COLLANA DI SCIENZA COSTITUZIONALE, DIRITTO DELL'ECONOMIA E TEORIA DEL DIRITTO *diretta da* Aljs Vignudelli - 16

QUADERNI LO STATO

Matteo Caldironi
Stefania Pia Perrino

THE FAMILY (R)EVOLUTION

INSIGHTS INTO RISING PARENTHOOD ISSUES

Mucchi Editore

CAVE
EMPTOR

COLLANA DI SCIENZA COSTITUZIONALE,
DIRITTO DELL'ECONOMIA E TEORIA DEL DIRITTO

diretta da
ALJS VIGNUDELLI

16

Mucchi Editore

THE FAMILY (R)EVOLUTION

Insights into Rising Parenthood Issues

Atti del convegno tenutosi a Modena il 22-24 Febbraio 2024

a cura di
Matteo Caldironi e Stefania Pia Perrino

Mucchi Editore

Volume finanziato nell'ambito del progetto di ricerca “Social parenthood: analysis of the phenomenon and the public order limits” cod. Progetto 2022XL7HL2 – CUP E53D23006980006 - PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA (PNRR) – Missione 4 – Componente 2. Dalla Ricerca all’Impresa -Investimento 1.1 Fondo per il Programma Nazionale della Ricerca (PNR) e Progetti di Ricerca di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN)”, finanziato dall’Unione europea – NextGenerationEU - rif. D.D. N. n. 104 del 02/02/2022

I contributi sono stati sottoposti a referaggio.

Redazione: Federico Pedrini; Luca Vespignani.

ISBN 9791281716490
doi 10.53148/FamRevo0525

© STEM Mucchi Editore - 2025

info@mucchieditore.it
www.mucchieditore.it - facebook.com/mucchieditore - x.com/mucchieditore - instagram.com/mucchi_editore

Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)
Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.
Versione pdf *Open Access* al sito *https://mucchieditore.it/*

Impaginazione STEM Mucchi Editore (MO)

I edizione pubblicata in Modena nel mese di maggio 2025

Indice

Presentazione di Federico Pedrini 11

Introduzione di Matteo Caldironi & Stefania Pia Perrino..... 15

I. *Reproduction and Filiation*

I.1. *Alla ricerca del fondamento costituzionale del diritto alla procreazione*
di Benedetta Liberali.....21

I.2. *Just Children*
di Giuseppina Barcellona.....63

I.3. *Mutamenti taciti della disciplina costituzionale sulla famiglia e sulla filiazione?*
di Maria Pia Iadicicco 85

I.4. *Genitorialità plurali (al plurale)? Forme di riconoscimento della genitorialità sociale in prospettiva comparata*
di Simone Penasa 105

II. *Social Parenthood*

II.5. *Non-recognition of social parenthood in same-sex families – reform proposals for countries that are lagging behind in protecting children*
di Jakub Pawliczak.....135

II.6. *La frammentazione della figura genitoriale e i criteri di attribuzione dello* status filiationis
di Diletta Giunchedi 155

II.7. *Genitorialità affine nel* código de las familias. *Doveri e poteri nelle famiglie ricomposte cubane*
di Nicolò Cevolani 173

II.8. *Le nuove famiglie: le sfide della trasformazione*
di Elvira Martini, Paolo Palumbo, Alessia Sabatini 185

III. Post Mortem *Reproduction*

III.9. *Tecniche procreative e genitorialità post legame: riflessioni*
di Alessandra Cordiano 205

III.10. *Continuità degli affetti, procreazione medicalmente assistita* post mortem *e destinazione postuma delle cellule riproduttive*
di Leonardo Dani 223

III.11. *Interpretazione e applicazione giurisprudenziale del divieto di fecondazione* post mortem
di Giacomo Mingardo 235

III.12. *La complessa regolamentazione della disciplina relativa alla procreazione medicalmente assistita* post mortem
di Alessandra Mazzola 251

III.13. *Da una «scelta tragica» ad una possibile apertura? Commenti a margine della sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*
di Sara Di Giovanni 267

III.14. *Love will tear us apart, and reproductive cells too*
di Stefania Pia Perrino 283

IV. *Adoptions and care*

IV.15. *Nuove genitorialità, continuità affettiva e significativi rapporti con i parenti*
di Alessandra Spangaro 305

IV.16. *Dall'affetto all'effetto giuridico: riverberi sistematici e successori del riconoscimento dei rapporti di parentela nascenti dall'adozione in casi particolari*
di Ivan Libero Nocera 321

IV.17. *L'affidamento familiare nel prisma dell'interesse del minore*
di Carlotta Ippoliti Martini 337

V. *Surrogacy*

V.18. *La surrogazione di maternità come reato universale*
di Pietro Maria Sabella 353

V.19. *Il reato universale di surrogazione di maternità e la sua incisione su diritti, interessi e dignità dei minori*
di Giovanni Barozzi Reggiani 369

V.20. *Luci e ombre del reato di maternità surrogata*
di Claudio Ragusa 385

V.21. *Libertà procreativa e GPA in Italia:* de iure condito *e* de iure condendo
di Giulia Barbato 405

V.22. *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: un giusto punto di equilibrio tra desiderio di genitorialità e tutela del minore?*
di Francesco Molinaro 417

V.23. *Che significa essere genitori?*
di Giada Cascio 431

V.24. *La connotazione socioaffettiva dei rapporti familiari e il riconoscimento della relazione genitoriale come elemento di realizzazione dell'identità personale*
di Maria Cristina Carbone 439

V.25. *Figli della "GPA": dalla convergenza valoriale al ravvicinamento dei sistemi giuridici?*
di Emanuela Zito 457

V.26. *Sulla possibilità di individuare un termine decorso il quale il legame tra genitore intenzionale e figlio nato da GPA debba essere riconosciuto*
di Stefania Flore 473

V.27. *Le nuove famiglie e i loro diritti*
di Elena Cecchini 489

VI. *Redefining Family: Contemporary Challenges*

VI.28. *Le nuove tecnologie riproduttive: possibilità di scelta o dovere morale? Il caso dell'utero artificiale*
di Maurizio Balistreri 507

VI.29. *The Council of Europe and Beyond: Children's Rights and Intersectionality*
di Costanza Nardocci 525

VI.30. *Not Just Parent*
di Stefania Cecchini 545

VI.31. *Donazioni online, anonime, illimitate*
di Alessandra Pellegrini De Luca 559

VI.32. *I nuovi itinerari del parto anonimo*
di Giovanna Marchetti 579

VI.33. *Exploring the Role of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the dialogue between national and European legal concepts*
di Caterina Bergomi 589

VI.34. *Evoluzione dei modelli familiari e successioni a causa di morte*
di Vera Bilardo 601

VI.35. *Rilettura della questione del cognome filiale e familiare alla luce della più recente giurisprudenza nazionale ed europea*
di Marta Ruggirello 611

VI.36. *Navigating Embryosharing*
di Stefania Pia Perrino 621

Presentazione

di Federico Pedrini

Il volume dedicato alle evoluzioni del concetto di 'famiglia' che vede ora la luce rappresenta il punto di congiunzione ideale di due importanti progetti nei quali ho avuto l'onore di svolgere le funzioni di *Principal Investigator*.

Il primo progetto – "*Just Parent - Legal Protection for Social Parenthood*", svoltosi in collaborazione con le Università di Milano-Bicocca, Granada e Uppsala, nonché con lo studio notarile Krause-Tiefenbacher di Berlino – fu finanziato dalla Commissione Europea all'interno della linea *E-Justice* e aveva come oggetto le nuove forme di genitorialità.

L'idea centrale è stata quella di approfondire le problematiche derivanti dal progressivo ampliamento dei casi di genitorialità non fondata (o comunque non fondata *esclusivamente*) su legami genetici, ma costruita a partire da una pretesa "autodeterminazione procreativa", per cui si parla anche di genitorialità sociale o d'intenzione. In particolare, il confronto è con un nuovo (e problematico) diritto o principio giuridico, che trova la sua realizzazione pratica attraverso specifici trattamenti sanitari o procedimenti di adozione dando luogo a vincoli affettivi stabili e continuativi tra chi assume la responsabilità genitoriale e i figli in difetto di un nesso biologico.

Si tratta di relazioni che talvolta sono disciplinate dalla legge, come nel caso delle adozioni e della fecondazione artificiale, talaltra nascono dall'interpretazione della giurisprudenza e, ancora, qualche volta sono forme di filiazione vietate in Italia ma ammesse e disciplinate all'estero. E l'aspetto più delicato di tale fenomeno si è sùbito rivelato il riconoscimento – non sempre ammesso, in via generale, dai singoli ordinamenti – del rapporto tra i genitori ed il minore, nell'ambito non solo nazionale ma anche europeo, al fine di garantire una omogenea e piena tutela dei nati al di là delle modalità con le quali sono stati procreati.

Proprio qui il testimone è stato raccolto dal secondo progetto, ancora in corso di svolgimento: il PRIN "*Social Parenthood. Analysis of the phenomenon and the public order limits*", che punta a sviluppare ulteriormente l'indagine sulla genitorialità sociale (o intenzionale) come fenomenologia giuridica a partire soprattutto dai suoi limiti di natura pubblicistica. Ciò attraverso una prospettiva multidisciplinare – con profili di ricerca di diritto civile, costituzionale e penale – e un'analisi dinamica delle molteplici fonti che si sovrappongono sul tema. Il

che porta a confrontarsi con tematiche variegate come, per citarne solo alcune tra le tante, la filiazione nel codice civile, lo stato civile, le adozioni, la cittadinanza, l'unione tra persone dello stesso sesso, le tecnologie di riproduzione artificiale, la maternità surrogata, la riproduzione *post mortem*.

Tale analisi, per molti aspetti inedita, risulta consustanziale alla tutela dell'interesse superiore del minore, come evidenziato da diverse sentenze delle nostre supreme magistrature ordinarie (Cass. civ., Sez. Un., n. 9006/2021) e costituzionali (Corte cost., nn. 32-33/2021), ed è la premessa ineludibile per un'interpretazione davvero sistematica delle norme civili, costituzionali e penali sul punto. Più precisamente, il progetto si propone di verificare, con un approccio rigorosamente ancorato al diritto positivo, la disponibilità di una solida base giuridica per il concetto di 'genitorialità sociale', valorizzando la giurisprudenza nazionale in materia di *same sex adoption*, *stepchild adoption*, maternità surrogata e/o fecondazione eterologa effettuata da una coppia di donne, procedure di fecondazione postuma.

