto di fatto a quello legale, ma altresì una certa opposizione anche sulla sussistenza di una seconda madre e all'omogenitorialità.

Nel caso di specie, la pronuncia avrebbe dovuto invece, ad opinione di chi scrive, valorizzare il carattere stabile e affettivo creatosi tra genitore e figlio, abbracciando così un concetto di genitorialità e di discendenza che trascende dalla comunanza del patrimonio genetico, ma si estende ad assorbire una genitorialità

⁵⁵¹ Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, cit., § 1.2;

⁵⁵² Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, cit., § 3.2;

⁵⁵³ Ardizzone, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 54.

fondata sull'affettività⁵⁵⁴.

Inoltre anche l'elemento consensualistico viene trascurato, ossia la partecipazione della seconda madre, quindi della madre non gestante, al progetto genitoriale, sebbene non si sia in prima persona sottoposta al trattamento ma si sia "limitata" a sostenere la *partner* prima e durante la procedura procreativa.

4. Il ricorso all'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d) l. n. 183/1984.

Appare opportuno ricordare che il ricorso alla procedura adottiva per il partner omosessuale del genitore biologico è stato a lungo osteggiato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, alla luce di una duplicità di considerazioni: *in primis*, l'assenza all'epoca di un riconoscimento ufficiale delle formazioni sociali omosessuali e dunque una tendenziale ostilità all'omogenitorialità; in secondo luogo, l'ostacolo normativo rappresentato dalla necessaria diversità di sesso degli adottanti e dall'imprescindibile rapporto matrimoniale tra gli stessi, soprattutto al fine di accedere alla *stepchild adoption* ex art. 44 lett. b), l. n. 184/1983⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ In questo senso, si v. Stefanelli, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 83 ss.

⁵⁵⁵ Long, «L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 117; Lopes Pegna, *Effetti in Italia della adozione co-parentale pronunciata all'estero: vecchie e nuove questioni*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2016, p. 725; Ferrando, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 171 ss.; Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1217; Chiovini, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 958; Olivero, *L'adozione del figlio del coniuge tra crisi coniugale e interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 282; Ferrando, *L'adozione in casi particolari del figlio naturale del coniuge*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 93; Bongiovanni, *L'adozione ordinaria del figlio del coniuge e il divario minimo d'età tra adottante ed adottando*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 932; Rossi Carleo, *Adozione e tutela della famiglia ricostituita*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 115.

La giurisprudenza di merito⁵⁵⁶ e di legittimità⁵⁵⁷ ha però “forzato” la normativa e “aggirato il problema”⁵⁵⁸ causato dai requisiti posti dalla normativa della adozione.

Il Tribunale di Roma⁵⁵⁹, accogliendo il ricorso *ex art. 44 l. n. 184/1983* proposto dalla compagna omosessuale della madre biologica della minore con la quale intratteneva da lungo tempo un rapporto sentimentale, ha concesso l'adozione, nonostante mancasse il requisito dello stato di abbandono e della differenza di sesso tra la richiedente e la madre biologica. Le due donne avevano di comune accordo deciso di intraprendere una fecondazione medicalmente assistita eterologa e che la madre non gestazionale aveva svolto per la figlia nata dal trattamento un ruolo di fatto genitoriale.

In considerazione dell'assenza di comprovate risultanze dimostranti la pregiudizialità della identità di sesso tra i genitori per la crescita del figlio, il giudice ha riconosciuto la facoltà del convivente di adottare *ex art. 44 lett. d)* il figlio del partner/genitore biologico o genetico: ritenendo che impedire ed ostacolare tale possibilità riserverebbe ai figli nati da conviventi dello stesso sesso un

⁵⁵⁶ Ai fini di una completa contestualizzazione è bene ricordare che nel procedimento di accoglimento e di “istituzionalizzazione” dell'omogenitorialità un passaggio intermedio determinante è rinvenire nella pronuncia del Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 138, ove è stato concesso l'affidamento al genitore omosessuale. A seguito della riforma in materia di affidamento del 2006, il criterio di valutazione che deve essere adottata è il superiore interesse del minore e, in tale prospettiva, l'orientamento sessuale del genitore è da considerarsi una “circostanza giuridicamente neutra”.

⁵⁵⁷ L'orientamento è andato poi consolidandosi ed è stato infine accolto da Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1193.

⁵⁵⁸ Così si esprime Cipriani, *Famiglie omogenitoriali e adozione*, in, *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017- Corte d'Appello di Lecce*, a cura di Dell'Anna Misurale, Viterbo, Napoli, 2017, p. 109.

⁵⁵⁹ Trib. Roma, 30 luglio 2014, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1533, con nota di Carrano, Ponzani, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico delle famiglie omogenitoriali*; *ivi*, 2015, p. 174 ss, con nota di Cipriani, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione delle famiglie omogenitoriali*; in *Fam. e dir.*, 2015, p. 574, con nota di Ruo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 109, con nota di Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*.

Si v. anche Bianco, *La tutela del genitore sociale nella famiglia ricostituita*, in Dell'Anna Misurale, Viterbo (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017 - Corte d'Appello di Lecce)*, Napoli, 2017, p. 169 ss.

comportamento discriminatorio che provocherebbe esiti dannosi al figlio in conseguenza alle scelte dei genitori⁵⁶⁰.

La questione centrale che viene risolta dal giudice riguarda però il prerequisito dello stato di abbandono, dovendo ricorrere una impossibilità di natura oggettiva a trovare una famiglia per il minore.

In motivazione si legge invece che l'impossibilità all'affidamento può essere altresì interpretata come impraticabilità dell'adozione ossia qualora manchi un requisito quale lo stato di abbandono. In motivazione, si afferma che, ai sensi dell'art. 44 lett. d) l. n. 184/1983, l'impossibilità dell'affidamento preadottivo non si limita all'impossibilità di fatto, ma altresì di diritto, sussistente dunque nel fatto che la minore non si trovasse in stato di abbandono.

Alcuni hanno osservato la portata "abrogatrice" dell'interpretazione fornita della norma dell'art. 44 lett. b), il cui ambito di applicazione si troverebbe ad essere assorbito dall'art. 44 lett. d), essendosi bypassato completamente il limite della sussistenza di un vincolo coniugale tra gli adottandi. In tale prospettiva, alcuna dottrina ha criticato la scelta argomentativa della giurisprudenza che avrebbe dovuto invece preferire e concentrarsi sull'interpretazione estensiva della fattispecie prevista ex art. 44 lett. b) e sul limite che la disposizione impone⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Repetto, *Le adozioni omoparentali davanti alla Corte Europea*, in Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza e diritti*, Roma, 2015, p.150 ss; Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 109.

⁵⁶¹ Opinione espressa da Cipriani, *Famiglie omogenitoriali e adozione*, in, *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017- Corte d'Appello di Lecce*, a cura di Dell'Anna Misurale, Viterbo, Napoli, 2017, p. 113. Timore condiviso da Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 119.

L'orientamento così inaugurato ha trovato l'avallo della giurisprudenza di merito⁵⁶² ed è stato infine accolto dal giudice di legittimità⁵⁶³ all'indomani dell'approvazione della legge n. 76/2016.

La Corte di cassazione chiarisce e sottolinea che, alla luce della normativa vigente, la situazione di abbandono (art. 8, comma 1) “non costituisce, diversamente dall'adozione legittimante, una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari, e che tale prescrizione di carattere generale si applica a tutte le ipotesi previste dallo stesso art. 44, lett. a), b), c) e d)”.

Il che appare coerente con la volontà del legislatore che promuovendo la forma dell'adozione in casi particolari “ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante", ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima”, garantendo così l'effettiva realizzazione degli interessi del minore.

La ricostruzione si pone altresì in linea di continuità con le linee ispiratrici degli interventi legislativi di riforma della filiazione e degli istituti dell'adozione e della stessa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani, in un'ottica di tutela e promozione del *best interest of the child*.

In questa prospettiva, il giudice di legittimità richiama in particolare l'insegnamento offerto dalla Cedu nel caso X ed altri contro Austria⁵⁶⁴, ove è stato riconosciuto in tema di adozione del figlio del partner, la violazione del principio

⁵⁶² App. Roma, 23 dicembre 2015, in *articolo29.it*; App. Milano, 16 ottobre 2015, *ivi*; App. Torino, 27 maggio 2016, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1910 ss. *Contra* Corte cost., 7 aprile 2016, n. 76; App. Torino, 27 maggio 2016; App. Napoli, ord., 5 aprile 2016; Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1933, con nota di Casaburi, *L'Unbirthday secondo il legislatore italiano: la «non» disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016 n. 76*.

⁵⁶³ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 1013 ss.; in *Guida al dir.*, 2016, 29, p. 15, con nota di M. Finocchiaro; in *Foro it.*, 2016, 7-8, I, c. 2342, con nota di Casaburi, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*.

In argomento Morace Pinelli, *Il problema della filiazione nell'unione civile*, in C.M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017, p. 303 ss.; Bellelli, *La disciplina della filiazione nella legge sulle unioni civili*, in *ibidem*, p. 320 ss.; Cipriani, *Le unioni civili*, in Pare (a cura di), *Famiglia e successione tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 56 ss.; Romeo, *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Napoli, 2018, p. 75.

⁵⁶⁴ Cedu, X ed altri contro Austria, 19 febbraio 2013, ric. n. 19010 del 2007, *cit*.

di non discriminazione stabilito dall'art. 14 Cedu in presenza di una ingiustificata disparità di regime giuridico tra le coppie eterosessuali e le coppie formate da persone dello stesso sesso.

Infine, pare opportuno evidenziare la prossimità temporale tra la pronuncia richiamata e l'emanazione della legge 20 maggio 2016, n. 76: la Corte di cassazione glissa sull'argomento, rilevando "che la L. 20 maggio 2016, n. 76 *omissis* non si applica, *ratione temporis* ed in mancanza di disciplina transitoria, alla fattispecie dedotta in giudizio".

Ciononostante non è possibile non segnalare che il significato politico e giuridico attribuito alla pronuncia è stato al contrario evidente agli occhi di parte della dottrina, soprattutto per quanto concerne il coordinamento tra la decisione e il tanto criticato art. 1, comma 20, della l. n. 76/2016, nella parte in cui, come già ricordato, sebbene escluda l'applicabilità della legge sull'adozione alle coppie dello stesso sesso, stabilisce che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti".

In tale prospettiva sembrerebbe infatti coerente con l'insegnamento della Corte sostenere una tendenziale apertura all'adozione co-parentale delle coppie dello stesso sesso, sostenuta inoltre dalla recente pronuncia delle Sezioni unite che hanno concesso il ricorso all'adozione in casi particolari del figlio del partner, anche nel caso in cui la filiazione sia insorta a seguito di pratica vietata dall'ordinamento, al fine di garantire la soddisfazione del superiore interesse del minore.

In una prospettiva di apertura, si è posta anche la giurisprudenza di merito. La Corte d'appello di Napoli⁵⁶⁵ ha accolto la domanda di stepchild adoption della madre non biologica di una coppia di donne unite civilmente, rifiutata dal Tribunale. Anche la madre non biologica va considerata mamma sin dalla nascita del bambino se ha condiviso con la compagna la scelta di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita (PMA). La Corte d'appello ha aperto la via all'adozione in casi speciali come richiesto, ma lo ha fatto con argomenti che vanno oltre la tutela minima approntata dalla *stepchild adoption* che ha il limite di essere subordinata ad

⁵⁶⁵ App. Napoli, 4 luglio 2018, in *questionegiustizia.it*.

una richiesta. Per i giudici, le regole della legge 40/2004 - secondo la quale i nati a seguito alla PMA hanno lo stato di figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alla pratica - devono valere anche per le coppie omosessuali, che illegalmente o all'estero hanno fatto ricorso a questa tecnica come nel caso esaminato. Uno status di figlio che opera anticipatamente per effetto del consenso, garantendo una tutela ancora più forte, in quanto a stabilità dello stato, rispetto a quella del nato da procreazione naturale.

4.1. Omogenitorialità e adozione legittimante. Riflessioni in attesa delle Sezioni Unite.

La vicenda giudiziale⁵⁶⁶ trae origine dalla pronuncia della Corte di appello di Milano⁵⁶⁷, che ha dichiarato l'efficacia nell'ordinamento italiano dell'*adoption order* emesso dalla *Surrogate's Court* dello Stato di New York, in forza del quale è stata dichiarata l'adozione di un minore nato a New York da parte di una coppia omosessuale maschile coniugata.

Contestualmente il giudice ordinava all'Ufficiale di stato civile di procedere alla trascrizione del provvedimento unitamente all'atto di nascita dell'adottato, contenente le “nuove generalità nonché le generalità dei genitori adottivi in luogo di quelli naturali”.

La Corte ha ritenuto infatti che l'adozione di un minore da parte di persone dello stesso sesso, pronunciata in conformità alla disciplina straniera⁵⁶⁸, non sia da considerare contraria all'ordine pubblico internazionale, tenuto conto dell'interesse superiore del minore al mantenimento dello *status filiationis* riconosciutogli.

L'accoglimento dell'istanza dei ricorrenti garantiva altresì il rispetto della dimensione relazionale e sociale del rapporto tra il minore e i genitori, quale manifestazione del diritto del minore alla tutela della vita familiare ex art. 8 Cedu, oltre che del diritto del minore alla sua identità personale.

⁵⁶⁶ Cass., ord., 11 novembre 2019 n. 29071, ancora inedita.

⁵⁶⁷ App. Milano, 9 giugno 2017, in *articolo29*.

⁵⁶⁸ Nel caso di specie la *Domestic Relation Law*, consultabile in codes.findlaw.com/ny/domestic-relations-law/.

Il decreto è stato però impugnato dal Sindaco di Samarate, motivando il ricorso in considerazione argomentazioni di natura processuale e sostanziale: avendo risolto e dichiarato infondate le questioni processuali⁵⁶⁹, il profilo sostanziale è stato oggetto dell'ordinanza interlocutoria della Prima Sezione della Suprema corte di cassazione in commento.

L'obiezione che viene mossa alla sentenza della Corte di Appello di Milano, questione principale e preordinata alla soluzione del quesito posto alle Sezioni Unite, si radica nella convinzione dell'incompatibilità degli effetti della sentenza di adozione piena ai principi dell'ordinamento interno, nel quale l'adozione legittimante è riservata esclusivamente alle coppie unite in matrimonio e dunque necessariamente di sesso diverso, ai sensi dell'art. 6 della legge sull'adozione.

In breve, la Corte chiede l'intervento delle Sezioni unite al fine di dirimere due questioni principali: la prima se la struttura normativa dell'adozione legittimante, che, ai sensi dell'art. 6 della l. n. 184/1983, esclude la genitorialità adottiva di una coppia dello stesso sesso, e se dunque debba essere considerata quale disposizione, espressione dei principi e dei valori dell'ordinamento interno e dunque suscettibile a parametro di ordine pubblico internazionale.

Ulteriormente, la Corte si chiede quale debba dunque essere il peso attribuibile all'interesse del minore alla conservazione del proprio *status* e in particolare in quale posizione esso si debba collocare nella "gerarchia dei valori"⁵⁷⁰, in considerazione della posizione assunta a riguardo dal giudice delle leggi⁵⁷¹ e

569 Tra le doglianze vi è stata infatti la denegata legittimazione passiva del Sindaco di Samarate, in quanto soggetto responsabile della tenuta dei registri dello Stato civile, riconosciuta al contrario dalla Prima sezione, e la presunta violazione processuale, avendo la Corte territoriale proceduto alla delibazione della sentenza invece che preferire la procedura di opposizione ex art. 95 d.P.R. n. 396/2000, con ciò dovendo attribuire la competenza al Tribunale. Anche quest'ultima questione è stata ritenuta infondata in considerazione dell'insegnamento delle Sezioni Unite del n. 12193/2019). Il problema connesso invece al litisconsorzio necessario del genitore adottivo pretermesso è stato risolto dall'intervento volontario dello stesso.

⁵⁷⁰ Cass., ord., 11 novembre 2019, n. 29071, § 7, in commento.