Del resto, già le recenti riforme in tema di surrogazione di maternità, che hanno esteso la punibilità del relativo reato anche ai fatti realizzati fuori dal nostro Paese, basterebbero ad attestare l'assoluta centralità assunta oggi dall'esame dei limiti imposti dall'ordine pubblico. Una centralità sottolineata, significativamente, dalla stessa Corte di Cassazione (Cass. civ., I sez., n. 1842/2022), che auspicava altresì un attento scrutinio pure delle funzioni sottostanti a suddetti limiti, nell'ambito di un approccio condiviso tra i vari àmbiti disciplinari.

Da questi articolati percorsi di ricerca sono derivate positive e rilevanti ricadute nella letteratura giuridica di riferimento. A tacere dei numerosi contributi dei singoli studiosi appartenenti ai *team* dei singoli progetti che nel frattempo sono apparsi in collane monografiche, riviste specialistiche e volumi collettanei, mi corre qui l'obbligo di ricordare almeno – vista anche la comune sede editoriale – il frutto recente di un'impresa condivisa.

All'esito di molteplici occasioni di incontro e di confronto – tra cui dieci *workshop*, lezioni all'interno di Corsi di Dottorato di ricerca, una *moot court competition*, un *podcast*, un *Mooc* liberamente accessibile sulla piattaforma *Eduopen* – il primo progetto ha infatti portato alla pubblicazione, sia in italiano che in inglese, del *Just Parent Handbook* (Modena, Mucchi, 2024, 339 pp.). Un volume che ha rappresentato il tentativo di fornire uno strumentario utile non solo agli studiosi che volessero approfondire le più importanti e attuali problematiche relative alla genitorialità, ma soprattutto una guida per gli operatori del diritto (ufficiali di stato civile, giudici, avvocati, notai *etc.*) oltre che un possibile modello per i legislatori nazionali e per il legislatore euro-

peo. Non a caso, dunque, un'attenzione specifica è stata dedicata alle raccomandazioni e ad una proposta di direttiva europea. Ed è persino inutile sottolineare che un'operazione siffatta sia stata possibile unicamente grazie agli approfondimenti svolti in reciproca sinergia su Italia, Spagna, Svezia e Germania da tutti i gruppi di lavoro, ai quali rinnovo una volta ancora la mia gratitudine. Solo così si è potuto rendere uno "spaccato" dei diversi modelli regolativi presenti in Europa, arrivando a ipotizzare alcune soluzioni che potessero risultare funzionali nei rapporti c.d. transfrontalieri e tenendo sempre al centro il minore e la tutela di tutti gli altri interessi in gioco.

Mi piace pensare che di tale agile strumento pratico lo studio che oggi si presenta possa costituire il più adeguato *pendant* teorico, raggruppando alcuni tra i più avvertiti e aggiornati contributi scientifici sulle varie problematiche rilevanti che orbitano intorno a una problematica molto complessa e trasversale.

Non spetta a me scendere nei dettagli contenutistici dei singoli scritti, tanto più che un simile compito è già egregiamente assolto, qui di séguito, dalla *Introduzione*. Mi limito ad osservare come, anche solo scorrendo l'indice, si trovino pienamente rappresentati pressoché tutti i "grandi temi" che innervano questa complessa materia.

Penso all'inesauribile dialettica tra diritto e innovazioni tecnologiche, che consentono di raggiungere obiettivi desiderabili ma al tempo stesso sollevano dilemmi in ordine all'eticità (o alla maggiore o minore opportunità politica e pratica) di alcune scelte ora divenute materialmente possibili. Penso, ancora, al rapporto tra diritto e scienza medica, le cui risultanze sono talora addotte come confine invalicabile per la ragionevolezza delle scelte politiche, talaltra posposte alla (o comunque bilanciate con la) discrezionalità legislativa nelle materie eticamente più controverse. Penso, infine, in una prospettiva più generale, alla peculiare e problematica funzione (attribuita al e) svolta dal diritto costituzionale, che da un lato si "irradia" capillarmente negli altri settori dell'ordinamento, dall'altro è spesso "caricato" delle numerose aspettative che questi ultimi non sembrano riuscire a soddisfare. Il tutto con non trascurabili conseguenze – non sempre di facile gestione e soluzione – sugli equilibri tra le attribuzioni dei supremi organi costituzionali, a partire dall'*actio finium regundorum* tra Corte e Legislatore.

Merito precipuo dell'opera è, in questo senso, di offrire al lettore una visione sistematica di come le questioni connesse all'evoluzione (se non addirittura alla rivoluzione) della famiglia si riconducano a un unico *fil rouge*, anche quando la sensazione potrebbe essere di muoversi in territori separati.

Ultimo, ma non ultimo, motivo di soddisfazione è rappresentato dal fatto che la curatela di questo volume sia stata brillantemente por-

tata avanti da due valenti studiosi – non scrivo "giovani promesse" solo per alleggerire il carico dei relativi scongiuri – che ho avuto il piacere di conoscere bene in questi anni. Personalmente non faccio mistero del fatto che, senza di loro, nessuno dei due progetti da me coordinati, i cui frutti oggi possiamo raccogliere, sarebbe probabilmente mai nato. A Matteo Caldironi e Stefania Pia Perrino, in rigoroso ordine alfabetico, vanno dunque i miei sentiti ringraziamenti per il loro costante impegno, insieme ai più vivi complimenti per i risultati raggiunti, cui altre meritate soddisfazioni spero possano presto seguire.

Introduzione

di Matteo Caldironi & Stefania Pia Perrino

Il volume si apre con una sezione dedicata alla riproduzione e alla filiazione dallo specifico punto di vista del diritto costituzionale. Il primo contributo di Liberali, infatti, muove proprio dalla ricerca di un ancoraggio costituzionale del diritto a procreare. Come è noto, non esiste alcun riferimento esplicito della Carta a tale diritto, nondimeno la valorizzazione della dignità umana e del pieno sviluppo della personalità costituiscono un primo perimetro dei diritti sottesi alla genitorialità e alla procreazione. Attraverso un'attenta analisi della giurisprudenza e del diritto positivo si mostra in che modo la Corte riconosce la rilevanza delle scelte procreative che, da una parte devono senz'altro essere coscienti e responsabili, mentre dall'altra devono tenere conto della centralità del diritto alla salute (fisica e psichica) e della libertà di autodeterminazione. Barcellona affronta, invece, il tema dello *status* dei nati attraverso PMA in Italia, con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale. In particolare viene sottolineato il deficit di tutele, determinato da fattori quali il luogo di nascita del bambino, la tecnica utilizzata e il riconoscimento legale della sua filiazione. Si mettono così in luce le contraddizioni che emergono nelle controversie legali legate alla riproduzione assistita tra le responsabilità degli adulti e i diritti dei minori. Di respiro più teorico generale sono invece le riflessioni di Iadicicco, che nel suo scritto si interroga sull'applicabilità della nozione di modifica costituzionale implicita alle disposizioni costituzionali in materia di famiglia e filiazione. Penasa, in ultimo, analizza il processo di giuridificazione della genitorialità sociale, alla luce sia del suo fondamento costituzionale sia degli strumenti normativi di riconoscimento e tutela. Nel suo contributo sottopone il concetto giuridico di genitorialità, anche nella sua declinazione sociale, a un triplice processo di destrutturazione, scomposizione e contestualizzazione, con particolare attenzione alla dimensione giuridico-comparativa.

Nella seconda sezione si affronta il concetto di genitorialità sociale da molteplici punti di vista. Nel contributo di Pawliczak si analizzano in prospettiva comparata tre modelli che hanno avviato il processo di riconoscimento della genitorialità sociale in famiglie omosessuali nei Paesi Bassi, in Francia e in Irlanda. Giunchedi, invece, partendo dall'esperienza della giurisprudenza italiana, giunge ad ipotizzare la configurabilità di una genitorialità sociale, priva di legami di sangue ed estranea alla procedura adottiva, che possa tuttavia tro-

vare legittimazione giuridica nell'ordinamento, alla luce del crescente riconoscimento dell'elemento "intenzionale". Il contributo di Cevolani porta ad esempio il Codice della Famiglia cubano laddove disciplina una particolare forma di genitorialità intenzionale tra i figli e *step-parent* nel caso delle famiglie ricostituite. In chiusura, lo scritto di Martini, Palumbo e Sabatini è dedicato più in generale alle trasformazioni della famiglia contemporanea che, da un lato, è influenzata dai cambiamenti sociali che la riguardano e dalle crisi genitoriali che la colpiscono direttamente e, dall'altro, è sempre più attenta e aperta al riconoscimento dei diritti dei suoi membri.

La terza sezione è stata dedicata al fenomeno della procreazione *post mortem*. Come rilevato da Cordiano, in alcuni ordinamenti europei la fattispecie ha ricevuto una regolazione dedicata. Talvolta, però, si è chiamati a confrontarsi con il fenomeno a legislazione invariata, come nell'ordinamento italiano. In tal caso, l'interprete deve decifrare un testo di legge che non si occupa della crioconservazione degli embrioni, della soluzione dei conflitti tra i pazienti coinvolti nel rapporto e dell'eventuale sopravvenuta cessazione del legame e della vita di uno dei pazienti. Per questo, Cordiano propone una rilettura delle tecniche procreative *post mortem* e post legame secondo i principi del consenso informato e dell'accordo fra le parti. Dani si interroga, invece, sulla situazione giuridica soggettiva vantata dal paziente sopravvissuto sulla cellula riproduttiva in stato di crioconservazione, oltre che sullo spazio di autonomia riconosciuto ai pazienti del trattamento. Entro una lettura costituzionale, Mingardo dedica attenzione alla ragionevolezza del divieto di procreazione *post mortem* e alle particolari difficoltà di coordinamento con la disciplina vigente, per il tramite dell'analisi della giurisprudenza nazionale ed europea. Muove da una prospettiva di indagine più recente, invece, Mazzola, prendendo le mosse dalla pronuncia della Corte costituzionale sull'impianto di embrioni *post mortem*, cui hanno fatto seguito le più recenti Linee Guida. La pronuncia della Consulta ha formato oggetto pure del saggio di Di Giovanni, poiché prosegue il processo di progressiva "destrutturazione" del quadro giuridico che regola la PMA, con riguardo ai requisiti soggettivi e alla luce delle trasformazioni sociali e familiari. Infine, conduce un'analisi comparata Perrino: dopo aver analizzato il divieto introdotto dalla recente riforma spagnola e il residuale spazio di ammissibilità delle tecniche riproduttive postume, il saggio considera il ruolo ascritto al consenso informato alla PMA nella legge italiana e la sua esaltazione ad opera della giurisprudenza, stigmatizzando il sacrificio imposto all'autodeterminazione in favore dell'assunzione, talvolta inconsapevole, della responsabilità procreativa e genitoriale verso il nato.

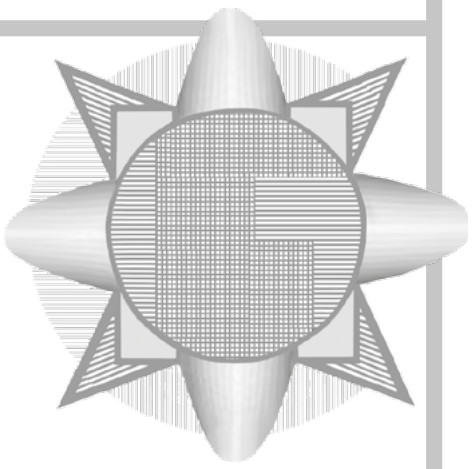
La quarta sezione è dedicata alle adozioni e al rapporto di cura. Spangaro esamina la distinzione tra due concetti, continuità affettiva e rapporti significativi, entrambi rispondenti al diritto del minore a mantenere le relazioni affettive e che risulta superiore sia allo sfaldamento della famiglia di origine sia rispetto all'eventuale pretesa del genitore biologico di escludere quello di intenzione. Successivamente, dall'affetto si rintracciano gli effetti: Nocera procede ad una analisi sistematica della disciplina dedicata all'adozione mite, con particolare attenzione alle implicazioni successorie della recente pronuncia della Consulta. Infine, la complessità dei rapporti giuridici familiari e il progressivo aumento del fenomeno migratorio conducono Ippoliti Martini ad analizzare le importanti funzioni assolte dall'istituto dell'affidamento familiare, specie per garantire la continuità degli affetti e l'integrazione dei minori stranieri.

La quinta sezione rappresenta un focus specifico sulla surrogazione di maternità. In particolare, i contributi di Sabella, Barozzi Reggiani e Ragusa analizzano le più recenti problematiche emerse sul tema, con riferimento pure alla recente riforma del reato di surrogazione di maternità in reato universale, sotto la lente del diritto penale e del diritto costituzionale. Barbato ipotizza possibili distinguo tra le pratiche di GPA a seconda che questa sia altruistica o commerciale, anche nelle differenze che discenderebbe nelle possibili lesioni della dignità della donna. Molinaro si interroga sulla correttezza del punto di equilibrio trovato dalla giurisprudenza tra la tutela del minore e la tutela della donna nel riconoscimento dei nati dalle procedure di GPA. Ipotizza infatti una nuova forma di adozione, diversa da quella "in casi particolari", meglio ritagliata sulla tutela del *best interest of the child*. Sempre sulla necessaria tutela dell'interesse del minore si concentra l'intervento di Cascio attraverso una disamina della giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Carbone analizza, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale, gli elementi che collegano l'identità personale del minore al riconoscimento o mantenimento del legame genitoriale, nel contesto dell'evoluzione del concetto di famiglia. Al tempo stesso sottolinea la difficoltà di definire oggettivamente l'identità personale, poiché essa si costruisce in relazione alla percezione soggettiva di sé e al proprio vissuto. Zito, sempre nella prospettiva del riconoscimento giuridico del rapporto genitore-figlio nei casi di surrogazione di maternità, si interroga se lo strumento più adeguato a tutelare tutti gli interessi in gioco sia l'adozione oppure una convenzione internazionale. Flore analizza il diritto internazionale e la giurisprudenza della CEDU per verificare se esistano indicazioni vincolanti per armonizzare la tutela del legame tra genitore intenzionale e minore nato da surrogazione. Basandosi sul criterio della convivenza, pro-

pone di riconoscere legalmente la genitorialità dopo un certo periodo di vita comune. In ultimo, Cecchini, evidenziando l'assenza di un vero e proprio diritto alla genitorialità, solleva il dubbio sull'esistenza di un diritto al riconoscimento del legame filiale per chi è già inserito in una realtà familiare.

La sesta e ultima sezione dell'opera è dedicata alle sfide che la contemporaneità impone all'interprete e che concorrono a ridefinire il concetto tradizionale di famiglia. Balistreri svolge una indagine attorno alle nuove tecnologie riproduttive, con peculiare attenzione per il c.d. utero artificiale. S. Cecchini propone una riflessione attorno alla disciplina della procreazione assistita volta a promuovere le differenze tra le tecniche procreative, tra le coppie e tra le relative istanze di tutela, per contribuire a incentivare una cultura di accettazione delle diverse istanze. Pellegrini De Luca dedica attenzione alle donazioni di cellule riproduttive informali: un fenomeno che ha destato scalpore in altri ordinamenti e che impone all'interprete di tornare a meditare sul principio dell'anonimato nella cessione di gameti e sulla sicurezza nei trattamenti. Nel solco, poi, dei nuovi itinerari che la complessità della modernità impone all'interprete si pone la riflessione di Marchetti attorno al parto anonimo. Bergomi dedica la sua indagine al ruolo della giurisprudenza della Corte di Giustizia: entro una prospettiva comparata ma pure interdisciplinare, il saggio evidenzia gli sforzi che la Corte svolge per garantire una interpretazione uniforme, seppur rispettosa delle tradizioni legali degli Stati Membri, specie nel diritto di famiglia. A sua volta Nardocci riflette sul principio del preminente interesse del minore, specie nelle minoranze, e sull'intersezionalità con un'attenta analisi della giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo. Nel solco dell'evoluzione dei modelli familiari si pongono Bilardo, che contrappone al cambiamento in atto la stagnazione in cui versa il diritto successorio vigente, nonostante il suo rilievo per la protezione delle istanze familiari, e pure Ruggirello, per la rilettura della questione del cognome filiale e familiare alla luce della più recente giurisprudenza nazionale ed europea. Da ultimo, Perrino dedica attenzione al c.d. *embryo-sharing*, ossia alla condivisione di embrioni soprannumerari a soggetti terzi alla coppia di aderenti alle tecniche di PMA, interrogandosi *de iure condito* sulle possibili destinazioni delle blastocisti abbandonate.

I. Reproduction and Filiation



1. *Alla ricerca del fondamento costituzionale del diritto alla procreazione*
di Benedetta Liberali

2. *Just Children*
di Giuseppina Barcellona

3. *Mutamenti taciti della disciplina costituzionale sulla famiglia e sulla filiazione?*
di Maria Pia Iadicicco

4. *Genitorialità plurali (al plurale)? Forme di riconoscimento della genitorialità sociale in prospettiva comparata*
di Simone Penasa

I.1. *Alla ricerca del fondamento costituzionale del diritto alla procreazione*

di Benedetta Liberali*

Sommario: § 1. – Premessa: problematiche definitorie e perimetro dell'indagine. § 2. – I riferimenti normativi espressi al «diritto alla procreazione cosciente e responsabile». § 3. – Il contributo della giurisprudenza costituzionale nella garanzia dei diritti sottesi alle scelte procreative. § 3.1. – Sulla propaganda di pratiche contro la procreazione e sul rapporto con la tutela del diritto alla salute, in stretta connessione con l'evoluzione della coscienza sociale. § 3.2. – Sulla scelta di non continuare la gestazione e di non procreare: la mancata equivalenza fra chi è già persona e l'embrione che persona deve ancora diventare. § 3.3. – Sul divieto di discriminazione in relazione alla scelta di procreare o di diventare genitori. § 3.4. – Dall'emersione delle «esigenze di procreazione» alla «determinazione di avere o meno un figlio […] incoercibile», fino all'«obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria». § 3.5. – Le «diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico –» e il compito «affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale». § 3.6. – La «concreta aspettativa di maternità» e la «libertà di autodeterminazione in ordine alla procreazione» della donna. § 4. – Qualche osservazione conclusiva. – Postilla.

§ 1. – *Premessa: problematiche definitorie e perimetro dell'indagine*

Alla luce del progresso medico-scientifico e delle nuove istanze sociali in materia, oltre che di alcune recenti decisioni della Corte costituzionale, si può tornare a ragionare sulla possibilità di individuare un vero e proprio *diritto* a procreare e ad autodeterminarsi nelle scelte sottese, in assenza di espressi riferimenti in tale senso nella nostra Costituzione[1].

* Università degli Studi di Milano.

[1] Su questo tema si vedano innanzitutto le riflessioni di F. Rimoli, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione,* in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Padova, Cedam, 1995, 465 ss., che ritiene che «il diritto alla procreazione e, seppur in modo diverso, quello della ricerca nel settore biologico, non appaiono in realtà diritti nuovi, se non nel senso, peraltro ovvio, che l'evoluzione della realtà propone ed impone una continua rivisitazione delle attuazioni concrete dei diritti tradizionali», giungendo a individuare più che «diritti nuovi» una «metamorfosi dei diritti già noti» (*ivi*, 545-546); A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011, 1341 ss., che si interrogano sull'esistenza di una libertà o di un diritto a procreare considerando l'«onda inarrestabile rappresentata dalla

Il tema è certamente ampio e complesso, a partire dallo stesso termine 'procreazione', che, pur utilizzato espressamente dalle leggi n. 405 del 1975 (*Istituzione dei consultori familiari*), n. 194 del 1978 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*) e n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), oltre che in alcune fattispecie penali, rimanda all'idea che la trasmissione della vita umana sia il modo con cui si coopera «con Dio alla creazione di una nuova persona»[2], mentre il termine più adatto dal punto di vista medico e biologico è 'riproduzione'[3].