⁵⁷¹ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Riv. dir. intern.*, 2018, p. 632; in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 15 ss.

dalla Cedu⁵⁷².

Da ultimo, la Corte solleva un'ulteriore questione connessa alla sindacabilità del procedimento giurisdizionale di adozione svoltosi dinanzi alla corte statunitense, allo scopo di verificarne la compatibilità con l'ordine pubblico in considerazione della presunta/millantata insufficienza del mero consenso richiesto ai genitori biologici del minore adottato ai fini della dichiarazione di adottabilità dello stesso⁵⁷³.

Sotto quest'ultimo profilo, appare preliminare la risoluzione del questione di sindacabilità della procedura adottiva completata in conformità di una normativa straniera, con ciò definendo i confini dei poteri di valutazione del giudice nazionale dinanzi ad un giudizio di compatibilità di provvedimenti estranei all'ordinamento e all'ordine pubblico internazionale.

Si deve dunque ricordare che ai sensi dell'art. 64 della l. n. 218/1995, i provvedimenti stranieri debbano godere di una libera circolazione, salvo eccedano i requisiti richiesti. I principi che debbono dunque conoscere riconoscimento sono la libertà legislativa e il principio di legalità dei provvedimenti stranieri.

A ben vedere inoltre il problema pare irrilevante, in quanto la procedura dello stato di New York non si limita a richiedere il mero consenso: oltretutto paragonabile al consenso richiesto ai sensi della normativa interna nazionale che richiede l'assenso dei genitori biologici, anche qualora e soprattutto il minore non si trovi in stato di abbandono).

4.2. Adozione legittimante e il requisito della diversità di sesso

La facoltà di accedere alla procedura piena, ad opinione del ricorrente, ha dunque quale prerequisite imprescindibile il vincolo coniugale intercorrente tra gli adottanti, ciò ritenuto legittimo e confermato da un lato dalla discrezionalità riservata ai legislatori nazionali di attribuire veste giuridica all'unione

⁵⁷² *Grande Chambre*, Advisory opinion, P16-2018-001, 10th April 2019, in *Giur. it.*, 2019, p. 1016 e consultabile in *hudoc.echr.coe.int*.

⁵⁷³ App. Milano, 9 giugno 2017, in *Articolo29* e normativa vigente in Usa.

omosessuale, non necessariamente dovendosi ricorrere all'estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, mentre dall'altro dalla legge n. 76/2016 e dal d.lgs. n. 5 del gennaio 2017 che prevedono la trascrivibilità del matrimonio concluso all'estero da coppie dello stesso sesso nella sezione dedicata all'unione civile e non ai matrimoni, con ciò non limitandosi ad attribuire una diversa nomenclatura ma bensì a prevedere l'applicazione della disciplina "limitata" a tale qualifica corrispondente.

In tale prospettiva, la formulata ricostruzione, che riserva l'istituto dell'adozione ai coniugi, sembra inoltre trovare giustificazione e copertura costituzionale nel disposto dell'art. 29 Cost., "non è dato rinvenire una norma che consenta alle coppie gay di ottenere l'adozione legittimante di un minore".

La Sezione Prima remittente considera inoltre centrale la norma contenuta ex art. 1 comma 20 della l. n. 76/2016 ove si esclude l'applicabilità della legge sull'adozione alle coppie unite civilmente.

Assumendo tale struttura normativa, la Corte si chiede dunque se il requisito dell'unione matrimoniale e dunque la diversità di sesso tra i genitori possa essere considerato quale espressione dei principi propri dell'ordinamento tanto da configurare la incompatibilità dell'adozione legittimante omogenitoriale contraria all'ordine pubblico internazionale.

Assolutamente irrilevante la considerazione del legame biologico mancante, in considerazione della specifica funzione dello strumento giurisdizionale adottivo:

4.3. Soluzioni possibili

L'interesse del minore è il parametro e non di certo il principio di diversità di sesso della coppia dello stesso sesso: oltretutto avallare una distinzione fondata sulla presenza o assenza di un vincolo coniugale produrrebbe conseguenze pregiudizievoli non solo per il figlio ma anche per la coppia. Il primo infatti si vedrebbe privato dello status di cui è già titolare, e a rigore di logica si troverebbe ad essere giuridicamente in stato di abbandono.

L'idea è quella di ricorrere all'interpretazione sull'adozione in casi

particolari, lett. d) considerando l'assenza del vincolo matrimoniale e la diversità di sesso quale difficoltà di diritto all'adozione: sebbene si sia pienamente consapevoli che lo status di filiationis, o meglio il rapporto riconosciuto sarebbe comunque deteriore rispetto alla richiesta e rispetto al riconoscimento dell'adozione piena.

Ciò che si potrebbe verosimilmente affermare è che l'impianto argomentativo sia forviante.

Ciò che infatti sembra minare l'impianto argomentativo delle recenti pronunce è quella di ricercare una tendenziale identità dei dettati normativi, che chiaramente non rivendendosi, porta ad un rigurgito nazionalista.

Sarebbe infatti auspicabile una diversa impostazione: vista la ratio e la finalità della normativa in materia di adozione, che è comunemente individuata nella attribuzione di una famiglia a minori che per svariati motivi non possono essere cresciuti ed educati nel proprio nucleo familiare primigenio; in virtù di tale principio quale generale espressione del principio di solidarietà, ciò che dovrebbe essere indagato dovrebbe essere quello di mirare al soddisfacimento del superiore interesse del minore ad avere una famiglia, sebbene adottiva.

Ciò presuppone inoltre una considerazione circa il bene giuridico che la normativa in materia di adozione e i più elevati principi costituzionali mirano a tutelare: non la differenza di genere o di orientamento sessuale tra gli adottanti, ma la stabilità emotiva e giuridica del legame di filiazione, che prescinde dalla identità biologica tra i genitori e l'adottante.

In questo caso in particolare quale conseguenza di una procedura giurisprudenziale conforme ad un ordinamento straniero, a cui è riservata la scelta legislativa e processuale. Allo stesso modo in cui in sede di delibazione di danni punitivi si è proclamata l'apertura dell'ordinamento a istituti estranei – non come in questo caso ove la fattispecie è identica – a patto che perseguissero principi condivisi e potesse essere rinvenuto nell'ordinamento procedure similari.

Inoltre è bene ricordare che non solo il legislatore, ma persino le SU hanno ribadito la centralità dell'istituto dell'adozione nell'attribuire giuridicità a filiazioni prive di biologia, procedura a cui è riservata esattamente tale funzioni.

In conclusione il quesito ultimo e risolutivo a cui le Sezioni Unite sono

chiamate a pronunciarsi, pare non tanto essere una valutazione di una burocratica apposizione di un “vaglio di conformità”, richiesta che negli ultimi anni gli è stata presentata più volte. Questo a rimarcare l’assenza di una struttura normativa idonea a risolvere il nuovo contesto familiare e altresì incapace a rispondere alle esigenze di parità sociale;

Ciò a cui sono chiamate è ancora più quello di decretare un principio di prevalenza il più possibile chiaro, ossia se sia la eterosessualità della coppia genitrice o se sia l’interesse dei figli ed il divieto di discriminazione per ragioni di sesso a prevalere nel nostro ordinamento.

5. La genitorialità sociale e gli istituti che la governano in UK.

Appare interessante in una prospettiva di indagine delle diverse realtà ordinamentali, soffermarsi nell’analisi della normativa vigente in UK, che si caratterizza per avere predisposto un ventaglio di differenti vesti giuridiche che può assumere l’adulto che si prenda di fatto cura di un minore, senza detenere uno *status* genitoriale, ma esercitando però la responsabilità parentale⁵⁷⁴.

La possibilità di esercitare la responsabilità genitoriale a prescindere dalla titolarità dello status genitoriale risponde alla concezione secondo cui il titolo genitoriale possa non coincidere con l’effettivo esercizio del ruolo. Le tipicizzazioni fornite dal *Children Act* 1989 premettono all’adulto esercente la *parental responsibility* di assumere, agli occhi della legge, i medesimi diritti e doveri concessi a chi assume lo status automaticamente alla nascita del figlio⁵⁷⁵.

Lady Hale afferma che sussistono tre modi per una persona per divenire un “*natural parent*”, ed ognuno di questi deve essere considerato come un “*very significant factor*”, che sono “*genetic, gestational and social – psychological*”⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ In tema di acquisizione della responsabilità genitoriale si v. Sendall, *Family Law*, Oxford, 2019, p. 193; Sutherland, *Child and family law*, II ed., Edinburgh, 2008, p. 362; Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 335; Lamont, *Family law*, Oxford, 2018, p. 335 – 336.

⁵⁷⁵ Lamont, *Family law*, Oxford, 2018, p. 335; Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 335; Sendall, *Family Law*, Oxford, 2019, p. 248.

⁵⁷⁶ Distinzione che si è già analizzata nell’Introduzione.

Nella medesima sentenza, Lady Hale⁵⁷⁷ offre una descrizione molto efficace della *social and psychological parenthood*, sostenendo che tale rapporto si sostanzia in una “*relationship which develops through the child demanding and the parent providing for the child's needs, initially at the most basic level of feeding, nurturing, comforting and loving, and later at the more sophisticated level of guiding, socialising, educating and protecting*”.

Il riferimento allo *psychological parent*, come la giudice ricorda, viene utilizzato da Goldstein, Freud and Solnit, i quali lo definiscono come “*who, on a continuous, day-to-day basis, through interaction, companionship, interplay, and mutuality, fulfils the child's psychological needs for a parent, as well as the child's physical needs. The psychological parent may be a biological, adoptive, foster or common law parent*”⁵⁷⁸”.

Appare opportuno ricordare che la tripartizione descritta non è stata pienamente condivisa: la considerazione di Lady Hale affonda le proprie radici nel presupposto che tutte e tre le modalità di assunzione dello status genitoriale siano “*very significant*”, suggerendo dunque l’idea che esse condividano un medesimo peso ed una medesima struttura di rapporti tra il genitore e i figli. Si desume altresì che non vi sia un rapporto gerarchico tra le stesse, dovendosi dunque affermare che non vi sia nemmeno una presunzione o una preferenza su di una di esse.

La critica mossa a tale ricostruzione è quella di ingenerare una serie di incomprensioni sul piano sistematico: la questione centrale insorgente dall’assunto è il fatto che venga trascurata la preferenza accordata al rapporto genetico e al genitore naturale, precetto che è stato già da tempo chiarito dalla House of Lords in *Re B*⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ *Re G* [2006] UKHL 43, § 35, cit.

⁵⁷⁸ Goldstein, Freud, Solnit, *Beyond the best interest of the child*, London, 1979. Si v. anche Curtis, *The Psychological Parent Doctrine in Custody Disputes between Foster Parents and Biological Parents*, in *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 1980, 16, 2, p. 149; Warzynski, *Termination of Parental Rights: The Psychological Parent Standard*, in *Villanova Law Review*, 1994, 39, 3, p. 737.

⁵⁷⁹ Also, *Brixey v. Lynas* [1996] 2 FLR 499.

È stato infatti evidenziato che la definizione offerta per “*natural parent*” sembra inaccurata e non soddisfacente del significato ontologico del legame genetico e sembra dunque lontana dall’essere convincente.

Più precisamente, il significato comune che viene attribuito al genitore naturale evoca l’evento della nascita⁵⁸⁰, quale conseguenza dell’unione tra uomo e donna e ciò rimane non facilmente aderente con l’intenzione di veicolare una equiparazione tra i tipi di legami. L’attributo naturale in sé è dunque foriero del concetto di naturalità connesso al legame di sangue e all’idea che il figlio sia appartenente al figlio.

Inoltre, la ripartizione illustrazione promuove da un lato la frammentazione dell’ideale genitore naturale, convogliandolo nella disgiunzione tra gestazionale e genetico e dall’altra, attribuisce alla relazione quotidiana una caratteristica naturale che non appartiene al genitore sociale o al *foster parent*, basato al contrario su una situazione di fatto.

Diduck offre un’interpretazione convincente dell’insegnamento di Lady Hale: ella afferma che ciò che deve essere considerato “tripartito” non sia la naturalità del legame genitoriale, ma il legame giuridico di genitoriale. Questo perché spesso i progenitori, coinvolti nelle procedure procreative presentano una pluralità di possibili legami genetici (si pensi all’ipotesi della coppia di madre una gestante e l’altra genetica).

“It’s not entirely clear, first, because the concepts parentage, parenthood and natural parent seem to be elided throughout her opinion, and, secondly, because biological parenthood is the only way in which a woman can become a legal parent”⁵⁸¹.

5.1. Le tipologie di genitorialità sociale.

⁵⁸⁰ Goldstein, Freud, Solnit, *Beyond the best interest of the child*, London, 1979, p. 16.

⁵⁸¹ Diduck, *If only we can find the appropriate terms to use the issue will be solved: Law, identity and Parenthood*, in *Child & Family Law Quarterly*, 2007,19, p. 463.

La *ratio* sottesa agli istituti che ci accingiamo a illustrare brevemente è da rinvenirsi nel fatto che lo *status* genitoriale e l'esercizio della responsabilità solitamente da esso discendente possono, al ricorrere di una pluralità disomogenea di circostanze temporanee e non, non convergere sulla medesima persona⁵⁸².

La normativa inglese regola diverse categorie di soggetti che si prendono cura dei minori in “a parental way”, tra queste si annoverano: *guardianship, foster parents, treating child as a child of the family, step-parent e others categories*.

Con nessuna pretesa di completezza, si desidera brevemente illustrare le tipologie di genitorialità sociali modulabili e adeguabili alle esigenze e alla circostanza in cui verte il minore.

Ciò che preme segnalare è la tecnica legislativa adottata, ossia la istituzionalizzazione delle figure genitoriali di fatto, al fine di perseguire una maggior protezione e salvaguardia degli interessi del minore.

5.1.1. Guardianship.

L'istituto nasce dall'esigenza di fornire ai figli rimasti orfani adulti che si prenderanno cura di loro: i genitori esercenti la responsabilità genitoriale possono nominare dei *guardians*, che possono essere anche i genitori sociali, che si prendano cura dei figli nell'eventualità di una premorienza e che a loro volta possono nominare degli altri guardiani a loro volta che li sostituiscano (Children Act 1989 s. 5 (5))⁵⁸³.

⁵⁸² Interessante l'analisi dell'ordinamento tedesco di Britz, *Biological and social parenthood*, in *Family law and culture in Europe. Developments, challenges and opportunities*, di Boele-Woelki, Dethloff, Gephart, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, p. 169. Si v. El-Jourbagy, *On the Road Again: Legal Lessons Abound on Family's Cross-Country Road Trip*, in *Oregon State Bar Bulletin*, 2019, 79, 8, p. 36; Riehl, McClurg, Shuman, *Child Placed in Kinship Care: Recommended Policy Changes to Provide Adequate Support for Kinship Families*, in *Children's Legal Rights Journal*, 2019, 39, 1, p. 101.

⁵⁸³ Consultabile in www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents. In argomento si v. Lamont, *Family law*, Oxford, 2018, p. 509; Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 335; Lowe, Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford, 2015, p. 296 ss; Sutherland, *Child and family law*, II ed., Edinburgh, 2008, p. 429. Si v. anche El-Jourbagy, *On the Road Again: Legal Lessons Abound on Family's Cross-Country Road Trip*, in *Oregon State Bar Bulletin*, 2019, 79, 8, p. 3. Nel sistema statunitense Schwart, *Reinventing guardianship: subsidized*

È preclusa la possibilità di procedere alla nomina al padre che sia privo di responsabilità genitoriale, così come qualsiasi adulto che non eserciti la responsabilità non può disporne.

La nomina deve essere scritta, datata e firmata e può essere contenuta in un testamento, anche se non è necessario.

L'efficacia della nomina è subordinata al decesso del genitore che eserciti la *parental responsibility* e alle condizioni in cui verte il genitore a cui sia stato concesso un *residence order*, provvedimento che la corte conferisce a seguito della crisi della coppia al genitore convivente con la prole⁵⁸⁴.