In questa prospettiva, si era fatto notare già nel corso dei lavori preparatori della legge n. 40 del 2004 che, con «meno prosopopea, ci si sarebbe dovuti limitare a parlare di tecniche di riproduzione assistita», giungendo addirittura ad adombrare il ricorso al regolamento ministeriale, anziché alla fonte di rango primario[4]. In modo evocativo e in senso fortemente critico in fase di approvazione della disciplina organica della materia si era sottolineato come forse «per la prima volta lo Stato si permette di decidere chi può avere figli e chi no. Si sta quindi approvando una legge contro la procreazione: sì, perché in un

moltiplicazione delle possibilità tecnologiche che attengono alle modalità della procreazione […], e dalla "scomposizione" del concetto e dei modelli di famiglia» (*ivi*, 1341); F. Cassone, *Diritto a procreare e diritto alla bigenitorialità. Uno sguardo alle norme*, in *Minori giustizia*, n. 2/2008, 60 ss., che si sofferma sull'esistenza del diritto alla procreazione constatando che originariamente la questione era stata affrontata rispetto alla libertà di non procreare e, quindi, in relazione alla contraccezione, all'interruzione di gravidanza e alla sterilizzazione volontaria e successivamente rispetto al diritto a diventare genitori (attraverso la fecondazione assistita, alla clonazione e all'adozione); e M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020, 1, che si propone di cercare di rispondere al «quesito di fondo», ossia «quello della possibile configurabilità di diritti e libertà fondamentali in ambito procreativo, un quesito, questo, che sarebbe certamente riduttivo, se non fuorviante, sintetizzare in tal senso: "esiste un diritto di procreare?"», oltre che volendo B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017, 699 ss., in relazione al fondamento del diritto a procreare e ad autodeterminarsi nelle scelte procreative e all'individuazione dei corrispondenti doveri.

Si vedano poi le considerazioni di G. Galli, V. Italia, F. Realmonte, M. Spina, C.E. Traverso, *L'interruzione volontaria della gravidanza (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, Milano, Giuffrè, 1978, 14, secondo cui la «determinazione del contenuto di questo diritto […] si appalesa tuttavia assai complessa, e verosimilmente sul suo contenuto, sulla sua estensione e sui suoi limiti, più intensi e più arrovellati saranno i contrasti interpretativi dei futuri commentatori».

[2] M. Mori, L*a riproduzione assistita umana. Paradigmi a confronto con uno sguardo sui problemi posti dalla legge n. 40/2004*, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Ariccia, Aracne, 2015, 15 ss., che pone in evidenza la necessità di ricorrere a «una terminologia più raffinata di quella invalsa nel linguaggio ordinario». Il termine 'procreazione', in particolare, «sembra poco adatto al discorso perché è teologico». In questa prospettiva i genitori «non "creano" ma fanno qualcosa che è a favore della, o favorisce la, creazione cioè "procreano"».

[3] M. Mori, *La riproduzione assistita umana. Paradigmi a confronto con uno sguardo sui problemi posti dalla legge n. 40/2004*, cit., 20, secondo cui il termine 'riproduzione' «nel linguaggio comune appare poco gentile e anche un po' ruvido».

[4] T. Vipiana, *Discussione della proposta di legge: Giancarlo Giorgetti e altri*, Seduta 408 del 19 gennaio 2004.

delirio di onnipotenza il legislatore si è lasciato sfuggire proprio questa parola, procreazione», con ciò richiamando l'idea che vi fosse un «qualche potere divino, che fa […] ritenere non soltanto di essere coartefici della procreazione e di avere il diritto di decidere e di interferire nella vita dei cittadini, ma di poter addirittura scegliere chi è destinato a nascere e chi no»[5].

La *procreazione*, dunque, già per queste preliminari questioni definitorie, può considerarsi certamente un «contenitore complesso, un crocevia di diritti e interessi, anche conflittuali, di principi e valutazioni oggettive, di "funzioni" e responsabilità, di doveri»[6], suscettibile di essere influenzato dalla concreta possibilità offerte dallo sviluppo tecnico e medico, ma anche dall'evoluzione della coscienza sociale che incide inevitabilmente sul modo di intendere e qualificare i modelli di famiglia e, quindi, anche sull'attività legislativa, su quella interpretativa dei giudici comuni e, soprattutto, sul sindacato della Corte costituzionale[7].

Rispetto agli interrogativi di fondo – *come* si possa discorrere di «diritto alla procreazione», *se* si possa individuarne nel nostro ordinamento un fondamento costituzionale e, successivamente, con *quali modalità* se ne regolamenti l'esercizio – il *filo rosso* che indubbiamente tiene insieme ogni riflessione è costituito dal *diritto alla salute*, inteso sia nella sua accezione strettamente fisica sia in quella psichica, oltre che dalla libertà di autodeterminazione nelle sottese scelte terapeutiche (comprensiva, quindi, anche della scelta di non procreare), e dai già citati riferimenti normativi che pure alla *procreazione* fanno diretto riferimento, arricchendola di una serie di aggettivi particolarmente significativi.

A ciò si aggiunge, con ogni evidenza, l'esigenza di tenere conto dell'opera interpretativa offerta dalla Corte costituzionale, chiamata in eterogenee e numerose occasioni a pronunciarsi su questioni di legittimità costituzionale aventi a oggetto non solo le già evocate discipline dell'interruzione volontaria di gravidanza e della fecondazione medicalmente assistita, ma anche dell'adozione. Anche a quest'ultima mate-

[5] *Ibidem*. In generale, sul percorso di approvazione della disciplina in materia di fecondazione assistita si vedano C. Casini, M. Casini, M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Torino, Giappichelli, 2004, e F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, Giuffrè, 2004.

[6] A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011, 1341.

[7] In generale sulle questioni sottese al rilievo che nel giudizio costituzionale e nell'interpretazione delle norme oggetto e delle norme parametro può assumere l'evoluzione della coscienza sociale si vedano le osservazioni di N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 1 ss. Sulla relazione fra progresso scientifico, fecondazione assistita e mutamento della realtà sociale che conduce a superare un unico modello di famiglia si veda G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, XV ss.

ria, infatti, occorre fare riferimento per cercare di ricostruire complessivamente il quadro dei possibili strumenti per avviare un percorso di *genitorialità*[8].

In questa prospettiva allora, come è stato efficacemente sottolineato, volendo dare un primo inquadramento al tema, si possono definire i «contorni della procreazione come diritto (libertà) della persona», che si avvicina «al cuore della stessa identità personale»: la «sessualità, la procreazione (in generale, "essere genitori"), sono, in modo diverso, segni essenziali di identificazione della dignità umana e della libera esplicazione della personalità» e, quindi, fanno parte integrante «di quel "pieno sviluppo della persona" che costituisce l'obiettivo prioritario del progetto costituzionale di […] promozione umana»[9].

A questo riguardo, emerge una specifica duplicità di fondo del modo di intendere tale diritto-libertà: da un lato, infatti, non si può immaginare alcuna forma di imposizione o di divieto nella ricerca della genitorialità[10]; dall'altro, nemmeno può delinearsi una trasformazione di questo diritto «in particolare nella sua declinazione positiva […] in un desiderio "senza limiti", da realizzare "ad ogni costo",

[8] Certamente la regolamentazione delle adozioni presenta delle specifiche peculiarità, che si individuano a partire dall'obiettivo esplicitato dalla stessa legge n. 184 del 1983 e che con ogni evidenza risiedono nella mancanza di ogni profilo connesso alla "riproduzione" né naturale né artificiale, pur potendosi trarre dalla stessa rilevanti elementi di valutazione al fine di ricostruire il quadro delle possibilità offerte dall'ordinamento per raggiungere l'obiettivo di diventare genitori. È significativo che la legge n. 40 del 2004 all'art. 6, primo comma, preveda espressamente che alla coppia richiedente l'accesso alle tecniche assistite debba essere «prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento» secondo quanto prevede la legge n. 184 del 1983.

[9] A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1342. Si veda anche G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 132, laddove si sofferma sulla distinzione fra «*diritto a procreare*» e «*diritto di libertà procreativa*, ponendosi in questo caso l'accento sulla necessità di limiti relativi ai modi e ai tempi della procreazione».

G. Baldini, *Diritto di procreare e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in *Diritto di famiglia*, n. 1/1997, 343 ss., qualifica la riproduzione come «una delle componenti essenziali della vita dell'uomo, come […] di qualsiasi altro essere vivente, non solo perché essa soddisfa il bisogno insopprimibile dell'individuo di realizzare per questa via la propria personalità, ma anche perché corrisponde all'interesse collettivo (della specie) di sopravvivenza del gruppo sociale; pertanto, la tutela della vita della dignità umana non può non comprendere, riconoscere e garantire, a ciascun soggetto, il libero esercizio della propria funzione procreativa». In modo significativo, l'A. afferma che «oltre una valenza "individuale", alla funzione riproduttiva va anche riconosciuta una valenza prettamente "sociale", nel senso di idoneità a soddisfare precise esigenze ultra-individuali o collettive, che in determinati casi giustificano l'intervento dello Stato per la regolamentazione della delicata materia».

[10] Si vedano ancora A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1343, laddove sottolineano che nel nostro ordinamento non potrebbero ammettersi ipotesi di sterilizzazione coattiva, ma solo volontaria, richiamando anche la possibilità del risarcimento del «danno da errato intervento di sterilizzazione volontaria […] da cui consegue una gravidanza non voluta, proprio perché si realizza in questa ipotesi una lesione del diritto all'autodeterminazione ed alla procreazione cosciente e responsabile». Sui profili sottesi alla sterilizzazione si rinvia a E.M. Ambrosetti, *Sterilizzazione e diritto penale*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 783 ss., e A. Aprile, P. Benciolini, *La sterilizzazione: aspetti clinici e casistica medico-legale*, *ivi*, 795 ss.

e non importa con quali strumenti». In modo condivisibile, si è ragionato intorno a un «diritto alla libertà procreativa» e non a un «diritto a procreare», valorizzandosi «l'esigenza di limiti e di valutazioni circa i modi e i tempi della procreazione»[11].

Ovviamente, e ciò emerge in modo molto chiaro dalla giurisprudenza costituzionale, la valorizzazione della dignità umana, del pieno sviluppo della personalità e, in definitiva, dell'identità personale nelle *scelte procreative* così come l'individuazione dei modi e dei tempi per garantirle devono misurarsi con altri diritti e interessi costituzionalmente rilevanti[12]. Per garantire un ragionevole bilanciamento fra gli stessi la Corte costituzionale ha provveduto innanzitutto a dettare specifiche condizioni per la liceità dell'interruzione volontaria di gravidanza, prontamente recepite nella legge n. 194 del 1978, e successivamente a modificare diverse disposizioni sia della legge n. 40 del 2004, sia della legge n. 184 del 1983 (*Diritto del minore ad una famiglia*).

È con tali decisioni che la Corte ha offerto (e, probabilmente, continuerà a offrire) essenziali riferimenti per la ricostruzione del perimetro dei diritti complessivamente sottesi alla genitorialità e alla procreazione, che si caratterizzano anche per tutti i profili problematici che si incentrano, in fondo, sull'avere come «oggetto» («o meglio il risultato verso cui tende la ricerca della genitorialità») un «soggetto, pur con tutte le connotazioni speciali che si possono attribuire a questa "soggettività"»[13], ossia il nascituro, il concepito o l'embrione[14].

In ciò, peraltro, emerge un ulteriore profilo di sicuro interesse che attiene specificamente al complessivo e complesso rapporto fra Corte costituzionale e legislatore in materie spesso definite eticamente sen-

[11] A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1342.

[12] Si vedano ancora A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1351, che in relazione alla «"ridefinizione" della libertà di procreare, frutto delle acquisizioni scientifiche», che «non va esente da implicazioni di natura etico-morale, sociale e giuridica», sottolineano come occorra «soppesare le ragioni riposte nel principio dell'autodeterminazione del singolo con altri valori e interessi costituzionalmente protetti, legati ancora una volta – e in prima battuta – alla configurazione giuridica e allo statuto del concepito come soggetto di diritti, qui individuato ad uno stadio ancora più "iniziale"; e poi, alla tutela della salute della donna, alla libertà di coscienza e alla laicità dello Stato, al concetto di famiglia».

[13] A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1345.

[14] Sull'importanza del linguaggio e delle scelte intorno ai termini specifici di 'embrione', 'embrione umano', 'concepito', 'nascituro' e 'feto' sia consentito il rinvio a B. Liberali, *Scelte definitorie fra scienza e diritto: una questione non solo terminologica*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 241 ss. Si vedano le significative riflessioni di C. Flamigni, *La questione dell'embrione. Le discussioni, le polemiche, i litigi sull'inizio della vita personale*, Milano, Dalai, 2010, 68, che sottolinea come dopo la fase della c.d. gastrulazione «il generico termine "embrione" non è più così generico e fuorviante come lo è per gli inizi e può essere utilizzato senza offendere le orecchie dei biologi. Quello che è importante chiarire è che si tratta di definizioni, cioè del risultato di convenzioni necessarie agli esperti per capirsi meglio. Sacralizzare questi termini, tanto da considerare un bestemmiatore chi li mette in discussione o ne dà interpretazioni diverse è […] scorretto».

sibili[15], dove vengono in rilievo sia l'*evoluzione tecnico-scientifica* (che sostanzialmente modifica il modo di intendere l'atto procreativo, «accrescendo le opportunità di realizzare il diritto alla maternità/paternità»[16]), sia l'*evoluzione della coscienza sociale* (che apre a tutte le c.d. istanze sociali legate ai nuovi modelli di famiglia e di genitorialità).

Il bilanciamento fra diversi diritti e interessi sottesi alla materia della riproduzione e della genitorialità di cui dovrebbe farsi interprete, in primo luogo, il legislatore può così divenire oggetto di sindacato costituzionale da parte della Corte e proprio in ciò risiede il difficile compito della (eventuale) individuazione e (poi) della delimitazione di un *diritto riproduttivo* o di un *diritto a essere genitori*. Come è stato efficacemente sottolineato, «la complessità di questioni etiche circa la scelta di metodi procreativi naturali o artificiali, o circa l'incidenza delle forme di fecondazione sulla famiglia, o ancora in merito alle questioni […] della maternità surrogata o della donazione di ovociti o di seme non cresce in relazione alla complessità tecnica necessaria alla pratica della fecondazione in questione, ma attiene alla possibilità di riconoscere quello *alla procreazione* come un *diritto*»[17].

Accanto agli accennati interrogativi intorno ai termini con cui si possa discorrere della procreazione, alla possibile individuazione di un fondamento costituzionale di un vero e proprio diritto e alle modalità di relativa regolamentazione, occorre considerarne anche il risvolto

[15] Sul rapporto fra legislatore e giudici (e, in particolare, Corte costituzionale), si vedano le critiche considerazioni svolte da C. Tripodina, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2014, 86, che, pur riconoscendo che laddove «un diritto costituzionale è totalmente sacrificato a vantaggio esclusivo di un altro […] non è in discussione l'opportunità del bilanciamento posto in essere dal legislatore, ma l'assenza di bilanciamento, che la nostra Costituzione sicuramente non tollera», e quindi «l'intervento correttore dei giudici e delle corti non è solo opportuno e auspicabile, ma anche necessario», sottolinea come «quando un (preteso) diritto non è (chiaramente, pacificamente) tra quelli tutelati dalla Costituzione (come il "diritto ad avere un figlio", anche con patrimonio genetico altrui; come il "diritto ad avere un figlio sano", sganciato dal diritto alla tutela della salute della madre), allora l'intervento di giudici e corti teso a sostituire alla decisione politica assunta dal legislatore un'altra decisione, altrettanto politica in quanto non costituzionalmente imposta, è assai più discutibile».

[16] A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1350-1351, che sottolineano come l'«accesso alle metodologie della fecondazione assistita consente la generazione di un figlio anche quando sussiste l'impossibilità di procreare sulla base del naturale rapporto fisico tra uomo e donna», con ciò rendendo «il desiderio di filiazione […] un obiettivo raggiungibile – teoricamente – anche in situazioni "oggettivamente" estranee alla sfera della "generazione sessuale"».

Si veda anche G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, cit., 131, laddove sottolinea come «la scienza degli ultimi trent'anni abbia ricondotto nel dominio della volontà decisioni che prima non vi rientravano, collegando le conseguenze di quelle scelte all'agire umano e dunque alla responsabilità individuale; ecco che espressioni come *scelte procreative* o *scelte riproduttive* hanno progressivamente assunto nuove sfumature di significato, non più legate soltanto alla dimensione naturalistica dell'*an*, venendo piuttosto a declinarsi in funzione dei progressi scientifici che spingono la riflessione sul terreno sempre più controverso del *quomodo*».

[17] G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, cit., 132.

negativo, ossia il diritto a non procreare, e individuare i doveri sottesi alle stesse scelte riproduttive.

La riflessione su questi profili, in effetti, richiama alcuni ben noti filoni di ricerca e orientamenti della giurisprudenza di legittimità, che riguardano la procreazione anche come «fattore di danno e di responsabilità civile»[18] e che, forse, possono venire in rilievo anche in rapporto alla sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale, con cui si è riconosciuta la possibilità per la coppia portatrice di gravissime malattie geneticamente trasmissibili di accedere alle tecniche di fecondazione assistita e, attraverso la diagnosi genetica preimpianto, conoscere lo stato di salute degli embrioni prima dell'avvio della gravidanza, scongiurando il successivo rischio di interruzioni di gravidanza spontanee o volontarie a fronte dell'esito degli esami diagnostici prenatali.

Questi profili, inoltre, sembrano suscettibili di ulteriore arricchimento alla luce della più recente sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale, relativa all'irrevocabilità del consenso prestato in fase di avvio della procedura di fecondazione assistita a partire dalla formazione degli embrioni, che, pur sempre tenendo ferma la volontà della donna rispetto all'impianto in utero di questi ultimi, conferma l'impostazione della legge n. 40 circa la necessaria garanzia della finalizzazione della procedura, sacrificando la posizione del componente maschile della coppia che, alla luce degli artt. 8 e 9 della stessa disciplina, si vede sostanzialmente imposta la responsabilità genitoriale una volta che abbia prestato il proprio iniziale consenso.

§ 2. – *I riferimenti normativi espressi al «diritto alla procreazione cosciente e responsabile»*

Sebbene, come si è già sottolineato, non si possa ritrovare nelle previsioni costituzionali un esplicito riferimento alla procreazione, si deve necessariamente tenere conto che in alcune disposizioni di legge

[18] A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1364, che richiamano il tema della c.d. nascita indesiderata, nelle «numerose varianti fenomeniche» (come per esempio i «casi di gravidanza indesiderata per errore del medico negli interventi di ivg o di sterilizzazione volontaria, ovvero di mancata informazione sui rischi di grave malformazione del feto che ha impedito alla madre la possibilità di scegliere […] un intervento abortivo, violando il suo diritto alla procreazione cosciente e responsabile»; oppure le ipotesi che «sollevano effettivamente interrogativi "terribili"», come quelli sulla vita da considerare come danno o sull'esistenza di un diritto a non nascere se non sani). Si rinvia anche alle considerazioni svolte su tali profili da M. D'Amico, *Il concepito e il diritto a nascere sani: profili costituzionali alla luce della decisione della Corte di cassazione (n. 16754 del 2012)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, 1 ss.

sono contenuti specifici termini che a essa fanno riferimento, arricchendola con una serie di aggettivi particolarmente evocativi[19].

L'art. 1 della legge n. 194 del 1978 (che nel suo impianto originario evidentemente si riferiva alle ipotesi di fecondazione naturale, ma che alla luce dell'evoluzione tecnica e scientifica si estende certamente anche a quelle di avvio della gravidanza attraverso le tecniche assistite e che, in entrambi i casi, ha come diretta e unica destinataria la donna rispetto alla scelta di interrompere la gravidanza[20]) stabilisce che lo Stato garantisce «il diritto alla procreazione cosciente e responsabile»[21], parallelamente riconoscendo il «valore sociale della maternità» e tutelando la «vita umana dal suo inizio».

Il carattere della *responsabilità* associato alla procreazione è ulteriormente ribadito all'art. 2 che, oltre alle funzioni dei consultori familiari relative alle informazioni che devono essere fornite alla donna in stato di gravidanza (con ciò contribuendo specificamente a rendere *cosciente* e *informata* la sua successiva determinazione), prevede che

[19] Come si vedrà oltre vi sono ulteriori riferimenti, ormai superati, alla procreazione in diverse fattispecie del codice penale del 1930, in particolare nell'art. 552 (*Procurata impotenza alla procreazione*) e nell'art. 553 (*Incitamento a pratiche contro la procreazione*), inseriti in modo significativo entro il Titolo X (*Dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe*) del Libro II, successivamente abrogato dalla legge n. 194 del 1978.

[20] A questo proposito G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, cit., 134, sottolinea che appare «evidente come la legge 194 disciplini quella fase in cui alla donna è attribuito il diritto di decidere in ordine alla propria sfera procreativa; una libertà di scelta, pur limitata e regolamentata, frutto dell'autodeterminazione della donna non solo garantita come valore in sé, ma anche come "metodo di assunzione di responsabilità nella soluzione del conflitto tra diritto alla vita del feto e diritto alla salute della madre"».