Nel caso in cui un *residence order* venga concesso in favore di uno dei genitori, la *guardianship* sarà efficace nel momento in cui questi deceda, anche se l'altro genitore dovesse ancora essere in vita e sia titolare della *parental responsibility*. In questo caso il figlio avrà sia un genitore che un guardiano.

Qualora invece non vi siano provvedimenti circa l'affidamento dei figli, allora la *guardianship* avrà effetto quando entrambi i genitori siano deceduti. La giustificazione di tale distinzione di trattamento nei due casi citati risiede, ad opinione di alcuna dottrina, nel fatto che qualora a seguito della crisi tra i genitori la corte abbia previamente disposto l'affidamento esclusivo nei confronti di uno solo dei genitori, sembra doversi dedurre che vi sia stata una valutazione di inidoneità del padre o della madre a cui non sia stato concesso il *residence order*. Alla luce di tale considerazione, è comprensibile dunque che in caso di premorienza dell'unico genitore affidatario la normativa affidi al *guardian* la responsabilità genitoriale, al fine di garantire una migliore tutela del figlio⁵⁸⁵.

Anche l'autorità giudiziaria può nominare un guardiano quando i progenitori sono entrambi deceduti senza aver nominato loro stessi un guardiano; la corte può inoltre designare dei *guardian* diversi qualora quelli nominati dal genitori siano considerati incapaci di affrontare il ruolo loro affidato⁵⁸⁶.

guardianship, foster care and child welfare, in *New York Review of Law and social change*, 22, 2, 1997, p. 441 ss.

⁵⁸⁴ Lamont, *Family law*, Oxford, 2018, p. 335 ss.

⁵⁸⁵ Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 319 ss.

⁵⁸⁶ Lowe, Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford, 2015, p. 244 ss.

Il *guardian* ottiene la responsabilità parentale, può opporsi all'avvio della procedura adottiva e può nominare un guardiano che lo sostituisca in caso di premorienza. Sebbene egli si incaricato della cura del minore non è però responsabile di provvedere economicamente del minore e non si creano altresì rapporti successori. Altresì, non instaurandosi rapporti di parentale, la cittadinanza non passa al guardiano.

Il *guardian* ha più poteri e diritti di un non genitore con responsabilità parentale, ma non ha tutti diritti e le responsabilità di un genitore con responsabilità parentale, ossia il dovere legale di mantenere i figli e provvedere all'educazione al mantenimento all'aiuto medico. La spiegazione risiede nel fatto che sia il timore che i guardiani non accettino ruolo se potessero diventare responsabili economicamente per il figlio⁵⁸⁷.

La nomina può essere revocata in caso di successiva nomina di persona diversa; qualora il genitore revochi unilateralmente il documento nomina; ed è revocata se il testamento in cui è contenuta viene revocato; se viene distrutto il documento in cui essa è contenuto. Infine qualora venga nominato quale guardiano il marito o la moglie del genitore genetico, la nominato deve considerarsi revocata di diritto dal successivo divorzio, venendo meno il rapporto che giustificava la scelta.

Il *guardian* stesso può rifiutare in un ragionevole lasso di tempo e cessa così la titolarità dei diritti delle responsabilità.

La corte può stabilire la fine della *guardianship*. Chiunque con *parental responsibility* e il figlio possono richiedere la revoca. Il principio del welfare del minore guida la decisione e la Corte può anche decidere per una sostituzione.

Il termine si rileva anche alla morte del figlio; del guardiano o quando il figlio raggiunge la maggiore età, o qualora il figlio si sposi, anche se a riguardo ci sono alcuni dubbi circa gli effetti.

⁵⁸⁷ Lamont, *Family law*, Oxford, 2018, p. 505; Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 319 ss.; Lowe, Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford, 2015, p. 284; Sutherland, *Child and family law*, II ed., Edinburgh, 2008, p. 724-725.

5.1.2. Foster parents.

La Section 66 del *Children Act* 1989 definisce *foster parents* i soggetti che si prendono cura dei minori per lungo tempo, ma non sono ad essi legati⁵⁸⁸.

Tale tipologia ricopre un'ampia varietà di circostanze comprensive più semplicemente della richiesta ad un amico da parte di uno dei genitori di prendersi cura del figlio mentre è ricoverata in ospedale; una famiglia approvata dalla autorità locale per prendersi cura del figlio che sia sotto la cura della dell'autorità locale.

La legge individua un'importante distinzione tra questi accordi che sono privati e quelli pubblici stabiliti dall'autorità locale.

Il *Children Act* 1989 definisce "*private foster child*" il figlio che non abbia ancora compiuto i 16 anni di cui si prenda cura qualcuno che non è un genitore, non ha responsabilità genitoriale, non è un parente che tiene presso di sé il minore da almeno 28 giorni (da questa lista devono essere escluse le *baby sitter*, i centri di cura giornalieri e istituti che offrano servizi equivalenti).

In pratica vi è una limitata regolamentazione dei private foster parents. Non vi è bisogno dell'autorizzazione o dell'approvazione della corte o delle autorità locali, anche se l'autorità locale dovrebbe essere informata dai foster parents del fatto che "*they are fostering*" o hanno intenzione di prendersi cura del minore secondo tali modalità.

L'autorità locale può porre in essere attività di controllo; essa infatti può predisporre ispezioni della casa dove il minore vive e viene accudita al fine di verificarne l'idoneità e può controllare altresì l'operato dei *foster parents*. Ciononostante si ritiene improbabile che salvo non vi sia avvisi che denunciino che attività lesive vengano poste in essere nei confronti del minore l'autorità si attivi in tal senso.

I *foster parents* non ottengono automaticamente la responsabilità parentale e possono essere definiti ex s. 3(5) *Children act* 1989 come coloro che non hanno e dunque non esercitano la responsabilità parentale per un figlio specifico, ma

⁵⁸⁸ Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017, p. 319 ss.; Lowe, Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford, 2015, p. 294; Lamont, *Family law*, Oxford, 2018, p. 509.

ciononostante si prendono cura del figlio. È ragionevole ritenere che in base alle circostanze tale istituto sia stato ideato e modellato al fine di ottenere la sicurezza e la promozione del benessere del minore.

Le autorità tendenzialmente non intervengono, salvo che i genitori non lo richiedano soprattutto qualora i *foster parents* si rifiutino di riconsegnare il figlio. La casistica dimostra che in questi casi si debba chiaramente preferire e ordinare la consegna del minore sotto la custodia dei genitori naturali, anche se indigenti e non educati⁵⁸⁹, presumibilmente in forza della preferenza riconosciuta al legame biologico e genetico.

5.1.3. Those who treat a child as “a child of the family”.

Anche se un adulto non è il genitore biologico del figlio, ci sono conseguenze legali se lui/lei tratta un bambino come “figlio della famiglia”⁵⁹⁰.

“Figlio della famiglia” definisce qualsiasi bambino di una coppia sposata e qualsiasi bambino trattato da una coppia sposata. La definizione copre sia i figli genetici nel matrimonio sia i figli che non essendo geneticamente collegati agli sposi sono stati da essi cresciuti come loro. La definizione copre altresì gli *step children* che sono trattati dagli *step parents* come loro.

La definizione però non riguarda i figli cresciuti da coppia non sposata.

La giurisprudenza ha proposto un test per verificare la configurabilità del rapporto, rispondendo alla domanda “un osservatore indipendente di estraneo deve guardare alla situazione e chiedersi se le prove mostrano che il figlio si è trattato come membro della famiglia?”

Il test si focalizza sulla condotta degli adulti più che delle apparenze. Il figlio deve essere trattato come un figlio della famiglia, quindi si desume che debbano coesistere un marito e una moglie che vivono insieme.

Le conseguenze:

⁵⁸⁹ RE K [1991] 1 FLR 57.

⁵⁹⁰ Lamont, *Family law*, Oxford, 2018, p. 230-231.

- in caso di divorzio uno sposo è responsabile per il mantenimento finanziario del figlio che trattato come fine della famiglia;
- una persona che abbia trattato il figlio come figlio della famiglia potrebbe essere responsabile per il supporto finanziario;
- può essere titolare dell'affidamento e del diritto di visita senza bisogno di andare in corte;
- il figlio potrebbe avere diritti sulle proprietà dell'adulto che l'ha trattato come della famiglia diritti successori.

Usando il concetto di figlio della famiglia, la legge riconosce la genitorialità sociale anche se ristretta a coloro che sono sposati. I genitori biologici potranno essere chiamati a mantenere il figlio in vigore della *Child Support Act* 1991, dell'*Children Act* 1989 e del *Matrimonial Causes Act* 1973; mentre il genitore sociale potrebbe essere responsabile in virtù del rapporto con il "figlio della famiglia".

5.1.4. La responsabilità genitoriale tra *step parent* e genitore biologico.

Lo *step parent* è colui o colei che sposa la madre o il padre biologico del minore. È stato osservato come il termine viene utilizzato comunemente anche nei contesti non matrimoniali, ossia anche nel caso in cui lo *step parent* non sia sposato/a con il genitore biologico convivente, indicando così semplicemente l'inserimento di un adulto geneticamente estraneo ai figli nel nucleo familiare⁵⁹¹.

È bene evidenziare che il vincolo orizzontale esistente tra il genitore biologico e il "nuovo" coniuge non determina automaticamente l'insorgere di un rapporto orizzontale e formale tra i figli del primo e il secondo. La normativa subordina tale effetto alla scelta discrezionale del singolo di attivare una delle procedure previste, riservando così la formalizzazione del rapporto alla volontà dei membri della famiglia.

⁵⁹¹ Doughty, *Myths and misunderstandings in adoption law and policy*, in *Child and Family Law Quarterly* 27, 2015, p. 331; Young, *This Child Does Have 2 (Or More) Fathers-Step-Parents and Support Obligations*, in *McGill Law Journal*, 2000, 45, 1, p. 107.

Alla luce della normativa vigente, sussistono tre modalità attraverso cui lo *step parent* possa assumere una veste legale o meglio acquisire un titolo o ottenere un provvedimento a cui consegua l'attribuzione di uno status genitoriale

Una prima opzione potrebbe essere quella di richiedere un *residence order*, disgiuntamente o congiuntamente al genitore genetico che vive con il figlio. In alternativa potrebbe essere una valida strada anche l'istanza di concessione di un *contact order* o di un *parental responsibility order*, con la consapevolezza che in caso di scioglimento del vincolo matrimoniale tale provvedimento perderà automaticamente effetto.

È opportuno precisare però che l'ottenimento di suddetti ordini però non ha effetto diretto sulla responsabilità parentale del genitore biologico non convivente.

Una seconda possibilità è il ricorso all'adozione congiunta del genitore naturale e dello *step parent*. Diversamente dalla prima illustrata scelta, l'ottenimento del provvedimento di adozione estingue la genitorialità del genitore biologico non convivente e rende il genitore convivente e lo *step parent* gli unici genitori legali del figlio⁵⁹².

In questo si rileva una significativa differenza con la equivalente disciplina prevista nella normativa italiana per l'adozione in casi particolari del figlio del coniuge (art. 44 lett. b), l. n. 184/1983), ove infatti non si determina l'eliminazione del rapporto genitoriale in capo al genitore non convivente, ma al contrario provoca l'insorgere di un "terzo" rapporto con il coniuge del progenitore biologico convivente, per di più "pieno" come avviene per effetto della sola procedura adottiva legittimante.

Lo *step parent* non ha obblighi legali di mantenimento nei confronti dello *step child*. Ma se lei o lui tratto dal figlio della famiglia, in caso di divorzio potrebbero essere chiamati al mantenimento del figlio (*Matrimonial Causes Act 1973*).

⁵⁹² Lowe, Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford, 2015, p. 385; D'Angelo, *Rethinking family law: a new legal paradigm for stepfamilies?*, in in *Family law and culture in Europe. Developments, challenges and opportunities*, a cura di Boele-Woelki, Dethloff, Gephart, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, p. 217 ss. In argomento di adozione in US, si v. Katz, *Family law in America*, II ed., Oxford, 2015, p. 171 ss., in part. P. 193.

5.1.5. Others caring for the child.

Un amico di famiglia o un parente può prendersi cura del figlio quotidianamente senza avere un ruolo ufficiale e da tale rapporto di fatto non discende la responsabilità parentale. In ogni caso la legge prevede alcune modalità in cui il *day-to-day carer* è regolati.

È possibile delegare responsabilità parentale (2(9) Children act) senza necessità di ottenere un'approvazione della corte.

La Section 3(5) Children Act 1989 se un adulto si prende cura del figlio lui e lei dovrebbe fare ciò che è ragionevole in tutte le circostanze del caso al fine di per seguire la salvaguardia e la promozione del benessere del minore”

Un *carer* può richiedere di intervenire in tutela del figlio⁵⁹³..

Le persone che si prendono cura dei minori possono essere perseguiti penalmente qualora il loro comportamento configuri un comportamento lesivo della persona e del benessere del bambino.

6. Possibili soluzioni alle lacune normative e futuri argomenti di ricerca.

6.1. Il *best interest of the child* quale criterio di qualificazione e attribuzione della genitorialità.

Un criterio che deve essere preso in considerazione al fine di attribuire lo status parentale è il superiore interesse del figlio, che può essere utilizzato, ed è spesso utilizzato dalla giurisprudenza, quale strumento per ottenere una formale genitorialità soprattutto in caso di insorgenti dispute tra genitori.

La prevalenza del *best interest of the child*, principio ispirato dalla visione paidocentrica che rappresenta l'essenza della struttura del diritto di famiglia, può essere criticata da una pluralità di prospettive.

⁵⁹³ Re D [1976] Fam 185. Caso in cui un educatore ha adito la corte contro alla sterilizzazione di una bambina di 11 anni in quanto i genitori non si erano opposti.

Prima di tutto, non sussiste una definizione, né linee guida, che possano essere fruibili ed utilizzabili al fine di individuare un contenuto legale dell'interesse del figlio: ciò implica che tale contenuto debba essere disegnato alla luce di una analisi casistica e debba essere espressione di una analisi delle circostanze del caso concreto.

Tale assunto implica altresì che qualsiasi elaborazione o formulazione delle esigenze del minore è il risultato di una visione adultocentrica, fondata sulla esperienza e sui loro convincimenti degli adulti coinvolti; ogniqualvolta infatti il minore non possa essere ascoltata in sede giudiziale, in ragione della sua giovane età o dell'assenza di maturità o capacità cognitive, le decisioni concernenti la genitorialità, la custodia o l'affidamento sono basate sulla base di criteri eterogenei, che possono essere influenzati da una pluralità di variabili.

In aggiunta, i giudici detengono un consistente potere discrezionale e libertà di scelta circa le modalità in cui l'interesse del minore debba essere realizzato e soddisfatto, specialmente in quei casi in cui la controversia di attribuzione della genitorialità insorga quando non è stato ancora creato una *routine* quotidiana nella vita affettiva e relazionale del minore: in queste circostanze le decisioni devono essere necessariamente prese alla luce di presunzioni e di valutazioni *ex ante*.

È altresì vero che, come è stato evidenziato la critica mossa alla prospettiva adulta di risoluzione delle dispute coinvolgenti minore deve essere considerato come un "accepted risk" nella dimensione della legislazione e dei diritti dei minori, in ragione della vulnerabilità dei soggetti coinvolti e della impossibilità di regolare la materia secondo modalità differenti.

Inoltre, il superiore interesse del minore, modellato sul rispetto e sulla soddisfazione delle esigenze e degli interessi dello stesso, presenta un altro aspetto: dire che la relazione del bambino con uno specifico adulto non deve essere interrotta o deve conoscere una legittimazione e una formalizzazione è equivalente a dire che il "this adult's rights are protected against intrusion by the state on behalf of other adults"⁵⁹⁴.

⁵⁹⁴ Goldstein, Freud, Solnit, *Beyond the best interest of the child*, Collier Macmillan Publishers, London, 1979, p. 105-106.

Tale assunto rende evidente altresì un altro aspetto di vulnerabilità e ambivalenze del sistema fondato sull'interesse del minore "laws are made by adults for the protection of adults' right"⁵⁹⁵.