[21] Al riguardo si rinvia ancora a G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, cit., 133-134, che ricorda come si sia ritenuto con l'espressione «procreazione cosciente» richiamare il principio di autodeterminazione della donna che le conferirebbe una «"libertà negativa di procreare" consistente nella libertà di porre dine anche ad una gravidanza iniziata»; ma unendolo al secondo comma dell'art. 1 della legge n. 194 del 1978 che riguarda il divieto del ricorso all'interruzione di gravidanza come mezzo di controllo delle nascite è possibile una diversa interpretazione che porta a qualificare «l'interruzione volontaria della gravidanza come momento "eccezionale" che vede prevalere la salute della donna […] sulla vita prenatale», che pure è garantita dalla legge 194 fin dal suo inizio. In tal modo sarebbe possibile il collegamento con la legge n. 405 del 1975, poiché «il diritto alla procreazione cosciente e responsabile si riferirebbe ai servizi di assistenza, educazione, informazione, somministrazione di mezzi anticoncezionali prestati dai consultori familiari […] e si sostanzierebbe nel "diritto soggettivo ad avvalersi dei servizi medesimi essendo questo il significato e il contenuto del diritto alla procreazione cosciente e responsabile"» (*ivi*, 134).

Sul carattere "responsabile" della procreazione si vedano G. Galli, V. Italia, F. Realmonte, M. Spina, C.E. Traverso, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 39-40, che sottolineano come esso possa «evidenziarsi soltanto per contrasto giacché, per procreazione irresponsabile altro non può ritenersi che la procreazione verificatasi (o nell'ipotesi non verificatasi) senza che ai processi psichici che hanno presieduto all'evento sia sovraintesa la necessaria consapevolezza della enorme congerie non soltanto di diritti ma soprattutto di doveri verso il nascituro e lo Stato che esso – vuoi che si verifichi, vuoi che non si verifichi – rispettivamente comporta»; in questa prospettiva, il «diritto alla procreazione responsabile» si risolve «nel diritto a che lo Stato […] provveda a predisporre gli strumenti perché la consapevolezza dell'individuo possa intervenire», con ciò configurandosi come «un diritto sociale», e M.R. Spallarossa, *La procreazione responsabile*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1373 ss., che ne sottolinea lo stretto rapporto con la dimensione dei doveri nei confronti dei figli.

la «somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile è consentita anche ai minori». Con ciò si valorizza a tal punto il fine di garantire la responsabilità delle scelte sottese alla procreazione da estendere la somministrazione dei mezzi necessari anche ai minori.

Tale previsione, peraltro, sembra in parte ripresa dall'art. 1 della legge n. 405 del 1975 che in modo significativo pone fra gli scopi del «servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità» proprio quello della «somministrazione dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo» in materia «nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica degli utenti», insieme all'assistenza per «la preparazione alla maternità ed alla paternità responsabile» e alla «divulgazione delle informazioni idonee a promuovere ovvero a prevenire la gravidanza».

La procreazione *cosciente* e *responsabile* viene espressamente richiamata anche all'art. 15 della legge n. 194, laddove si stabilisce che le Regioni, insieme alle Università e agli enti ospedalieri, promuovono «l'aggiornamento del personale sanitario ed esercente le arti ausiliarie sui problemi» a essa connessi e su tutta una eterogenea serie di tematiche, quali i metodi anticoncezionali, il decorso della gravidanza, il parto, l'uso delle tecniche più moderne e rispettose dell'integrità psicofisica della donna e meno rischiose per l'interruzione di gravidanza.

Sebbene già la legge n. 194 abbia fatto espresso richiamo al 'diritto alla procreazione' è evidentemente con l'evoluzione della scienza e della tecnica che consente di fatto di ampliare lo strumentario teso a consentire la riproduzione (non più limitata a quella naturale, ma, appunto, a quella medicalmente assistita) che si pone la specifica questione della (ri)perimetrazione differente e più ampia di questo diritto[22]. Benché, infatti, fra i propri obiettivi la legge n. 194 accanto alla garanzia del diritto alla procreazione cosciente e responsabile e al riconoscimento del valore sociale della maternità individui espressamente anche la «tutela [del]la vita umana dal suo inizio», è indubitabile che la relativa regolamentazione si appunti sul *risvolto negativo* della procre-

[22] Come osserva C. Tripodina, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 67-68, la «procreazione diviene oggetto di rivendicazione in termini di diritto nel momento in cui esce dalla sfera degli accadimenti naturali per divenire oggetto di artificio, e dunque di scelta: quando la tecnica rende possibile il concepimento di un figlio laddove la natura non lo permetterebbe, lì nasce la rivendicazione del *diritto a procreare artificialmente*. Un tipico "diritto dell'età della tecnica", precipitato delle nuove possibilità che il progresso della scienza medica pone dinnanzi agli uomini». G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, cit., 138, sottolinea che la legge n. 40 del 2004 regola «un desiderio di genitorialità che non può trovare soddisfazione attraverso un concepimento naturale».

azione, disciplinando le modalità attraverso le quali è possibile per la donna interrompere la gravidanza.

Con la legge n. 40 del 2004, invece, a fronte dell'evoluzione delle tecniche e dell'esigenza di regolamentare, con la prima normativa organica, la materia, il legislatore ha introdotto una serie di limiti e condizioni necessari per l'accesso alla procedura assistita di fecondazione, disciplinandone la concreta applicazione e, come noto, ponendo tutta una serie di previsioni che sono state successivamente oggetto di sindacato costituzionale. Con ciò, dunque, superando la precedente regolamentazione di rango secondario[23], si è inteso offrire un riferimento normativo e uno strumentario tecnico specifici tesi – quanto meno nel suo impianto originario – a fare fronte alle patologie legate alla sterilità e infertilità della coppia (solo) eterosessuale, valorizzando il progresso tecnico e scientifico per implementare il *risvolto positivo* della scelta procreativa e ampliarne le sottese potenzialità.

Ancora, sempre nella prospettiva della ricostruzione dei riferimenti espressi alla procreazione cosciente e responsabile, pur tenendo conto delle differenze sostanziali fra la legge n. 194 e la legge n. 40, si può rilevare come l'impianto della prima si saldi strettamente all'espresso riconoscimento della necessaria garanzia del diritto alla salute (fisica e psichica) della donna anche in relazione allo specifico trattamento medico dell'interruzione di gravidanza, laddove, in particolare, nel declinare le modalità di accesso al trattamento interruttivo entro e oltre i primi tre mesi fa riferimento proprio alle condizioni di salute, arricchendole di particolari aggettivi. L'art. 4, infatti, si riferisce al «serio pericolo» per la salute fisica o psichica, che può essere determinato oltre che direttamente dalle condizioni fisiche o psichiche della donna anche – e questo è un profilo particolarmente significativo poiché contribuisce a sostanziare un concetto ampio di salute, soprattutto nella sua accezione psichica – «in relazione […] alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito». L'art. 6, invece, tenendo conto dello scorrere del tempo e dello stadio di sviluppo dell'embrione oltre i primi tre mesi, richiama il «grave pericolo per la vita della donna», a causa della gravidanza o del parto, e il «grave pericolo per la salute fisica o psichica» della stessa, che può determinarsi a fronte dell'accertamento di processi patologici tra cui quelli di rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro.

A partire da questa definizione quale vero e proprio trattamento sanitario dell'interruzione di gravidanza e dalla correlata valorizza-

[23] Per i relativi riferimenti normativi e giurisprudenziali sia consentito il rinvio a B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 17 ss.

zione delle condizioni di salute che orientano la scelta della donna emerge, conseguentemente, una preminenza netta della sua posizione rispetto a quella del componente maschile della coppia, che la legge n. 194 ci restituisce chiaramente laddove prevede che il padre del concepito possa essere coinvolto «ove la donna lo consenta» (art. 5). Tale bilanciamento si può dire imposto proprio considerando che è solo la donna a poter essere destinataria del trattamento medico di interruzione di gravidanza, non potendosi immaginare un ruolo determinante del componente maschile sia nel senso di imporre la prosecuzione della stessa né in quello di impedirla e di conseguenza non potendosi assegnare alcun rilievo all'espressione da parte sua del relativo consenso. La formazione del consenso informato rispetto al trattamento interruttivo e le relative informazioni riguardano, infatti, in primo luogo, con tutta evidenza ed esclusivamente la donna, incidendo il medesimo solo sulla sua «corporalità, con un importante investimento fisico ed emotivo»[24].

Dalla disciplina della fecondazione assistita, invece, come si vedrà in modo più approfondito oltre, se pure la Corte costituzionale con i propri interventi caducatori abbia contribuito a ridisegnarne l'impianto originario riposizionando nettamente il diritto alla salute e quello all'autodeterminazione della donna rispetto agli "interessi" riconducibili agli embrioni prodotti, emerge un differente assetto che, a partire dal peculiare e continuo flusso informativo che corre fra i medici e i soggetti che accedono alle tecniche assistite (e ai diversi trattamenti medici), conduce a individuare l'unico ed eccentrico caso di "consenso informato di coppia".

Non è privo di rilievo ai fini che in questa sede interessano porre l'attenzione anche sulla ben diversa (quanto soprattutto alle finalità espresse[25]) disciplina delle adozioni, regolata dalla legge n. 184 del 1983: se, infatti, fin dal suo titolo emerge la profonda differenza rispetto alla regolamentazione dell'accesso e dell'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita e se pure, come è evidente, ugualmente diffe-

[24] Corte costituzionale, sentenza 24 maggio 2023, n. 161. Tali espressioni si riferiscono al diverso contesto della fecondazione medicalmente assistita, in relazione alla questione relativa alla assoluta irrevocabilità del consenso informato maschile dopo la formazione degli embrioni rispetto alla prosecuzione della procedura con l'impianto in utero degli stessi, laddove ovviamente la donna lo consenta.

[25] Se pure «gli istituti dell'adozione e dell'affidamento concorrono a realizzare altrimenti il desiderio di avere un figlio», il secondo «costituisce tuttavia un istituto di natura assistenziale, destinato a sopperire a temporanee difficoltà della famiglia di origine, e perciò inidoneo a costituire un vero e proprio rapporto di filiazione», mentre il primo «realizza il diritto del minore ad una famiglia quanto quella di origine sia del tutto inidonea a prendersi cura di lui»: è «il diritto del minore abbandonato ad essere in primo piano, ma grazie all'adozione si realizza ad un tempo il desiderio della coppia di avere un figlio» (G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 130).

renti siano le modalità di costituzione dei rispettivi nuclei famigliari, non si può non considerare la profonda connessione fra le due materie.

Questa stretta correlazione emerge sia dai puntuali riferimenti che la legge n. 40 del 2004 opera alla legge n. 184 del 1983; sia dalle modifiche specifiche operate dalla stessa legge n. 40 alla legge n. 405 del 1975.