In ogni caso, il vantaggio di questo principio è che è focalizzato, almeno su di un piano teorico, sui bisogni del figlio, prospettiva che non è presa in considerazione da quella teorizzazione che tende a privilegiare quale punto prospettico e quale criterio di attribuzione della genitorialità la intenzionalità procreativo e l'assunzione della responsabilità genitoriale.

Alle volte inoltre può essere utile quando ci sono circostanze che rendono tendenzialmente facile e agevole applicare con buone possibilità di soddisfazione delle esigenze del figlio.

6.2. Nuovi criteri di attribuzione del rapporto di genitorialità: tra condivisione del progetto genitoriale e assenza di legami biologici. Il *functional parentig*.

Polikoff propone una definizione basata sul concetto di "functional parenting"⁵⁹⁶, il che comporta la rimozione dell'ostacolo rappresentato dalla definizione di genitorialità che promuove il rafforzamento del legame biologico e affronta la difficile collocazione del genitore non genetico nel contesto normativo.

La ricostruzione offerta sembra essere composta dalla combinazione tra la conservazione dello status quo e il bilanciamento del soddisfacimento del superiore interesse del minore.

Il contesto in cui tale elaborazione è stata formulata è quello delle famiglie composte da due madri, ma facilmente adattabile a tutti i casi in cui vi sia un genitore sociale, e l'intento perseguito è quello di promuovere da un lato l'eliminazione di una restrittiva definizione di genitore fondata sul legame di sangue

⁵⁹⁵ Goldstein, Freud, Solnit, *Beyond the best interest of the child*, Collier Macmillan Publishers, London, 1979, p. 106.

⁵⁹⁶ Polikoff, *This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families*, in *Geo. L. J.*, 1990, 78, p. 537.

e dall'altro l'adozione di un approccio maggiormente flessibile, soprattutto in sede giudiziale.

Nell'analisi casistica della giurisprudenza soprattutto americana offerta da Polikoff, si rinvencono una serie di diverse proposte interpretative fondate sui concetti di *equitable parenthood*⁵⁹⁷, di *equitable estoppel*⁵⁹⁸ e di *in loco parentis*⁵⁹⁹.

In tale illustrazione l'"equitable parent" può essere considerate come can be "*natural parent*" se si verificano alcune circostanze o se possono essere individuate alcuni indici:

a) il mutuo riconoscimento della relazione tra genitore sociale e figlio, soprattutto nell'ipotesi in cui l'altro genitore genetico convivente collabori allo sviluppo di tale rapporto affettivo;

b) il genitore sociale desidera avere ed esercitare i diritti e doveri proprio della figura genitoriale legale

c) il genitore sociale si propone altresì di sostenere il figlio su di un piano economico⁶⁰⁰.

La definizione di "*child-parent relationship*" ha preso spunto invece dalla Corte dell'Oregon, ove si afferma che "a relationship that exists or did exist, in whole or in part, within the six months preceding the filing of an action omissis, and in which relationship a person having physical custody of a child or residing in the same household as the child supplied, or otherwise made available to the child, food, clothing, shelter and incidental necessities and provided the child with necessary care, education and discipline, and which relationship continued on a day-to-day basis, through interaction, companionship, interplay and mutuality, that

⁵⁹⁷ Polikoff, *This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families*, in *Geo. L. J.*, 1990, 78, p. 483.

⁵⁹⁸ Polikoff, *This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families*, in *Geo. L. J.*, 1990, 78, p. 486.

⁵⁹⁹ Polikoff, *This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families*, in *Geo. L. J.*, 1990, 78, p. 489.

⁶⁰⁰ 160 Mich. Ap. 601, 408 N.W. 2d 516 (1987).

fulfilled the child's psychological needs for a parent as well as the child's physical needs”.

Un diverso approccio, che può idealmente porsi in una posizione mediana tra le due proposte illustrate precedentemente, viene elaborato da Katharine Bartlett⁶⁰¹ che ha sviluppato un *test* che ridefinisce la genitorialità fornendo uno status non esclusivo ed escludente e che permette di concedere *custody* e *visitation order* basati sul *best interest of the child*.

Tre sono i criteri per individuare uno *psychological parent*:

(1) *physical custody of the child for at least six months;*

(2) *mutuality, the adult's motivation is genuine care and concern for the child" and "the child perceives the adult's; role to be that of [a] parent;*

(3) *the relationship with the child began with the consent of the child's legal parent or under court order.*

Alla luce delle predette considerazioni, lo sforzo normativo e giurisprudenziale dovrebbe essere indirizzato a preservare e salvaguardare l'esigenza del minore a mantenere inalterate le proprie relazioni parentali, che rischiano di essere sacrificate da un approccio “omogeneo”, che tenti di conservare la struttura della famiglia tradizionale.

In ultima analisi sembra potersi affermare che le elaborazioni illustrate offrono alcuni vantaggi: in particolare la definizione di genitorialità basata su di una situazione di fatto promuove la tutela del superiore interesse del minore, improntando tale salvaguardia alla stabilità delle relazioni parentali⁶⁰².

⁶⁰¹ Bartlett, *Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Promise of the Nuclear Family Has Failed*, 70, in *Virginia Law Review*, 1984, p. 879, in part. p. 944 ss.

⁶⁰² Polikoff, *This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families*, Geo. L. J., 1990, 78, p. 573, ove si legge “many children live in families that do not conform to the one mother/one father model. The law's unwillingness to recognize and preserve parent-child relationships in non traditional families sacrifices the best interests of children in those families. Rather than emphasizing the children's interests in the continuity and stability of their parental relationships, current definitions of parenthood emphasize the state's interest in preserving the fiction of family homogeneity. Thus, courts should redefine parenthood to include anyone in a functional parental relationship that a legally recognized parent created with the intent that an additional parent-child relationship exists. Protection of functional parental relationships serves children's

6.3. La proposta radicale: dissoluzione del concetto *parentage* ed esercizio condiviso della responsabilità genitoriale.

La proposta di Therese Callus si caratterizza invece per una invasiva forza innovatrice: ella propone di “*de-legalising parentage and privileging parenthood*”.

La sua elaborazione si fonda sulla promozione di un nuovo modello genitoriale, partendo dalla chiara e netta distinzione tra il concetto di *parentage*, che deve essere confinato al legame biologico tra i progenitori e i discendenti, senza che però ciò determini l’automatico insorgere del vincolo legale, e di *parenthood*, costituendo diversamente il riconosciuto rapporto legale formato alla luce dell’intenzione di essere genitore.

In alter parole, la mera esistenza di un legame genetico/biologico non dovrebbe necessariamente generare le conseguenze legali, salvo non vi sia diversa volontà dei progenitori.

In questa ultima ipotesi la biologia provvederà alla formazione automatica di un rapporto che individui il genitore responsabile per il figlio, essendo in questo caso il rapporto legale conseguenza della volontà presunta dall’unione sessuale che ha condotto alla nascita del figlio⁶⁰³.

Anche se ad opinione di chi scrive le intenzioni della tesi prospettata siano apprezzabili in termini di sviluppo e valutazione dell’elemento intenzionale, non si può però condividere profondamente in quanto la sostituzione dell’elemento volontaristico a quello biologico pare essere in ultima analisi esclusivamente apparente.

needs for continuity and stability. Limiting the protection to those relationships that a legally recognized parent intended serves the rights of parents to autonomy in structuring their families”.

⁶⁰³ Callus, *A New Parenthood Paradigm for Twenty-First Century Family Law in England and Wales*, in *Legal Stud.*, 2012, 32, p. 347, in part. p. 359-360.

In tale ricostruzione infatti la madre gestazionale sarà legata al figlio a prescindere dalla sua volontà di essere madre legale, specialmente nei casi in cui non le sia concessa la possibilità di disconoscere il proprio stato.

I vantaggi della distinzione proposta devono essere visti nella loro pratica applicabilità: i trattamenti riproduttivi conclusi grazie alla partecipazione di un donatore conosciuto, per esempio, permette la legale attribuzione dello status genitoriale a più di due soggetti che vogliono prendere parte al progetto genitoriale con o senza rapporto biologico.

6.4. Autonomia contrattuale e disponibilità dello *status* genitoriale.

Una diversa prospettiva è adottata da Harrison attraverso si propone di applicare un modello liberale non solo alla capacità procreativa ma altresì all'assegnazione dello *status* genitoriale, considerandolo dunque quale elemento disponibile e passibile di regolamentazione autonoma ed indipendente conformemente alla volontà delle parti.

Egli sostiene che dovrebbe essere concesso a coloro che desiderano formare una famiglia di concludere contratti tramite i quali di determini non solo la scelta del trattamento procreativo ma che si regoli l'attribuzione dello status genitoriale conformemente all'intenzione delle parti che hanno dato avvio alla procedura genitoriale e che dunque si assumono altresì la responsabilità procreativa

Attraverso tale procedura di liberalizzazione, la negoziazione e la volontà potrebbero essere gli strumenti tramite cui soprattutto le coppie omosessuale potrebbero bypassare gli ostacoli posti dalle normative codificate ed essere accolti in un contesto legale non regolato⁶⁰⁴.

Il timore nell'approccio liberale suggerito è la conseguente promozione di una visione che renda il figlio mero oggetto del contratto di riproduzione,

⁶⁰⁴ Harrison, *Fresh or Frozen, Lesbian Mothers, Sperm donors, and Limited Fathers*, in *Mothers in Law. Feminist Theory and the Legal Regulation of Motherhood*, edited by Fineman, Karpin, Columbia University Press, New York, 1995, p. 195.

avanzando una progressiva reificazione del figlio: obiezione che è stata spesso sollevata contro i contratti di maternità surrogata.

Inoltre, il presupposto di suddetta impostazione è anche che i genitore sviluppino una “proprietà” sul figlio: anche se quest’ultima critica sembra priva di fondamento in considerazione del fatto che il contenuto dell’accordo genitoriale non è il diritto proprietario sul figlio, quanto più la regolazione dei doveri insorgenti dalla filiazione in capo ai genitori.

Con le dovute cautele, si potrebbe teoricamente tratteggiare un parallelismo tra il contratto che attribuisca la genitorialità e il provvedimento che decreti l’adozione, e con essa l’insorgere della genitorialità in capo a soggetti estranei contestualmente all’eliminazione dello status in capo ai genitori originari.

Il confronto pare però azzardato per una pluralità di motivi: in primis il procedimento adottivo gode della tutela garantita dalla procedura giurisdizionale ed è inoltre finalizzata ad offrire una famiglia al minore che ne sia privo; al contrario l’eventuale contratto di “riproduzione sociale” non presenta potenzialmente alcun limite e controllo e al contrario permette ai genitori che non possano, per motivi biologici o legali, avere figli di “crearne”.

Conclusioni

Di cosa parliamo dunque quando di parliamo di genitori e di figli? mutuando e parafrasando l'opera di alcuni attenti autori⁶⁰⁵.

Le problematiche giuridiche affrontate nel corso della presente trattazione riconducibili, sottese e scaturenti dal fenomeno della frammentazione della figura genitoriale, sono quanto mai complesse e coinvolgono una pluralità di fattori etici e politici, ancor prima che strettamente legali.

Ciò che si è provato a illustrare, è la complessità delle strutture familiari ormai decostruite, volubili e eterogenee nella struttura e nella composizione; e l'altrettanto sfuggente concetto di genitore, che, una volta perso il biunivoco significato di progenitore "naturale" ed esercente la responsabilità genitoriale, non trova più completa rappresentazione nelle definizioni normative tradizionali e vigenti.

Tale scenario ha condotto dunque ad una progressiva dissoluzione della monolitica figura genitoriale e ad una perdita di efficacia e pertinenza dei criteri di attribuzione dello stato filiale, che trovavano il loro fondamento sull'esistenza di un legame biologico tra genitori e figli.

Combinando dunque i due elementi, ossia la pluralità dei rapporti orizzontali tra i componenti della coppia e la centralità dei rapporti verticali tra genitori e figli, ci si è voluti interrogare sulla resilienza della disciplina attributiva della filiazione, a fronte della chiara presa di coscienza della poliedricità della struttura familiare e genitoriale che ha poi portato allo sgretolamento della centralità del rapporto di sangue. In tale prospettiva, ha subito una compressione anche il principio del *favor veritatis*, intesa quale espressione dell'esigenza giuridica e sociale di necessaria coincidenza tra il legame biologico tra concepito e progenitore e il vincolo legale di genitorialità, veicolando l'idea secondo cui l'appartenenza ad un nucleo familiare passi attraverso il condiviso patrimonio biologico o genetico.

⁶⁰⁵ Marella, Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, 2014, Roma-Bari.

Nonostante il mutato scenario normativo e l'insorgenza di nuove esigenze sociali, non si ritiene che il legame di sangue, soprattutto in considerazione dei recenti approdi della giurisprudenza di legittimità e costituzionale, abbia completamente perso la sua funzione.

È altresì vero che si è fatta pressante l'esigenza di considerare e regolare rapporti di genitorialità svincolati dal solo rapporto genetico, così come è accaduto quando, per mano della Corte costituzionale, è caduto il divieto di fecondazione eterologa, che ha provocato e decretato, come è stato ricordato più volte, lo scollamento tra il vincolo biologico e la verità legale.

Si è consapevolmente tralasciato nel corso della trattazione lo studio di quegli strumenti giuridici che, realizzando il medesimo disallineamento, presentano caratteristiche differenti e rispondono ad esigenze sistemiche difformi. In particolare ci si riferisce alla disciplina codicistica che ha tentato a più riprese di fornire un compromesso tra il *favor veritatis* e il *favor minoris* in un momento successiva alla nascita. Si pensi ad esempio ai termini tombali di decadenza attribuiti al padre e alla madre delle azioni di rimozione dello stato di figlio: tale è il caso in cui l'ordinamento preferisce salvaguardare la stabilità della condizione giuridica del figlio, sebbene non conforme al legame di sangue, preferendo subordinare l'emersione della verità alla volontà del figlio, a cui è riservata una legittimazione attiva priva di limiti.

Gli istituti oggetto della trattazione sono invece accumulati da un differente elemento: essi anticipano infatti il momento del disallineamento degli elementi biologici e legali del rapporto di filiazione ad una fase precedente alla nascita. Tale scollamento è infatti conseguenza della consapevole volontà degli aspiranti genitori all'accesso delle pratiche procreative eterologhe o di maternità surrogata.

Il trattamento procreativo eterologo ha esternalizzato la procreazione e il concepimento, collocando idealmente la riproduzione al di fuori delle intime stanze familiari e permettendo soprattutto il coinvolgimento di un soggetto estraneo alla coppia e al nascituro. Tali trattamenti hanno operato dunque quali acceleratori del processo di frammentazione della procedura riproduttiva, sino ad allora concepita come unitaria e come espressione dell'unione tra uomo e donna, e della figura

genitoriale, che può ora essere astrattamente tripartita tra genitore genetico, biologico-gestazionale e sociale.

Vale la pena ricordare che è possibile distinguere idealmente tra genitore genetico, spesso colui o colei che conferisce il proprio contributo fisiologico; genitore biologico, spesso la madre gestazionale, ed il genitore intenzionale, con ciò intendendo il padre che pur partecipando al progetto genitoriale e fornendo il proprio consenso al trattamento procreativo non condivide con il nascituro il patrimonio genetico.

Alla luce delle mobili geometrie che i rapporti genitoriali possono assumere, è altresì possibile che i criteri individuati possano coesistere in capo al medesimo individuo: il caso emblematico in tal senso è generalmente la madre che è connessa al figlio in forza di due o tre legami potendosi infatti in lei sommare il contributo genetico, l'apporto gestazionale e l'intenzionalità di sottoporsi alla pratica medica e di assumere il ruolo genitoriale per il figlio da lei partorito.

La disgregazione della figura genitoriale, veicolata dall'alto tasso di giuridicizzazione assunto dal corpo umano e dalla facoltà di disporre del proprio patrimonio genetico, pone in dubbio non solo la contingenza e la resilienza dei criteri di attribuzione dello stato di figlio codificati dalla normativa civilistica, ma altresì il significato e il valore giuridico che possa a tali elementi essere affidato dall'ordinamento.

Il profilo che si impone nel contesto della procreazione medicalmente assistita è la rilevanza crescente che assume l'elemento consensualistico, inteso nell'accezione di combinazione di volontà espressa non solo ai fini dell'accesso al trattamento ma soprattutto ai fini dell'attribuzione dello *status filiationis* del figlio.

In forza delle disposizioni degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004 come è stato rilevato da dottrina e giurisprudenza autorevole, la volontà di realizzazione del progetto genitoriale "sostituisce" la biologia. La norma che si desume dall'art. 8 suggerisce infatti che l'intenzione di assumere lo *status* genitoriale, quale espressione di un progetto familiare condiviso, anticipi o in ogni caso predetermini l'attribuzione dello stato di figlio.

In questa prospettiva, inoltre, la disciplina preclusiva prescritta dall'art. 9 della medesima legge suggellerebbe e consacrerrebbe le conseguenze della manifestazione di volontà, impedendo che un eventuale mutamento della volontà possa influire e pregiudicare la stabilità dello *status filiationis* acquisito dal nato.

Come è stato già analizzato, la problematica connessa al coordinamento della disciplina attributiva prevista dalla legge speciale e la normativa codicistica è stata risolta dalla recente giurisprudenza della Corte di cassazione, che ha affermato che la regolamentazione in sede di PMA rappresenti un sistema autonomo e alternativo a quello previsto per il concepimento naturale.

La Corte ha dunque rinforzato la convinzione che l'intenzione di accedere ad un trattamento riproduttivo veicoli ed esprima la volontà di assumere il ruolo genitoriale e costitutiva dello *status filiationis*. Si giunge infatti ad affermare che in caso di procreazione *post mortem* la paternità debba essere attribuita all'uomo premorto, in deroga alla normativa prevista ai sensi degli artt. 232 ss c.c. alla luce della centralità della volontà espressa in vita e del condiviso progetto genitoriale tra i coniugi.

In questa prospettiva, si era posta altresì la giurisprudenza di legittimità in sede di PMA conclusa da una coppia di donne: in due recenti pronunce infatti la Cassazione aveva ordinato la trascrizione di atti di nascita recanti la co-maternità, attribuendo ad entrambe le donne la qualifica di madri, sebbene una sola di queste avesse portato a termine la gravidanza. L'effetto di tali decisioni, che hanno portato a riconsiderare la portata dell'evento parto quale criterio attributivo della maternità, è stato altresì quello di aprire alla genitorialità omosessuale femminile, sebbene l'ordinamento, soprattutto a seguito della emanazione della legge n. 76/2016, abbia esplicitamente escluso la possibilità per le coppie dello stesso sesso di realizzare un progetto genitoriale, intensificando e rinforzando l'idea di famiglia prevalentemente eterosessuale.

La tesi che desidera valorizzare l'effetto da attribuire alla volontà genitoriale trova conferma nell'elaborazione giurisprudenziale che ha condotto a formulare e riconoscere il c.d. genitore sociale, figura che insorge in un contesto familiare

“spontaneo” e per volontà del singolo di assumere un ruolo genitoriale nei confronti del minore con il quale non condivide alcun legame biologico.

Nell'affrontare il tema delle nuove forme di genitorialità, si è sempre tenuto presente una sostanziale diversità di piani tra ciò che concerne il riconoscimento di un rapporto di filiazione formatosi conformemente alla normativa vigente in un paese straniero e il diverso problema insorgente dalla formazioni di legami genitoriali nell'ordinamento nazionale.

La scelta metodologica di tenere i due richiamati quesiti su due livelli distinti, sebbene siano intimamente connessi, risponde all'esigenza di analizzare le peculiarità delle questioni giuridiche sottese e proporre strumenti idonei alla soluzione della tensione e della conflittualità insorgente da tali tematiche.

Per quanto attiene al fenomeno circolatorio, il problema si è posto dinanzi al nostro ordinamento in sede di trascrizione degli atti di nascita recanti genitorialità insorgente da maternità surrogata. Tale pratica è ancora fortemente osteggiata dalla letteratura e giurisprudenza delle corti superiori: la Corte costituzionale si è recentemente espressa ritenendo che la gestazioni per altri rappresenti una violazione insopportabile della dignità della donna e le Sezioni Unite hanno elevato il divieto di maternità surrogata a principio fondamentale dell'ordinamento e dunque parametro di ordine pubblico internazionale.

La pronuncia delle Sezioni unite sembra aver segnato una battuta d'arresto all'attività interpretativa delle Corti di merito che al contrario avevano in più occasioni espresso opinione favorevole alla circolazione dei prodotti giuridici recanti rapporti di filiazione insorgenti da pratica vietata, in nome del superiore interesse del minore a mantenere inalterato lo status acquisito validamente in paesi stranieri e, altresì, in conformità al progetto genitoriale condiviso e voluto dalla coppia committente.

In questa prospettiva si è più volte espressa anche la Cedu che ha da ultimo affermato che il superiore interesse del minore impone un ridimensionamento del potere discrezionale degli stati di valutazione dei provvedimenti recanti genitorialità intenzionale dei genitori committenti. Agli ordinamenti nazionali è riservata solamente la scelta dello strumento giuridico ritenuto più idoneo al

soddisfacimento del diritto del mantenere alla stabilità dello status che deve essere mantenuto inalterato.

La posizione assunta dalle Corti superiori nazionali sono solo parzialmente in continuità e sintonia con l'insegnamento della Cedu, da cui hanno tratto solamente l'applicabilità dell'adozione in casi particolari quale strumento per attribuire veste giuridiche ai rapporti di omogenitorialità non consentiti all'interno dell'ordinamento.

Tale soluzione non è da chi scrive condivisa e si ritiene che essa sia insoddisfacente oltre che foriera di trattamenti discriminatori tra figli nati da procreazione naturale ed artificiale, tra figli nati da coppia eterosessuale e omosessuale ed infine un irragionevole squilibrio tra genitori nei rapporti giuridici con il figlio, che si vede in ogni caso privato dell'asse parentale del genitore adottivo, potendosi inoltre porre in una posizione giuridica di instabilità. Oltre a produrre dunque rapporti vulnerabili e fragile, l'ostilità dell'ordinamento conduce altresì a sole presunte tutele nei confronti della donna che, dal respingimento dell'atto di nascita da lei partorito, non trae alcun tipo di vantaggio né garanzia.

L'ordinamento nazionale sembra mostrarsi refrattario ad una commistione, ad una promozione della libera circolazione degli stati genitoriali e filiali, che rispecchiano la fluidità dell'ormai inesistente archetipo dei rapporti umani del contemporaneo⁶⁰⁶. Il sistema giuridico dovrebbe superare la convinzione che le genitorialità insorgenti da pratiche non disciplinate siano necessariamente *contra legem* e considerarle altresì conformi ai principi fondamentali nazionali ed internazionali.

Ciò che dovrebbe dunque auspicarsi in un'ottica di apertura dei confini giuridici è la promozione di una regolamentazione comunitaria armonizzata che consenta la libera circolazione e l'automatico riconoscimento dei rapporti di filiazione legittimamente formati nel rispetto del principio di legalità dell'ordinamento estero.

⁶⁰⁶ In tal senso, molto interessante il contributo di M. Gorgoni, *Le formazioni sociali a valenza familiare*, in *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive*, a cura di Manolita, M. Gorgoni, Napoli, 2009, p. 4. Si v. altresì Stanzione, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010.

Per quanto attiene ad una prospettiva interna, il mantenimento della distinzione tra famiglie eterosessuali e omosessuali è chiaramente limitato alla facoltà di filiazione. Non si rileva però, alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali, alcun ragionevole motivo per perpetrare tale trattamento discriminatorio.

Limitatamente alla fecondazione artificiale, si ritiene che la volontarietà di assumere un ruolo genitoriale, espressione di un condiviso progetto genitoriale, possa essere un criterio a cui affidare la ristrutturazione della normativa interna in tema di attribuzione e acquisizione dei rapporti di filiazione, seguendo la direttiva e il cammino già indicato dal legislatore in sede di promulgazione della l. n. 40/2004.

Bibliografia

- AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016;
- AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto L. 20 maggio 2016, n. 76*, Santarcangelo di Romagna, 2016;
- Al Mureden, *Le famiglie ricomposte, tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 966 ss;
- Al Mureden, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole : funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007;
- Agosta, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di "obiter dicta" da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 1;
- Agosta, *Quando l'eterologa è inaspettata: il preminente interesse del minore quale criterio di reductio ad unum dei (troppi) frammenti di maternità*, in *Consulta Online* (8 ottobre 2014), p. 1;
- Albano, Cassano, Corder, Oberto, *Le tutele nella famiglia. Nuovi orientamenti legislativi e giurisprudenziali*, Milano, 2018;
- Alghrani, Harris, *Reproductive liberty: should the foundation of families be regulated*, in *Child & family law quarterly*, 2006, 18, p. 210;
- Alpa, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in *Trattato Sacco, Le persone e la famiglia*, I, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 2006, p. 243;
- Alpa, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione in Contratto e impr.*, 2017, p. 1084;
- Alpa, *Appunti sulla inseminazione artificiale*, in *Riv. crit. dir. civ.*, 1985, p. 333;
- Althouse, *Three's Company - How American Law Can Recognize a Third Social Parent in Same-Sex Headed Families*, in *Hastings Women's Law Journal*, 2008, 19, 2, p. 171;

- Anceschi, *Il diritto comunitario ed internazionale della famiglia*, Milano, 2015;
- Angelozzi, *Stato civile*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, p. 2868;
- Antokolskaia, *Parenting in step-parentfamilies: legal status versus de facto roles*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2015, 27, p. 271;
- Ardizzone, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 47;
- Ascone, Rossi Carleo, *La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro paese*, Napoli, 1986;
- Attardi, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello, 1949;
- Auletta, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 21;
- Auletta, *Luci, ombre, silenzi nella disciplina di costituzione del rapporto genitoriale nella fecondazione assistita*, in *Annali del seminario giuridico*, V, Milano, 2005, p. 491;
- Azzarri, *Unioni civili e convivenze (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, 2017, p. 997;
- Bachofen, *Das Mutterrecht*, 1861, in traduzione *Myth, Religion, and Mother Right: Selected Writings of J.J. Bachofen*, Princeton University Press, 1992;
- Bachofen, *Il matriarcato. Ricerca sulla ginocrazia del mondo antico nei suoi aspetti religiosi e giuridici*, I, Torino, 1988;
- Bainham, *Parentage, Parenthood and Parental responsibility*, in *What is a Parent? A socio-legal Analysis*, a cura di Bainham, Sclater, Richards, Hart, London, 1999, p. 25;
- Bainham, *What's a parent? A socio-legal analysis*, London, 1999;
- Bainham, *Who or What is a parent?*, in *Cambridge Law Journal*, 2007, p. 31;
- Bala, Ashbourne, *The Widening Concept of Parent in Canada: Step-Parents, Same-Sex Partners, & Parents by ART*, in *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2012, 20, 3, p. 525;
- Baldini, *Considerazioni introduttivi*, in Baldini, Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, p. 150;

- Baldini, *Procreazione artificiale post-mortem: ricognizione delle principali questioni*, in Baldini, Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, p. 186;
- Balestra, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 893;
- Balestra, *art. 1, commi 36-37, l. n. 76/2016*, in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, p. 1219;
- Balestra, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 139;
- Balestra, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 245;
- Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1105;
- Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 919;
- Balestra, *La tutela del nascituro nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in Camassa, Casonato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, p. 63;
- Balestra, *Profili di rilevanza della convivenza more uxorio*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della L. 219/2012*, in *I quaderni della fondazione italiana di del notariato*, 2014, 3, p. 13;
- Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1779;
- Ballarani, *Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184 e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita (d.d.l. n. 1978)*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 965;
- Barbaza, *Diritti della personalità ed autonomia negoziale. Casistica: il contratto di c.d. maternità surrogata o "utero in affitto" ed il contratto di divieto di espatrio*, in Ruscica (a cura di), *I diritti della personalità, Strategie di tutela, Inibitorie, Risarcimento danni, Internet*, Padova, 2013, p. 95;
- Barel, Armellini, *Manuale breve diritto internazionale privato*, Milano, 2017;
- Barile, *Ordine pubblico (dir. internaz. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 1100;

- Barone, *La Legge n. 40 del 2004 al vaglio della Corte costituzionale per l'accesso alla PMA da parte di una coppia formata da due donne*, in *Fam. e dir.*, 2018, p. 1097;
- Bartlett, *Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Promise of the Nuclear Family Has Failed*, 70, in *Virginia Law Review*, 1984, p. 887;
- Baruffi, *Co-genitorialità same sex e minori nati con maternità surrogata* in *Fam. e dir.*, 2017, p. 674;
- Baruffi, *Maternità surrogata e questioni di status nella giurisprudenza italiana ed europea*, in *Int'LLis*, 2010, p. 22;
- Basini, *Il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3560;
- Basini, *Il riconoscimento del figlio naturale*, in *Filiazione e adozione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, Milano, 2007, p. 178;
- Bellelli, *La disciplina della filiazione nella legge sulle unioni civili*, in C.M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017, p. 320;
- Benanti, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, p. 235;
- Buffone, *Su temi etici e morali il legislatore mantiene ampia discrezionalità* in *Guida al diritto*, 2020, 2, p. 36;
- C. M. Bianca, *La famiglia*, 2.1, in *Diritto civile*, Milano, 2017;
- C.M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017;
- C.M. Bianca, *Nuove tecniche genetiche, regola giuridiche e tutela dell'essere umano*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di Ferrando, Padova, 1989, p. 167;
- C.M. Bianca, *Stato delle persone*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana. Atti del convegno di Venezia 2-3-4 e 25 ottobre 1986*, Padova, 1987, p. 109;

- M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 2019, p. 369;
- M. Bianca, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 186;
- Bianco, *La tutela del genitore sociale nella famiglia ricostituita*, in Dell'Anna Misurale, Viterbo (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017 - Corte d'Appello di Lecce)*, Napoli, 2017, p. 169;
- Bilotta, *Matrimonio(gay) all'italiana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 91;
- Biscontini, *La filiazione legittima*, in Trattato Bonilini, Cattaneo, III, *Filiazione e adozione*, II ed., Torino, 2007;
- Biscontini, *Interruzione della gravidanza e tutela della maternità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 5;
- V. Bongiovanni, *L'adozione ordinaria del figlio del coniuge e il divario minimo d'età tra adottante ed adottando*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 932;
- Borsellino, *Considerazioni filosofiche-giuridiche in margine ad una legge da rifare*, in Celotto e Zanon (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, p. 87;
- Britz, *Biological and social parenthood*, in *Family law and culture in Europe. Developments, challenges and opportunities*, di Boele-Woelki, Dethloff, Gephart, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, p. 169;
- Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, Genève-Bâle-Lyon-Paris, 1876;
- Bruno, *Oliari contro Italia: la dottrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1073 ss.;
- Bruscuglia, *Diritti dei minori e procreazione artificiale*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di Ferrando, Padova, 1989, p. 169;
- Bucciante, *Filiazione. Filiazione Legittima*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989;
- Buffone, Gattuso, Winkler, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017;