Dal primo punto di vista, l'art. 6 della legge n. 40 declinando le informazioni che devono sostanziare il consenso informato della coppia inserisce anche quella con cui si prospetta a quest'ultima «la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento […], come alternativa alla procreazione medicalmente assistita». Dal secondo punto di vista, con l'art. 3 vengono operate due significative modifiche all'art. 1 della legge n. 405 aggiungendo che il servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità dei consultori ha come scopo sia «l'informazione e l'assistenza riguardo ai problemi della sterilità e della infertilità umana, nonché alle tecniche di procreazione medicalmente assistita», sia «l'informazione sulle procedure per l'adozione e l'affidamento familiare».

Ecco che il riferimento contestuale alla fecondazione assistita e alla procedura di adozione nella legge n. 405 e il richiamo nella legge n. 40 alla legge n. 184, nonostante le differenti sostanziali *rationes* che animano queste ultime due discipline, pongono senza dubbio in rilievo uno stretto rapporto che, in fondo, si giustifica se si considera il punto di caduta di entrambe, ossia, appunto, la costituzione (pur con modalità sostanzialmente diverse) di un nuovo nucleo famigliare con figli (biologici o non biologici).

Questo è un profilo particolarmente interessante e importante, in vista di saggiare la tenuta dei diritti fondamentali sottesi alla scelta procreativa, poiché come è noto proprio in relazione ai requisiti soggettivi e oggettivi si sono poste e si continuano a porre notevoli profili di criticità.

La scelta dei limiti e delle condizioni di accesso alle tecniche assistite, così come di quelli previsti per le adozioni, infatti, è suscettibile di incidere sulla stessa costruzione dei modelli famigliari e, in definitiva, di definire a quali tipologie di soggetti e di coppie è consentito realizzare il proprio *desiderio di genitorialità*: quest'ultimo ricomprende diverse ipotesi, potendosi concretizzare attraverso la procreazione naturale, la procedura di adozione e l'applicazione delle tecniche di fecondazione artificiale[26].

[26] Risultano particolarmente evocative le considerazioni di G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 130-131, laddove, prima che la procedura di applicazione delle tecniche assistite fosse regolamentata con la legge n. 40 del 2004, osservava che anche in questo caso la legge non avrebbe dovuto «interferire con decisioni così private, ma, salvaguardando la libertà delle persone,» avrebbe dovuto «preoccuparsi di tutelarne i diritti, in particolare il diritto alla salute ed alla riservatezza, e di garantire il rispetto degli impe-

§ 3. – *Il contributo della giurisprudenza costituzionale nella garanzia dei diritti sottesi alle scelte procreative*

Poste queste preliminari considerazioni sui riferimenti normativi alla procreazione e alla sua accezione *cosciente* e *responsabile* sia nella materia dell'interruzione di gravidanza sia in quella della fecondazione assistita, è necessario, sempre al fine che in questa sede interessa porre in rilievo, ossia la ricerca della *portata* e della *dimensione* anche costituzionale delle scelte procreative, verificare in quale misura la Corte costituzionale vi abbia contribuito (e continui a farlo), proprio a partire dalle disposizioni di queste due discipline e dall'interpretazione dei parametri costituzionali conferenti.

Nel richiamare alcune significative decisioni della Corte, infatti, è possibile tracciare un percorso progressivo che, lo si anticipa, sembra portare a emersione non tanto un vero e proprio *diritto* alla *procreazione* o alla *genitorialità*, quanto una *esigenza* che si declina, nelle parole della stessa Corte, quale *determinazione incoercibile* nella scelta di formare una famiglia anche con figli non necessariamente biologici e non sicuramente affetti dalla malattia geneticamente trasmissibile dei genitori e quale diritto alla *salute* sia fisica sia psichica, ancora una volta tenendo ferma la definizione di trattamenti medici e sanitari per l'interruzione di gravidanza (che coinvolge materialmente solo la donna, potendosi però certamente determinare un impatto psicologico anche rilevante sul padre del nascituro) e per le differenti tecniche di fecondazione assistita (che, invece, possono coinvolgere direttamente se pure in misura diversa a seconda delle fasi della procedura complessiva entrambi i componenti della coppia).

In questo percorso progressivo è possibile cogliere anche una differenza sostanziale delle questioni che vengono sollevate alla Corte e poi definite dalla stessa, ancora una volta emergendo l'importanza del ruolo dei giudici comuni nella selezione delle eccezioni di incostituzionalità e il rilievo dell'evoluzione della coscienza sociale.

Se nelle prime decisioni il tema di fondo è quello della procreazione nella sua accezione negativa, ossia legato alla scelta di interrompere la gravidanza o di autodeterminarsi nel senso di non avviarla tenendo conto sia della posizione della donna sia di quella del componente maschile della coppia, dopo una decisione isolata che attiene alla scelta procreativa quale possibile causa di discriminazione nel recluta-

gni presi e delle responsabilità assunte dai genitori, assicurando ai figli uno stato certo e protetto». In questa prospettiva, secondo l'A., «per rendere effettiva» la «libertà di procreare, generando figli propri (quando occorra, con l'aiuto delle nuove tecnologie della riproduzione), o adottando bambini abbandonati dai genitori, l'intervento dello Stato […] deve proporsi non di "modellare" le famiglie, ma di aiutarle nello svolgimento dei loro compiti, nella linea indicata dall'art. 31 della Costituzione» (*ivi*, 131).

mento nel corpo della Guardia di Finanza, si può individuare una fase in cui la Corte si occupa più direttamente della perimetrazione delle condizioni e dei limiti posti per l'applicazione delle tecniche assistite che coadiuvano il percorso procreativo o ne rimuovono le cause impeditive, ponendone in risalto il bilanciamento con i diversi interessi che vengono in rilievo, pur sempre nel contesto dei requisiti soggettivi posti dalla legge n. 40 del 2004, che riflettono il modello di famiglia eterosessuale i cui componenti siano sposati o comunque conviventi.

Successivamente – e qui si coglie il rilievo dell'evoluzione della coscienza sociale – vengono poste alla Corte diverse questioni che attengono alla genitorialità delle coppie omosessuali e, di riflesso, alla tutela dei minori nati da tecniche vietate in Italia, ossia la fecondazione eterologa applicata alle coppie omosessuali (femminili) o alle donne sole e la maternità surrogata (applicabile indifferentemente alle coppie eterosessuali, a quelle omosessuali femminili e maschili, ai singoli). Nella loro definizione, la Corte fa emergere (a differenza della fase precedente in cui veniva in rilievo, maggiormente, il rapporto fra scienza e diritto) la linea di confine fra sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa, anche (ma forse soprattutto) in rapporto all'evoluzione del costume sociale.

Pare avere una differente collocazione, invece, la sentenza n. 161 del 2023, con cui la Corte offre una (problematica) interpretazione cristallizzata al momento di avvio del percorso di fecondazione assistita della sussistenza dei requisiti soggettivi, che, quindi, possono venire a mancare dopo la formazione degli embrioni senza incidere sul completamento della procedura con l'impianto in utero degli stessi, con ciò ammettendosi la creazione di un nucleo monogenitoriale, ossia in assenza di una coppia (eterosessuale, sposata o convivente).

§ 3.1. – *Sulla propaganda di pratiche contro la procreazione e sul rapporto con la tutela del diritto alla salute, in stretta connessione con l'evoluzione della coscienza sociale*

La Corte costituzionale è stata chiamata a confrontarsi con le scelte procreative in una prima occasione in relazione alle questioni sollevate sull'art. 553 (*Incitamento a pratiche contro la procreazione*) c.p., definite con le sentenze n. 9 del 1965 e n. 49 del 1971[27].

Nella prima decisione le questioni sollevate su tale disposizione, laddove puniva «chiunque pubblicamente incita a pratiche contro la

[27] Sulla sentenza n. 9 del 1965 si vedano le osservazioni di M. Mazziotti, *Incitamento a pratiche contro la procreazione e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1965, 67 ss., e di F. Sorrentino, *L'art. 553 nell'interpretazione «adeguatrice» della Corte*, *ivi*, 77 ss.

procreazione o fa propaganda a favore di esse», e sull'art. 112 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, nella parte in cui vietava di mettere in circolazione scritti o disegni «che divulgano, anche in modo indiretto o simulato o sotto pretesto terapeutico o scientifico, i mezzi rivolti a impedire la procreazione o a procurare l'aborto o che illustrano l'impiego dei mezzi stessi», rispetto all'art. 21 Cost., vengono dichiarate infondate. A partire da una sintetica ricostruzione dell'importanza del parametro costituzionale evocato e riconoscendo come l'art. 553 c.p. si traducesse «in una limitazione sostanziale della libera manifestazione del pensiero», la Corte ha ritenuto altresì che il medesimo articolo dovesse essere «interpretato nell'ambito del sistema giuridico vigente» nel senso di avere «ad oggetto la tutela del buon costume»[28].

Pur non essendo stato evocato l'art. 32 Cost. e, dunque, il diritto alla salute, la Corte ritiene, alla luce dell'interpretazione della disposizione censurata e del bene giuridico tutelato, che essa, vietando la pubblica propaganda e il pubblico incitamento a pratiche contro la procreazione, proprio per il fatto che l'azione del soggetto si compisse pubblicamente (in luogo pubblico o aperto al pubblico), violasse «per ciò stesso gravemente il naturale riservo o pudore del quale vanno circondate le cose del sesso» e non rispettasse «l'intimità dei rapporti sessuali, la moralità giovanile e la dignità della persona umana, per la parte che si collega a questi rapporti»[29].

Il collegamento con il buon costume, dunque, diviene il perno su cui la Corte fonda la propria decisione di infondatezza, non mancando di restituire i termini del dibattito intorno alla perimetrazione della medesima nozione, ma chiarendo allo stesso tempo che ai «fini della decisione non è necessario che la Corti affronti e risolva i contrasti e le divergenze d'opinione, dottrinali e giurisprudenziali […], né che dia una definizione puntuale ed esauriente del buon costume». Ad avviso della Corte, infatti, «è sufficiente affermare che il buon costume non può essere fatto coincidere […] con la morale o con la coscienza etica, concetti che non tollerano determinazioni quantitative del genere di quelle espresse dal termine "morale media" di un popolo, "etica comune" di un gruppo e altre analoghe»: secondo la Corte la «legge morale vive nella coscienza individuale e così intesa non può formare oggetto di un regolamento legislativo» e il «buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale […], della dignità perso-

[28] Corte costituzionale, sentenza 4 febbraio 1965, n. 9.
[29] *Ibidem*.

nale […] e del sentimento morale dei giovani», aprendo «la via al contrario del buon costume, al mal costume»[30].