- Bugetti, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 618;
- Bugetti, *Sull'esperibilità delle azioni ex artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito in anonimato*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 476;
- Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*, in *Fam. e Dir.*, 2014, p. 929;
- Busnelli, M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 787;
- Busnelli, *Procreazione artificiale: una giurisprudenza "in trincea"*, in Comporti, Monticelli (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, Napoli, 2005, p. 281 ss.;
- Busnelli, *Procreazione artificiale e filiazione adottiva*, in Tomassini (a cura di), *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare. Atti del Convegno di studi (Copanello, 28-29 settembre 2001)*, Torino, 2003, p. 46;
- Busnelli, *Procreazione artificiale e filiazione adottiva*, in *Familia*, 2003, p. 2;
- Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509;
- Busnelli, *Verso una madre intercambiabile?*, in *Bioetica*, 2000, p. 674;
- Busnelli, *Postilla*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 233;
- Caggiano, *Lo scambio di Embrioni e le modalità di formazione dello status di figlio: il caso emblematico dell'Ospedale Pertini*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, p. 299;
- Caggiano, *Veridicità della filiazione ed errore nella procreazione assistita. Un rapporto possibile tra interpretazione della legge e studi empirici*, Pisa, 2018;
- Calderai, *The conquest of ubiquity, or: why we should not regulate commercial surrogacy (and need not regulate altruistic surrogacy either)*, in *Familia*, 2018, p. 397;
- Callus, *A New Parenthood Paradigm for Twenty-First Century Family Law in England and Wales*, in *Legal Stud.*, 2012, 32, p. 347;
- Calò, *Le unioni civili in Italia. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Napoli, 2016;

- Calvigioni, *Nascita all'estero da genitori dello stesso sesso: dalla giurisprudenza recente al ruolo dell'ufficiale di stato civile nella trascrizione dell'atto*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 1056;
- Camassa, Casonato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005;
- Campiglio, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1122;
- Campiglio, *L'accertamento dello stato di figlio: criteri sovranazionali e norme italiane*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 313;
- Campiglio, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà, Zatti, *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti, II, Milano, 2011, p. 1517;
- Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 589;
- Campiglio, Mosconi, *Osservazioni sul libro verde della Commissione Europea*, in *Iustitia*, 2011, p. 329;
- Campiglio, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003, p. 34;
- Canestrari, *Bioetica e diritto penale: materiali per una discussione*, Bologna, 2014;
- Canestrari, *L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in *Criminalia*, 2011, p. 387;
- Canestrari, *Metodiche "tipiche" e "atipiche" di procreazione assistita: profili penali*, in *Sanità pubblica*, 2001, p. 1313;
- Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015;
- Canestrari, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 411;
- Canestrari, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 416;
- Canestrari, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in *L'Indice penale*, 2000, p. 1091;
- Carbone, *Riconoscimento di paternità e inseminazione eterologa: la Corte costituzionale non risolve il problema*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1294;

- Carbone, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia* in *Fam. e dir.*, 2014, p. 753;
- Cardaci, *La trascrizione della di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 660;
- Carducci, *Consenso informato*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, III, Napoli, 2010, p. 424;
- Carnelutti, *Rapporto giuridico naturale*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 164;
- Carone, Baiocco, Lingiardi, *Italian gay fathers' experiences of transnational surrogacy and their relationship with the surrogate pre- and post-birth*, in *Reproductive biomedicine online*, 34, 2017, p. 181;
- Carota, *La tutela del rapporto con il genitore sociale nelle coppie dello stesso sesso e l'orientamento della corte costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 270;
- Carrano, Ponzani, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico delle famiglie omogenitoriali*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1533;
- Carresi, *Il riconoscimento dei figli naturali*, Milano, 1940;
- Carusi, *La Corte costituzionale e lo stato dell'embrione*, in *Giur. it.*, 2017, p. 307 ss.;
- Casaburi, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*, in *Foro it.*, 2016, 7-8, I, c. 2342;
- Casaburi, *L'Unbirthday secondo il legislatore italiano: la «non» disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1933;
- Casaburi, *La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata (osservazioni a Corte europea diritti dell'uomo 26 giugno 2014, M.)*, in *Foro it.*, 2014, IV, p. 561;
- Casaburi, *La Corte europea dei diritti dell'Uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata*, in *Foro it.*, 2015, III, 4, c. 123;
- Casaburi, *La surrogazione di maternità tra divieto legislativo e aperture giurisprudenziali: lo stato dell'arte*, in *Foro it.*, I, 10, 2016, c. 3274;
- Casaburi, *Nota a Corte costituzionale 20 ottobre 2016, n. 225*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3349;

- Casaburi, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, in *Foro it.*, 2014, 1, c. 3408;
- Cassano, *Novità giurisprudenziali in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Vita not.*, 1999, p. 1042.
- Cassano, *Pater incertus est: una pronuncia sibillina della Consulta sul disconoscimento di paternità a seguito di fecondazione eterologa*, in *Vita not.*, 1999, p. 35;
- Castorina, *Le convivenze di fatto: alcune riflessioni preliminari*, in *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, a cura di Romeo, Napoli, 2018, p. 19;
- Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 771;
- Cavajoni, *Procreazione assistita e status filiationis*, in *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, a cura di Dossetti, Lupo, M. Moretti, Milano, 2010, p. 98;
- Cavana, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1105;
- Cavana, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 912;
- Cavina, *Lineamenti dei poteri paterni nella storia del patriarcato europeo*, Bologna, 2017;
- Cavina, *Il padre spodestato: l'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Roma, 2007;
- Cecchini, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo "istituto" dell'interpello*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1288;
- Celotto, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili di costituzionalità*, in AA.VV., *La fecondazione assistita. Riflessione di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, p. 59;
- Cesaro, Lovati, Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014;
- Chiovini, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 958;

- Cicu, *Azione di rettificazione di atti di stato civile e azioni di stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 765;
- Cicu, *Il concetto di «status»*, in *Studi giuridici in onore di Simoncelli*, Napoli, 1917;
- Cicu, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, III, 2, Torino, 1969;
- Cicu, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, III, 2, Torino, 1939;
- Cinque, *Quale statuto per il “genitore sociale”?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1475;
- Cipriani, *Famiglie omogenitoriali e adozione*, in, *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017- Corte d'Appello di Lecce*, a cura di Dell'Anna Misurale, Viterbo, Napoli, 2017, p. 95;
- Cipriani, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione delle famiglie omogenitoriali*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 174;
- Cipriani, *Le unioni civili*, in Pare (a cura di), *Famiglia e successione tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 56;
- Ciraolo, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *juscivile.it*, 2014, 12, p. 485;
- Clerici, *Lo stato di filiazione e diritto internazionale privato*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, Milano, 2016, p. 3778;
- Collier, Richard, Sheldon, *Fragmenting fatherhood: a socio-legal study*, Londra, 2008;
- Collier, Sheldon, *Engaging fathers? Responsibility, law and the proble of the fatherhood*, in Bridgman, Keating and Lind, *Responsibility, Law and the family*, London, 2008;
- Conte, *Lezioni americane: la Corte d'appello federale californiana sulla Proposition 8 in materia di matrimoni omosessuali*, in *Quaderni costituzionali*, 2 giugno 2012
- Coppola, *Procreazione assistita e capacità di succedere dei concepiti "post mortem patris"*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2015, p. 27;
- Corasaniti, *Stato delle persone (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 948 ss ;

- Corti, *La maternità per sostituzione*, in Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, in Rodotà e Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, I, p. 1491.
- Corti, *La maternità per surrogazione*, Milano, 2000;
- Corti, *La procreazione assistita*, in *Trattato Ferrando*, vol. III, *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, p. 533;
- Corvi, *Lo scambio di embrioni nelle diverse esperienze giuridiche*, in *Vita not.*, 2014, p. 701;
- Cossu, *Filiazione legittima e naturale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, *La famiglia*, III, Torino, 2000;
- Crawford, *Third-wave feminism, motherhood and the future of feminist legal theory*, in *Gender, sexualities and law*, a cura di Jones, Gear, Fenton and Stevenson, Oxon, Routledge, 2011, p. 230;
- Cucinella, *Il riconoscimento dello status filiationis di un minore che risulta figlio di due donne*, in www.iurisprudenzia.it, 27 ottobre 2016;
- Cucinotta, *La difficile ricerca dell'identità per i nati da maternità surrogata. Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2018, p. 1;
- Curtis, *The Psychological Parent Doctrine in Custody Disputes between Foster Parents and Biological Parents*, in *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 1980, 16, 2, p. 149;
- D'Amico, *Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei*, in *GenIus*, 2015, p. 151;
- D'Angelo, *Rethinking family law: a new legal paradigm for stepfamilies?*, in *Family law and culture in Europe. Developments, challenges and opportunities*, a cura di Boele-Woelki, Dethloff, Gephart, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, p. 217 ss;
- D'Avack, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 815;
- D'Avack, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 139;
- D'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica : percorsi etici e giuridici*, 2014;
- D'Avack, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 793;

- Dell'Anna Misurale, Viterbo (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017- Corte d'Appello di Lecce, Napoli, 2017;*
- D'Usseaux, *Sulla revoca del consenso all'impianto dell'embrione conservato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1246;
- Danisi, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, in *articolo29.it;*
- Di Rosa, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 611 ss.;
- De Beauvoir, *The Second Sex*, traduzione di Parshley, Londra, 1997;
- De Cristofaro, *Nuovi modelli familiari, matrimonio e unione civile: fine della partita?*, in *Familia*, 2019, p. 299;
- De Cristofaro, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 101;
- De Felice, *Libertà di circolazione delle persone e libertà di circolazione degli status nell'unione europea*, in Torino (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in cassazione*, Roma, 2013, p. 110;
- De Filippis, *Unioni civili e contratti di convivenza. Aggiornato alla legge 20 maggio 2016, n. 76 (G.U. n. 118 del 21 maggio 2016)*, Padova, 2016;
- De Marzo, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice genetica*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 178;
- Del Prato, *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in *Familia*, 2001, p. 1035;
- Deckha, *Situating Canada's Commercial Surrogacy Ban in a Transnational Context: A Postcolonial Feminist Call for Legalization and Public Funding*, in *McGill Law Journal*, 2015, 61, 31, p. 33;
- Deonandan, *Recent trends in reproductive tourism and international surrogacy: ethical considerations and challenges for policy*, in *Risk Management and Healthcare Policy*, 2015, p. 111 ss.;
- Di Lorenzo, *Tutela dell'identità personale e verità della procreazione. Mors omnia solvit*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1569;

- Di Marzio, *Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 740;
- Diduck, *If only we can find the appropriate terms to use the issue will be solved: Law, identity and Parenthood*, in *Child&Family Law Quarterly*, 2007,19, p. 463;
- Diduck, Kaganas, *Family law, Gender and the State, Text, cases and materials*, Oxford, 2012;
- Distefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *GenIus*, 2015, 1, p. 160;
- Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 667;
- Dogliotti, Figone, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti e linee di tendenza*, Milano, 2004;
- Dogliotti, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 117;
- Dogliotti, *Inseminazione artificiale. Problemi e prospettive*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 55;
- Dogliotti, *Famiglia di fatto (sez. civ.)*, in *Dig. dir. priv.*, VIII, Torino, 1992, p. 188 ;
- Dogliotti, *Inseminazione artificiale. Problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 1985, IV, p. 417;
- Dossetti, *La presunzione di paternità*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3367 ss.;
- Dossetti, *Lo stato di figlio nato in costanza di matrimonio*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 87 ss.;
- Dossetti, *L'accertamento della filiazione tra automatismo e principio volontaristico*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Milano, 2002, p. 817 ss.;
- Doughty, *Myths and misunderstandings in adoption law and policy*, in *Child and Family Law Quarterly* 27, 2015, p. 331;
- Dustin, Ferreira, Millns (edited by), *Gender and Queer perspectives on Brexit*, Polgrave Macmillan, Cham, 2019;

- El-Jourbagy, *On the Road Again: Legal Lessons Abound on Family's Cross-Country Road Trip*, in *Oregon State Bar Bulletin*, 2019, 79, 8, p. 36;
- Engel, *Cross-border surrogacy: time for a convention?*, in *Family law and culture in Europe. Developments, challenges and opportunities*, a cura di Boele-Woelki, Dethloff, Gephart, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, p. 202;
- Engels, *The origin of the Family, Private Property and the State*, prima pubblicazione 1884, in traduzione Lawrence&Wishart, 1985;
- Erodoto, *Storie*, 1, 173;
- Faccioli, *Degli atti dello stato civile formati all'estero*, in AA.VV., *Commentario all'ordinamento dello stato civile*, Santarcangelo, 2013, p. 123;
- Falletti, *Quando l'assenza è più forte di una presenza: lo stralcio del dovere di fedeltà tra matrimonio e unione civile*, in *GenIus*, 2016, III, 2, p. 131;
- Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del convegno di Catania 7-8 giugno 2013*, a cura di Giuffrè, Nicotera, Napoli, 2014, p. 119;
- Fantus, Newman, *Motivations to pursue surrogacy for gay fathers in Canada: a qualitative investigation*, in *Journal of GLBT Family Studies*, 2019, p. 1;
- Faraoni, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002;
- Farolfi, *sub. art. 1, comma 20, l. n. 76/2016*, in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di Sesta, Milano, 2017, p. 782;
- Farolfi, *sub art. 250 c.c.*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, p. 1006;
- Favilli, *Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1275;
- Fenton-Glynn, *The Regulation and Recognition of Surrogacy under English Law: An Overview of the Case-Law*, in *Child & Family Law Quarterly.*, 2015, 27, 83, p. 83;
- Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 677;

- Ferrando, *Prefazione*, in *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017, p. 3;
- Ferrando, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *GenIus*, 2017, n. 2;
- Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181;
- Ferrando, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 171 ss.;
- Ferrando, *Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma*, in *GenIus*, 2016, III, 2, p. 6;
- Ferrando, *Come d'autunno gli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 582;
- Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1068;
- Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 393;
- Ferrando, *L'adozione in casi particolari del figlio naturale del coniuge*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 93;
- Ferrando, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la consulta fissa nuovi equilibri*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1216;
- Ferrando, *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 2344;
- Ferrando, *La procreazione assistita tra regole e principi. Contributo al dibattito sulla nuova legge*, in *La procreazione medicalmente assistita atti del convegno internazionale di Messina 13-14 dicembre 2002*, a cura di Fortino, Torino, 2005, p. 155;
- Ferrando, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto degli embrioni?*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 372;

- Ferrando, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 810;
- Ferrando, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 37;
- Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989;
- Ferrari, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronunzia italiana del 5 luglio 2017*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 276;
- Ferri, *Tutela giuridica del nascituro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 34;
- Figone, *Utero in affitto, il no della Cassazione sulla maternità surrogata*, in *quotidianogiuridico.it*, 25 novembre 2014;
- M. Finocchiaro, *Quel "vizio" ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore*, in *Guida al dir.*, 2017, 28, p. 54;
- M. Finocchiaro, *Dopo il consenso impossibile disconoscere la prole*, in *Guida al dir.*, 2004, 3, p. 36;
- Fortino (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita, Atti al convegno internazionale di Messina 13-14dicembre 2002 aggiornati con le sentenze della Corte costituzionale sull'ammissibilità dei referendum abrogativi della l. n. 40/2004 corredate da commento*, Torino, 2002;
- Foucault, *The history of sexuality*, I, traduzione di Robert Hurley, Londra, 1998;
- Franzoni, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 283;
- Franzoni, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 85;
- Frosini, *Così cala l'ombra dell'illegittimità*, in *Guida al dir.*, 3, 2004, p. 48;
- Gatto, *Maternità surrogata e distinzione tra vita privata e familiare nella decisione della Corte di Strasburgo. Interesse del minore e tutela della legalità*, in *Famiglia*, 2017, p. 221;
- Gattuso, *I rapporti personali*, in Buffone, Gattuso, Winkler, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017, p. 175;
- Gattuso, *Un bambino e le sue mamme: dall'indivisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in *questionegiustizia.it*, 2018;

- Giacobbe, *Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 590;
- Giardina, *L'interesse del minore: gli interessi identitari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 159;
- Gibbons, *Law and language*, Addison-Wesley Longman Ltd, 1994;
- Giungi, *Menesson c. Francia e Labassee c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, in *Quad. costituz.*, 2014, p. 953;
- Giusti, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, II ed., Milano, 2013, p. 3945;
- Goldstein, Freud, Solnit, *Beyond the best interest of the child*, London, 1979;
- Gorassini, *Un nuovo fenomeno giuridico: figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, p. 390;
- A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017;
- A. Gorgoni, *Rilevanza giuridica dell'embrione e "procreazione" di un solo genitore*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 367.
- A. Gorgoni, *Il diritto all'analisi preimpianto dell'embrione*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 604;
- M. Gorgoni, *Le formazioni sociali a valenza familiare*, in *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive*, a cura di Manolita, M. Gorgoni, Napoli, 2009, p. 4;
- Gorassini, voce *Procreazione* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 944 ss;
- Grassetti, *Diritto di famiglia* (sez. civ.), in *Dig. dir. priv.*, VI, Torino, 1990, p. 192;
- Graves, *I miti greci*, I e II, Milano, 1963;
- Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in Lenti, Palermo Fabris e Zatti (a cura di), *I diritti in medicina. Trattato di biodiritto*, Rodotà - Zatti (diretto da), Milano, 2011, p. 195;
- Graziani, Corti (a cura di), *Verso nuove forme di maternità*, Milano, 2002;
- Grimaldi, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e "best interest of the child"*, in *Famiglia*, 2017, p. 323;

- Harrison, *Fresh or Frozen, Lesbian Mothers, Sperm donors, and Limited Fathers*, in *Mothers in Law. Feminist Theory and the Legal Regulation of Motherhood*, edited by Fineman, Karpin, Columbia University Press, New York, 1995, p. 195;
- Herring, *Family law*, 8th ed., London, 2017;
- Hunter, *Contemporary issues in family law in England and in Wales*, in *The Cambridge companion to comparative family law*, edited by Choudhry, Herring, Cambridge, 2019;
- Iadicicco, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 789;
- Ianelli, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Napoli, 1984;
- Iannuzzi, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 797;
- Imarisio, Tripodina, *La giustizia secondo la Corte. Un confronto e un esperimento mentale sulla giurisprudenza costituzionale in materia di matrimonio omosessuale e fecondazione eterologa*, in *Democrazia e diritto*, 2015, 1, p. 119;
- Johnson, *A biomedical Perspective on Parenthood*, in *What's a Parent? A Socio-Legal Analysis*, edited by Bainham, Sclater and Richards, London, Hart Publishing, 1999;
- Katz, *Family law in America*, II ed., Oxford, 2015;
- King, *Welfare and justice*, in King, *Childhood, Welfare and Justice, Batsford academic and educational*, 1981, p. 316;
- Koerner, Shenkman, *Effective Planning for a Family with Special Needs Considerations*, in *Trusts and Estates*, 2019, 158, 6, p. 14;
- Lamarque, *Navigare a vista*, in *giudicedonna.it*, 2017, 1, p. 1;
- Lamarque, *Le convivenze nella costituzione e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *I quaderni della fondazione italiana del notariato*, 2014, 3, p. 21;
- Lamont, *Family law*, Oxford, 2018;
- Lamorgese, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni unite sui danno punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 317;

- Lane, *Ethical Issues in Surrogacy Arrangements*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, a cura di Cook, Day Sclater, Kaganas, London, 2003, p. 121;
- Lenti, *Dalla responsabilità genitoriale alla responsabilità genitoriale*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 375 ss;
- Lenti, *L'adozione e la Corte europea dei diritti dell'uomo. A proposito di Cass. 20954/2018*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 61 ss.;
- Lenti, *L'adozione*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 381 ss.;
- Lipari, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 928;
- Lenti, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 495;
- Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 95;
- Lenti, *Quale futuro per l'adozione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 785 ss.;
- Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1707;
- Lenti, *"Paradiso e Campanelli c. Italia": interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 2, p. 472;
- Lenti, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 575;
- Lenti, *Status* (sez. civ.), in *Dig. dir. priv.*, XIX, Torino, 1999, p. 29 ss;
- Lewis, *Full Surrogacy Now*, Londra -New York, 2019;
- Lipari, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 518 ;
- Lojacono, (voce) *Inseminazione artificiale* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 757;
- Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 109;

- Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 117;
- Long Chu, *Females*, Londra – New York, 2019;
- Lopes Pegna, *Effetti in Italia della adozione co-parentale pronunciata all'estero: vecchie e nuove questioni*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2016, p. 725;
- Lorenzetti, *Maternità surrogata (nello stesso) (sez. civ.)*, in *Dig. dir. priv.*, Agg., 2011, p. 615;
- Lowe, Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford, 2015;
- Lozanski, *Transnational surrogacy: Canada's contradictions*, in *Social Science & Medicine*, 124, 2015, p. 383;
- Luccioli, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici*, in *ConsultaOnline*, 2017, 11, p. 325;
- M. Moretti, *Quesito. Contratti di procreazione assistita e morte di uno dei contraenti*, in *Contratti*, 1999, p. 529;
- Majello, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 139;
- Mantovani, *L'azione di disconoscimento della paternità*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 375 ss;
- Mantovani, *La filiazione nel matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 43;
- Marchi, *Mio, tuo, suo, loro. Donne che partoriscono per altri*, Roma, 2017;
- Marella, Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, 2014, Roma-Bari;
- Maresca, *Il controllo della sentenza straniera. Lo spazio giudiziario europeo fra esigenze di collaborazione internazionale e tutela dei valori fondamentali del foro*, Torino, 2004;
- Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, 2018;
- Marino, *Cooperazione amministrativa e circolazione delle persone: verso il riconoscimento automatico degli atti di stato civile?*, in *Riv. dir. int.*,

2013, p. 964;

Marino, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla procreazione assistita non viola la Costituzione*, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 24 ottobre;

Martini, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006;

Masson, *L'ordre public familial en péril?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 809;

Mendola, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*, in *Giur. it.*, 2015, p. 319;

Mengarelli, *Prefazione. Cosa è successo alla legge 40 dopo la sentenza n. 151. Un esempio di invecchiamento precoce*, in *La cicogna e il codice. Fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, a cura di D'Amico, Alesso, Clara, Milano, 2010, p. 37;

Michel, *Sociologia della famiglia*, Bologna, 1973;

Mineo, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: le Sezioni Unite dettano le concrete modalità di azione in seguito all'intervento della Corte costituzionale*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 435;

Molaschi, *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, p. 524;

Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 246;

Morace Pinelli, *Il problema della filiazione nell'unione civile*, in C.M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017, p. 303;

Moretti, *La procreazione artificiale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di Bonilini, Cattaneo, III, Torino, 1997, p. 259;

Mori, *La fecondazione artificiale. Una nuova forma di riproduzione umana*, Roma-Bari, 1995;

Moro, *Diritto, desiderio, volontà. Ripensando Rousseau*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2017, p. 253;

Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1217;

Murgo, *L'ordinamento interno alla prova dell'omogenitorialità, tra ordine pubblico e interventi delle corti*, in *Famiglia*, 2018, p. 543;

- Musio, *Misure di tutela dell'embrione*, Stanzone, Sciancalepore, *Procreazione assistita commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 205;
- Mykitiuk, *Beyond Conception: Legal Determinations of Filiation in the Context of Assisted Reproductive Technologies*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2001, 39, p. 790;
- Naddeo, *Accesso alle pratiche*, in Stanzone, Sciancalepore, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004;
- Natale, *I diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 526;
- Natoli, *L'impianto di embrioni post mortem tra scontri ideologici e prezzi da pagare (a proposito di un'ordinanza palermitana)*, in *Dir. fam., pers.*, 1999, p. 1178;
- Nivarra, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo nel metodo)*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1654;
- Nussbaum, *La nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2007;
- Nussbaum, *Sex and social justice*, New York, 1999;
- Oliver, *Adapting to the Modern Family: Recognizing the Psychological Parent in Child Welfare Proceedings*, in *Children's Legal Rights Journal*, 2013, 33, 2, p. 267;
- Olivero, *L'adozione del figlio del coniuge tra crisi coniugale e interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 282;
- Oppo, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir., civ.*, 2005, p. 330;
- Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive. Atti del convegno dei Lincei, Roma 31.1.2005*, Brindisi, 2005, p. 19;
- Oppo, *Vario diritto, Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005;
- Palazzo, *Eros e Jus*, Milano-Udine, 2015;
- Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, II ed., Milano, 2013, p. 60;
- Palmeri, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1708;

- Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 372;
- Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 362;
- Palmeri, *La famiglia omosessuale. Linee di tendenza e prospettive*, in Romeo (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Milano, 2014, p. 45 ss.;
- Palmerini, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 225;
- Pane, *La procreazione medicalmente assistita tra istanze di rinnovamento e tutela del nato*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1438;
- Pardini, *Libertà della ricerca e tutela dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 790 ss.;
- Pascucci, *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2111;
- Perlingieri, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, a cura di Romeo, Napoli, 2018, p. 79;
- Perlingieri, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716;
- Perlingieri, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di Ferrando, Padova, 1989, p. 146;
- Perrino, *Il diritto all'autodeterminazione nella procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 827;
- Pessina, *Maternità surrogata o per altri e il mercato riproduttivo*, in *Medicina e morale*, 2018, p. 5;
- Pezzini, *Introduzione*, in *GenIus*, 2017, 2, p. 6;
- Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di Niccolai, Olivito, Napoli, 2017, p. 115;
- Picaro, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1264;

- L. Picotti, *La tutela penale della persona e nuove tecnologie : quaderni per la riforma del codice penale*, Padova, 2013;
- Piccinini, *Il genitore e lo status di figlio nel diritto di famiglia italiano*, Milano, 1999;
- Pocar, Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 1998;
- Poddighe, *Lo scambio di embrioni fra Salomone, Mosè, Pilato e Giuseppe*, in *giustiziacivile.com*, 1 dicembre 2014;
- Polikoff, *This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families*, in *Geo. L. J.*, 1990, 78, p. 483;
- Ponzanelli, *Sezioni unite e danni punitivi*, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 1084;
- Quadri, *Osservazioni sulla nuova disciplina della procreazione assistita*, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 228;
- Querci, *La maternità per "sostituzione" tra diritto interno e Carte internazionali*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1142;
- Ragoné, *The Gift of Life: Surrogate Motherhood, Gamete Donation and Constructions of Altruism*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, a cura di Cook, Day Sclater, Kaganas, London, 2003, p. 209;
- Recalcati, *Si fa presto a dire famiglia*, in *la.Repubblica.it*, 1 maggio 2016;
- Recinto, *Genitori e figli tra tendenze interne «adultocentriche»*, in *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017 - Corte d'Appello di Lecce)*, a cura di Dell'Anna Misurale, Viterbo, Napoli, 2017;
- Recinto, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016;
- Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 419;
- Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 471;
- Renda, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 197;
- Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008;

- Renda, *Spunti critici in tema di accertamento incidentale dello stato di figlio*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, p. 183;
- Renda, *Filiazione biologica, adottiva ed artificiale in Scandinavia. Sistema dell'accertamento e principio di verità*, in *Famiglia*, 2004, p. 363;
- Repetto, *Le adozioni omoparentali davanti alla Corte Europea*, in Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza e diritti*, Roma, 2015, p. 150;
- Rescigno, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 981;
- A.Ricci, *La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il d.m. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 40;
- A.Ricci, sub art. 243 bis c.c., in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, p. 982;
- Riehl, McClurg, Shuman, *Children Placed in Kinship Care: Recommended Policy Changes to Provide Adequate Support for Kinship Families*, in *Children's Legal Rights Journal*, 2019, 39, 1, p. 101;
- Rizzi, *Tecniche redazionali convivenze (ovvero come ovviare sul piano negoziale all'assenza di normativa sulla convivenza)*, in *I quaderni della fondazione italiana di del notariato*, 2014, 3, p. 54;
- Rizzuti, *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze naturali allo scenario dell' "agenitorialità"*, in *Maternità, filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di Niccolai, Olivito, Napoli, 2017, p. 162;
- Rizzuti, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *Rivista di BioDiritto*, 2015, p. 20;
- Robertson, *Children of Choice. Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton University Press, 1994;
- Robles, *Paternità (ricerca biologica della) (sez. civ.)*, in *Dig. dir. priv.*, Agg. XI, Torino, 2018, p. 371;
- Rodotà, *Costruzione del corpo. Luogo di libertà o di coercizione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 170;
- Rodotà, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 571;
- Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995;

- Rodotà, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale a nuove tecnologie riproduttive*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di Ferrando, Padova, 1989, p. 139;
- Romeo, *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Napoli, 2018;
- Romeo (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Milano, 2014;
- Ronfani, *L'omogenitorialità. Una categoria realizzata?*, in Bosisio, Ronfani, *Le famiglie omogenitoriali, Responsabilità, regole e diritti*, Roma, 2015, p. 43;
- Rosani, "The best interest of the parents". *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti Supreme e silenzio dei legislatori*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2017, p. 109;
- Rosetti, *Allineamento delle regole di accertamento della filiazione*, in *Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, a cura di M. Bianca, Milano, 2014, p. 42;
- Rossi Carleo, *Le informazioni per il "consenso" alla procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 705;
- Rossi Carleo, *Adozione e tutela della famiglia ricostituita*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 113;
- Ruggeri, Salazar, *Non è lecito separarmi da ciò che è mio: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *ConsultaOnline*, 2017;
- Ruo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 574;
- Salanito, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 737 ss.;
- Salanito, *Gli effetti della procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3733;
- Salanito, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1360;
- Salanito, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, p. 3660;
- Salanito, *Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita*, in *Giust. civ.*, 2015, 4, p. 853;

- Salone, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in *dirittocivilecontemporaneo.com*, 7 dicembre 2014;
- Salvi, *Il possesso di stato familiare*, Milano, 1952;
- Sassi, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, in Perlingieri, Giova (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, in *Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2018, p. 438 ss.;
- Sassi, Scaglione, Stefanelli, *La filiazione e i minori*, in Tratt. Sacco, Torino, 2018, p. 142 ss.; Agosta, *In fuga dai divieti: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 79 ss.;
- Santoro Passarelli, *Sul riconoscimento del figlio naturale premorto*, in *Foro it.*, 1931, I, c. 1271;
- Santoro Passarelli, *Status familiae*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 421;
- Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004;
- Santosuosso, *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Guida al dir.*, 2004, 3, p. 29;
- Savi, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso. Contributo al primo studio della legge 20 maggio 2016 n. 76, art. 1 commi 1-35*, Perugia, 2016;
- Savorani, *Identità dei figli tra cognome, "status filiationis" e diritto di conoscere le proprie origini biologiche*, in *Familia*, 2018, p. 499;
- Scalabrino, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale in Italia*, Milano, 1981;
- Scalera, *Mater semper certa est? Considerazioni a margine dell'ordinanza sullo scambio di embrioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1110;
- Scalisi, *Maternità surrogata: come "far cose con regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1097 ss.;
- Scalisi, *«Famiglia» e le «famiglie» in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 7;
- Scalera, *Sulla legittimità dell'impatto "post mortem" di embrioni crioconservati*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 489;

- Schuster, *Gestazione per altri e Conv. Eur. Dir. Uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 828;
- Schuster, *Quale riconoscimento per la fecondazione post mortem? Commento a Astrue v. Capato*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 886;
- Schuster, *Le unioni tra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in Pezzini, Lorenzetti, *Unioni, matrimoni same sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011, p. 255;
- Schwartz, *Reinventing guardianship: subsidized guardianship, foster care and child welfare*, in *New York Review of Law and social change*, 22, 2, 1997, p. 441 ss;
- Scia, *Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2012;
- Scia, *Procreazione medicalmente assistita e status del generato. Percorsi giurisprudenziali e intervento legislativo*, Napoli, 2010;
- Sciancalepore, *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 130;
- Sciancalepore, *L'interesse del minore tra esercizi di formalismo giuridico e legalità costituzionale*, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 405;
- Sciarrino, *Mater sempre certa o semper incerta? La maternità è fluida ma l'art. 263 c.c. non si tocca*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 510;
- Sciarrino, *Minore, adozione e famiglia di fatto: le ragioni di una difficile convivenza*, in Romeo (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Milano, 2014, p. 393 ss.;
- Sendall, *Family Law*, Oxford, 2019;
- Serravalle, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018;
- Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., Padova, 2019;
- Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 567;
- Sesta (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017;
- Sesta, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 289;

- Sesta, *L. 19 febbraio 2004, n. 40, artt. 1-11*, in *Codice dell'unione civile e convivenze*, a cura di Sesta, Milano, 2017, p. 1965;
- Sesta, *L'unione civile: una speciale formazione sociale d'istituzione legislativa?*, in *Lo Stato*, 2016, p. 261;
- Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 881;
- Sesta, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1792;
- Sesta, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1009;
- Sesta, voce *Filiazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, p. 454;
- Sesta, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 454;
- Sesta, *Le azioni di stato dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Rass. for.*, 2014, p. 327;
- Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 231;
- Sesta, *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, 4, *Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di Auletta, Torino, 2011, p. 3;
- Sesta, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità (Atti del convegno tenutosi a Milano il 30 settembre 2009)*, Milano, 2010, p. 839;
- Sesta, *Procreazione medicalmente assistita e status del figlio*, in *La filiazione verso un unico status, Atti del convegno di Como il 23-24 .6.2006*, in *Aiaf Quaderni*, 2006, p. 89;
- Sesta, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1405;
- Sesta, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 203;
- Sesta, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 237;

- Sesta, *La fecondazione assistita tra etica e diritto: il caso italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 299;
- Sesta, *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia, Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di Auletta, IV, Torino, 1999, p. 242;
- Shalev, *Birth power. The case for surrogacy*, New Heaven, 1989;
- Sicchiero, *Possesso di stato* (sez. civ.), in *Dig. dir. priv.*, XIV, 1996, p. 41 ss
- Smart, *Deconstructing motherhood*, in *Good enough mothering?*, a cura di Bortolaia, London-New York, 1996, p. 37;
- Smith, *Clashing symbols. Reconciling support for fathers and fatherless families after the Human Fertilization and Embryology Act 2008*, in *Chil & Family Law Quarterly*, 2010, 22, p. 46 ss;
- Snow, *Reproductive Autonomy and the Evolving Family in the Supreme Court of Canada: Implications for Assisted Reproductive Technologies*, in *Journal of Canadian Studies/Revue d'études canadiennes*, 48, 1, 2014, p. 153;
- Spadafora, *Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 1092;
- Spadaro, Dell'Osta, *Unioni civili e convivenze : tutte le novità : L. n. 76/2016 in vigore dal 5 giugno 2016: Costituzione, cognome, regime patrimoniale, diritti e doveri; scioglimento dell'unione civile, successioni, cambiamento di sesso; adozioni; convivenze di fatto: diritti e obblighi, effetti, cessazione; contenuto, aspetti patrimoniali, cause di nullità e risoluzione del contratto di convivenza*, Milano, 2016;
- Stanzione, *Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana*, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 201;
- Stanzione, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010;
- Stanzione, *Costituzione, diritto e soggetti deboli*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 305;
- Stanzione, Sciancalepore, *Procreazione assistita commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004;
- Stefanelli, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madre in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito. Nota a Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878*, in *articolo29.it*;
- Stefanelli, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 83;

- G. Stella Richter, *La donazione nella famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 144;
- Sutherland, *Child and family law*, II ed., Edinburgh, 2008;
- Tevere, *Il revirement della Grande Camera della Corte di Strasburgo in tema di maternità surrogata*, in *Lo stato civile italiano*, 2017, p. 18;
- Tommaseo, *La corte costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 307;
- Tonolo, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello "status" da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. intern.*, 2017, p. 1070;
- Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202;
- Tonolo, *Trascrivibilità degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 81;
- Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *costituzionalismo.it*, 2015, 2;
- Tripodina, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2593;
- Tripodina, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa et Pavan vs Italia)*, in *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2013, p. 923;
- Troiano, *Il cognome del figlio nato fuori del matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 125 ss;
- Troiano, *Le innovazioni alla disciplina del riconoscimento del figlio (art. 250, come modificato dall'art. 1 comma 2°, l. n. 219/2012)*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015;
- Uda, *Presunzione di paternità e prove della filiazione legittima*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, *La filiazione*, a cura di Collura, Lenti, Mantovani, II ed., Milano, 2012;
- Vallini, *Gli ultimi fantasmi della legge '40: incostituzionale (il supposto reato di selezione preimpianto)*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 64 ss;

- Vallini, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1457;
- Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 831;
- Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017;
- Varano, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionale e transnazionali*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 825;
- Vercellone, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Sacco, Torino, 1987, p. 311;
- S. Veronesi, *Le "nuove famiglie e la posizione del genitore "sociale" rispetto ai figli del coniuge o del nuovo partner*, in Cesaro, Lovati, Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, p. 49 ss.;
- Vesto, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 306;
- Vesto, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018;
- Vesto, *La maternità surrogata: Cassazione e CEDU a confronto*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 306;
- Vesto, *Maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità*, Torino, 2018;
- R. Villani, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo* in *Studium iuris*, 2014, p. 1243;
- R. Villani, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Lenti, Mantovani, Milano, 2019, p. 281;
- R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004;
- Violini, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quaderni costituzionali*, 1 marzo 2012;
- Vismara, *Efficacia di sentenze ed atti stranieri*, in *Manuale di diritto internazionale privato*, a cura di Conetti, Tonolo, Vismara, Torino, 2017;

- Walker, *Baby Love: choosing motherhood after a lifetime of ambivalence*, New York, 2007;
- Warzynski, *Termination of Parental Rights: The Psychological Parent Standard*, in *Villanova Law Review*, 1994, 39, 3, p. 737;
- Wells-Greco, *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, Eleven International Publishing, 2015;
- White, *Hidden from view: Canadian gestational surrogacy practices and outcomes*, in *Reproductive Health Matters*, 2016, 24, p. 205;
- Winkler, *Verso la legge sulle unioni civili*, in Buffone, Gattuso, Winkler, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017, p. 3;
- Winkler, *Adozione legittimante del single, stepchild adoption e famiglia monoparentale: aspetti internazionalprivatistici*, in Cesaro, Lovati, Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, p. 102;
- Young, *This Child Does Have 2 (Or More) Fathers-Step-Parents and Support Obligations*, in *McGill Law Journal*, 2000, 45, 1, p. 107;
- Zaccaria, Faccioli, Omodei Salè, Tescaro, *Commentario all'ordinamento dello stato civile*, Santarcangelo di Romagna, 2013;
- Zambrano, *La fecondazione assistita e il mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica*, in Stanzione, Sciancalepore, *Procreazione assistita commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 293;
- Zanobetti, *L. 31 maggio 1995, n. 218, artt. 64-68*, in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di Sesta, Milano, 2017, p. 2157;
- Zappatore, *Fecondazione omologa c.d. post mortem: regole e principi di determinazione dello status filiationis in una recente pronuncia di legittimità*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 1149;
- Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 1 ss;
- Zatti, *Interesse del minore e "doppia figura genitoriale"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 88 ss.

Giurisprudenza

Sovranazionale

- Grande Chambre*, 16 gennaio 2018, Nedescu v. Romania, in *www.echr.coe.int*;
Grande Chambre, 24 gennaio 2017, n. 25358/12, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 495;
Grande Chambre, 27 agosto 2015, Parrillo v. Italia, in *www.echr.coe.int*;;
Grande Chambre 2 ottobre 2012, Knecht v. Romania, in *www.echr.coe.int*;;
Grande Chambre 28 agosto 2012, Costa e Pavan v. Italia, in *www.echr.coe.int*;;
Grande Chambre, 4 dicembre 2007, *Dickson v. Uk*, (n. 44362/04), in *www.echr.coe.int*;
- Cedu, 27 gennaio 2015, Paradiso Campanelli c. Italia, in *Fam. e dir.*, 2015, 411 ss;
Cedu, 16 dicembre 2014, X e Y c. Italia (n. 41146/14), in *giustizia.it*;
Cedu, 8 luglio 2014, *D. et autres c. Belgique*, (n. 29176/13), in *hudoc.echr.coe.int*;
Cedu, 1° aprile 2010, S.H. and others c. Austria (n. 57813/00), in *Fam. e dir.*, 2010, 977;
Cedu, 26 giugno 2014, Mennesson c. Francia (n. 65192/11), in *Journal du droit international*, 2014, p. 1265;
Cedu, 26 giugno 2014, Labassee/Francia (n. 65941/11), in *Journal du droit international*, 2014, p. 1265;
Cedu, 19 febbraio 2013, X and Others c. Austria (n. 19010/07), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 519;
Cedu, 3 giugno 2010, *Schalk e Kopf*, (n. 30141/04), in *articolo29.it*;
Cedu, 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* (n. 76240/01), in *Dir. umani e dir. int.*, 2009, p. 151;
Cedu, 7 febbraio 2002, *Mikulic v Croatia*, (n. 53176/99), in *hudoc.echr.coe.int*;
Cedu, *Odievre v France*, (n. 42326/98), (2003) 38 EHRR 43, in *hudoc.echr.coe.int*;
Cedu, 22 aprile 1997, X e altri c. Regno Unito, in *hudoc.echr.coe.int*;
Cedu, 27 ottobre 1994, Kroon e altri c. Paesi Bassi, in *hudoc.echr.coe.int*;
Cedu, 26 maggio 1994, Keegan c. Irlanda, in *hudoc.echr.coe.int*.

Nazionale

- Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Guida al dir.*, 2020, 2, p. 36;
Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, in *Riv. dir. intern.*, 2018, p. 632;

Corte. cost., 21 novembre 2016, n. 286, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 588;
Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Foro it.*, 2016, 1, c. 3330;
Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Foro it.*, 2016, 5, I, c. 1509;
Corte cost. 7 aprile 2016, n. 76, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1933;
Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *cortecostituzionale.it*;
Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *costituzionalismo.it*, 2015, 2;
Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 753;
Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2301;
Corte cost., 27 marzo 2009, n. 86, in *Corr. giur.*, 2010, p. 97 ss;
Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328;
Corte cost., 22 settembre 1998 n. 347, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1294;
Corte cost., 10 febbraio 1997 n. 35, *Consulta online*;
Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Foro it.*, 1991, c. 446;
Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Foro it.*, 1987, c. 2353;
Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Consulta online*;
Corte cost., 8 luglio 1971, n. 169, in *Consulta online*;

Cass., SU, 5 luglio 2017, n. 16601, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 1084;
Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 667;
Cass., SU, 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 435;

Cass., 11 novembre 2019, n. 29071, in *Dejure*;
Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Fam. e dir.*, 2020, p. 27;
Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1204;
Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 4, p. 1193;
Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1708;
Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *iurisprudenzia.it*, 27 ottobre 2016;
Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 1013;
Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Guida al dir.*, 2014, 48, p. 44;
Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 570;
Cass., 22 agosto 2013, n. 19405 in *Dejure*;
Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 605;
Cass., 21 gennaio 2013, n. 1302, in *Dejure*;
Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1193;
Cass., 11 luglio 2012, n. 11644, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 51;
Cass., 10 aprile 2012, n. 5653, in *Guida al dir.*, 2012, 20, p. 46;
Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 83;
Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Corr. giur.*, 1999, p. 429;
Cass., 24 settembre 1996, n. 8413, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 78;

Cass., 24 ottobre 1968, n. 3444, in *Mass. Foro it.*, 1968, c. 912;

App. Perugia, 7 agosto 2018, in *articolo29.it*;
App. Venezia, 16 luglio 2018, in *articolo29.it*;
App. Napoli, 4 luglio 2018, in *questionegiustizia.it*;
App. Venezia, 28 giugno 2018, in *articolo29.it*;
App. Ancona, 12 marzo 2018, in *Foro it.*, 2019, 4, 1, c. 1429;
App. Trento, 23 febbraio 2017, in *articolo29.it*;
App. Milano, 28 dicembre 2016, in *Dejure*;
App. Torino, 27 maggio 2016, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1910;
App. Napoli, ord. 5 aprile 2016, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1933;
App. Roma, 23 dicembre 2015, in *articolo29.it*;
App. Venezia, 19 ottobre 2015, in *ilfamiliarista.it*;
App. Milano, 16 ottobre 2015, in *articolo29.it*;
App. Palermo, 30 agosto 2015, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 44 ;
App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Famiglia e minori*, 2009, 5, p. 50;

Trib. Bari, 21 maggio 2019, inedita;
Trib. Pistoia, 5 luglio 2019, in *articolo29.it*;
Trib. Lecce, 21 giugno 2019, in *giustiziacivile.com*, 10 dicembre 2019;
Trib. Bolzano, 3 gennaio 2019, in *Dejure*;
Trib. Genova, 8 novembre 2018, in *articolo29.it*;
Trib. Milano, 24 ottobre 2018, n. 2935, in *articolo29.it*;
Trib. Bologna, 25 agosto 2018, in *Foro it.*, 2019, 4, 1, c. 1430;
Trib. Pisa, 23 luglio 2018, in *articolo29.it*;
Trib. Pistoia 5 luglio 2018, in *articolo29.it*;
Trib. Bologna, 3 luglio 2018, in *Dejure*;
Trib. Pordenone, 2 luglio 2018, in *Dejure*;
Trib. Torino, 21 maggio 2018, in *Dejure*;
Trib. Roma, 11 maggio 2018, in *Dejure*;
Trib. Livorno, 12 dicembre 2017, in *articolo29.it*;
Trib. Messina, 28 settembre 2017, in *Foro it.*, 2019, 4, 1, c. 1430;
Trib. Livorno, 14 novembre 2017, in *articolo29.it*;
Trib. Roma, 10 maggio 2016, in *Giur. it.*, 2016, p. 2109;
Trib. Roma, 2 ottobre 2015, in *Dejure*;
Trib. Bologna, 21 maggio 2015, in *Dejure*;
Trib. Roma, 22 aprile 2015, in *questionegiustizia.it*;
Trib. Palermo, 6 aprile 2015, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 40;
Trib. Bologna 16 gennaio 2015, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 489;

Trib. Varese, 8 ottobre 2014, in *personaedanno.it*;
 Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1565;
 Trib. Firenze, 12 dicembre 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 589;
 Trib. Bologna, 31 maggio 2012, in *Dejure*;
 Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 138;
 Trib. Bologna, 9 maggio 2000, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1216;
 Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Fam. e dir.*, 2000, o. 151;
 Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1654;

Trib. min. Milano, 10 ottobre 2018, in *articolo29.it*;
 Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1933;
 Trib. min. Napoli, 10 maggio 1996, in *Dejure*;

Tar Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Foro it.*, III, 2008, c. 207.

UK

Re Human Fertilisation and Embryology Act (Cases A, B, C, D, E, F, G, and H) [2015] EWHC 2602 (fam);
X and Y v St Bartholomew's Hospital Centre for Reproductive Medicine (CRM) [2015] EWFC 13 (fam);
AB v CD [2015] EWFC 12.
Re WT [2014] EWHC 1303 (Fam);
 [2014] EWHC 3135 (fam);
J v G [2013] EWHC 1432 (Fam), [2014] 1 FLR 297;
Re C [2013] EWHC 2413 (Fam), [2014] 1 FLR 654;
AB v CD and the Z Fertility Clinic [2013] EWHC 1418 (Fam);
D and L [2012] EWHC 2631 (Fam);
Re D and L [2012] EWHC 2631 (Fam);
A v P [2011] EWHC 1738 (Fam);
Re X and Y [2011] EWHC 3147 (Fam);
Re S [2009] EWHC 2977 (Fam), [2010] 1 FLR 1156;
Re X and Y [2008] EWHC 3030 (fam), [2009] 1 FLR 733;
Re D [2006] EWHC 2 (fam);
Re G [2006] UKHL 43;
Re G A v. C [1985] FLR 445 [2006] 1 FCR 436, par. 34;
Leeds Teaching Hospital NHS Trust v A [2003] EWCH 259 (QB);

Re C [2002] EWHC 157 (fam), [2002] 1 FLR 909;
Brixey v. Lynas [1996] 2 FLR 499;
R v Human Fertilisation and embryology authority, ex p Blood [1999] Fam 151
(HC);
[1991] Fam 151 (CA);
RE K [1991] 1 FLR 57;
A v C [1985] FLR 445;
Re D [1976] Fam 185.

US

160 Mich. App. 601, 408 N.W. 2d 516 (1987);
Re Buzzanca, 61 Cal. App. 4th 1410, 1412 (1998);
Johnson v. Calvert, 851 P. 2d 776 (1993).