Le medesime questioni sono state risollevate e questa volta sono state accolte dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 1971, che, ovviamente richiamando il proprio precedente, enfatizza, per motivarne il superamento, la circostanza che i giudici rimettenti abbiano notevolmente arricchito le argomentazioni, evocando ulteriori parametri fra cui innanzitutto l'art. 32 Cost.: è proprio tale novità a rendere «necessario il riesame» delle questioni. Questo profilo consente di porre in particolare evidenza non solo la modalità con cui la Corte, in diverse occasioni, modifica anche in un arco temporale particolarmente contenuto il proprio orientamento, ma anche (e forse soprattutto) il ruolo dei giudici *a quibus* sia nella preliminare decisione fra la sollevazione o meno delle questioni (eccepite dalle parti o anche rilevate d'ufficio) sia nella successiva selezione dei parametri costituzionali.

Se certamente sono note le riflessioni rispetto al primo punto[31], in relazione al secondo si può rilevare come dalla selezione dei parametri costituzionali possa dipendere, con tutta evidenza, anche la tipologia di decisione della Corte e, di conseguenza, il concreto percorso argomentativo che ne sostiene le motivazioni.

Inoltre, dalla scelta dei parametri che possono essere diversi a distanza di un certo arco temporale oppure dalle rispettive differenti motivazioni che ne supportano le censure, ma pur sempre in relazione alla medesima o analoga questione, può rilevarsi anche una differente "sensibilità" rispetto alle tematiche sottese che possono riflettere un più o meno accentuato mutamento o una più o meno decisa evoluzione della coscienza sociale. In fondo, come è stato autorevolmente osservato, proprio i giudici *a quibus*, con le loro ordinanze di rimessione, sono vere e proprie «"antenne" della Corte costituzionale nella identificazione dei mutamenti rilevanti, per l'interpretazione costituzionale, della coscienza sociale» e ciò, in fondo, si inserisce «perfet-

[30] *Ibidem*.

[31] Si vedano innanzitutto F. Pizzetti, G. Zagrebelsky, *«Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1972, e in specifica relazione ai "comportamenti impropri" dei giudici comuni M. D'Amico, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? (in margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004)*, in A. Celotto, N. Zanon (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, FrancoAngeli, 2004, 38, laddove sottolinea che «nel nostro ordinamento il giudizio sulla non manifesta infondatezza della questione non assegna affatto al giudice il compito di selezionare soggettivamente le questioni da trasmettere alla Corte costituzionale, bensì quello di filtrare soltanto le questioni che, sulla base di indici oggettivamente verificabili, siano ritenute del tutto prive di fondamento», e R. Borrello, *Il giudice alla finestra: la sospensione «anomala» come patologia del modello incidentale*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, Giuffrè, 2006, 75 ss.

tamente nella logica del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale»[32].

Nella sentenza n. 49 del 1971 queste conclusioni sembrano essere state esplicitate dalla Corte, che, oltre ad affermare che la riproposizione della questione «con nuovi argomenti rispetto all'art. 21 [Cost.], ed inoltre con riferimento all'articolo 32 […] e agli artt. 18 e 31» Cost., rende «necessario il riesame di essa», ribadisce che esso, «anche alla luce delle ragioni e degli elementi emersi nella nuova prospettazione […], induce la Corte a ritenere che la norma non può essere mantenuta in vita, senza contrasto con la Costituzione»[33].

In questo passaggio, e poi certamente nelle precedenti e successive motivazioni, pare saldarsi il nesso fra nuovi parametri e argomenti e mutamento nell'orientamento della Corte; ma ciò non basta, poiché si chiarisce che la differente decisione nel senso dell'accoglimento è frutto anche di qualcosa di diverso, che si aggiunge alle nuove argomentazioni che sostengono le questioni.

In tale prospettiva, in particolare, emerge il rilievo che assume per lo scioglimento di queste questioni l'evoluzione sia dell'ordinamento normativo sia della coscienza sociale.

Da un lato, infatti, è proprio il «nuovo ordinamento costituzionale» che depotenzia il collegamento dell'art. 553 c.p. alla «politica demografica del tempo, diretta all'incremento della popolazione, considerato come fattore di potenza», e alle «concezioni a cui quella politica si ispirava»; dall'altro, osserva la Corte che «il problema della limitazione delle nascite ha assunto, nel momento storico attuale, una importanza e un rilievo sociale tale, ed investe un raggio di interesse così ampio, da non potersi ritenere che, secondo la coscienza comune e tenuto anche conto del progressivo allargarsi della educazione sanitaria, sia oggi da ravvisare un'offesa al buon costume nella pubblica trattazione dei vari aspetti di quel problema, nella diffusione delle conoscenze relative, nella propaganda svolta a favore delle pratiche anticoncettive». E ciò si riflette, peraltro, nella «scarsissima applicazione dell'art. 553 c.p.; nelle ripetute proposte di legge per la sua abrogazione; nel diffuso convincimento dell'esigenza di una informata coscienza sociale in materia, rilevabile dalla letteratura, dai dibattiti e da note dichiarazioni internazionali sull'argomento»[34].

[32] N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, cit., 15, che pure, sempre richiamando la giurisprudenza costituzionale, sottolinea come dovrebbe essere il legislatore ad avere «le "antenne" per captare i mutamenti e tradurli in nuove regole giuridiche» (*ivi*, 7).

[33] Corte costituzionale, sentenza 10 marzo 1971, n. 49.

[34] *Ibidem*.

Con specifico riguardo alla violazione dell'art. 32 Cost., che in questa sede interessa esaminare, risulta particolarmente significativo che la Corte richiami un dato concreto che si riferisce al «rilevante numero degli aborti», che la parte privata e anche la «gran parte della letteratura sull'argomento» ritengono costituisca una delle ragioni che sostengono la «diffusione della conoscenza delle pratiche antifecondative»: perché sarebbe «palesemente contraddittorio che la consentita propaganda antiprocreativa comprendesse l'incitamento a pratiche che possano essere, oltre che contrastanti col diritto alla vita, produttive di quei danni alla salute che con quella propaganda si vuol concorrere ad evitare»[35].

La Corte dunque – grazie al fatto che a differenza della precedente occasione è stato evocato anche questo parametro costituzionale – sembra associare inscindibilmente la tutela della salute alla dimensione procreativa nella specifica fase dell'informazione e della conoscenza dei metodi che impediscono la procreazione.

Proprio a partire da tale associazione, essa compie un passaggio ulteriore nella direzione di porre in evidenza come sia necessario a tutela della salute (ma anche della maternità) che, «riconosciuta la liceità della propaganda anticoncezionale, questa formi oggetto di una appropriata disciplina, diretta a impedire l'incitamento all'uso di mezzi riconosciuti dannosi, direttamente o nei loro effetti secondari, per la salute»[36].

Occorre tenere in ogni caso conto del fatto che le argomentazioni che riguardano il diritto alla salute (e anche la tutela della maternità) si inseriscono nelle motivazioni della decisione con cui, in ogni caso, la Corte ritiene di dover assegnare una preminenza al *vulnus* dell'art. 21 Cost. (individuato a partire dalla considerazione per la quale è ormai venuta meno la ragione che sosteneva l'autonoma configurazione della fattispecie di cui all'art. 553 c.p. ed è poi comunque possibile fare applicazione, sussistendone i requisiti, di altre disposizioni del codice penale), con assorbimento delle altre censure.

Nonostante ciò, è proprio in relazione alla salute e alla maternità che la Corte insiste sulla necessità di una «appropriata disciplina» e di un «tempestivo intervento del legislatore», peraltro già richiamato dal Consiglio superiore di sanità qualche anno prima, che «dovrà assicurare l'attuazione, in questa materia, delle ricordate norme costituzionali protettive della salute e della maternità» (artt. 31 e 32 Cost.)[37].

[35] *Ibidem*.
[36] *Ibidem*.
[37] *Ibidem*.

§ 3.2. – *Sulla scelta di non continuare la gestazione e di non procreare: la mancata equivalenza fra chi è già persona e l'embrione che persona deve ancora diventare*

Ragionare sul possibile fondamento costituzionale di un "diritto" alla procreazione impone di considerare anche l'ipotesi in cui, al contrario, si decida non tanto e non solo di non procreare, quanto di non portare a termine una gravidanza già avviata.

Rispetto alla ben nota decisione con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 (*Aborto di donna consenziente*) c.p., nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse interrompersi laddove la gestazione determinasse un danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della donna, è possibile svolgere una serie di riflessioni che attengono, con ogni evidenza, al «diritto alla procreazione cosciente e responsabile», di cui ragionerà successivamente, come si è già ricordato, proprio la legge n. 194 del 1978.

Un primo ordine di considerazioni attiene, come si è visto in precedenza, alla scelta dei parametri costituzionali evocati: se la parte privata aveva eccepito la violazione dell'art. 31 Cost., il giudice rimettente ritiene di dover aggiungere alle argomentazioni che sostengono il proprio provvedimento anche l'art. 32 Cost., ponendo quindi in relazione da un lato l'intervento interruttivo della gestazione e dall'altro la tutela della salute della donna. In particolare, il giudice rimettente ritiene che «non dovrebbe quindi essere penalmente perseguita una donna […] per la quale la gravidanza costituisse pericolo per il suo benessere fisico e per il suo equilibrio, pur se in mancanza di tutti i presupposti di applicazione dell'art. 54 c.p.»[38].

Proprio entro tali limiti la Corte riconosce la fondatezza della questione, sia tenendo conto che la «condizione della donna gestante è del tutto particolare» sia rilevando che essa «non trova adeguata tutela in una norma di carattere generale come l'art. 54 c.p. che esige non soltanto la gravità e l'assoluta inevitabilità del danno o del pericolo, ma anche la sua attualità, mentre il danno o il pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto, ma non è sempre immediato»; inoltre l'art. 54 (*Stato di necessità*) c.p. fonda la sua applicazione sulla «equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare»[39].

Ed è così che la Corte costituzionale riconosce che non può esservi equivalenza tra il diritto alla vita e alla salute della donna che è già per-

[38] G.I. Tribunale di Milano, ordinanza di rimessione 2 ottobre 1972, n. 384.
[39] Corte costituzionale, sentenza 18 febbraio 1975, n. 27.

sona e la tutela dell'embrione che ancora persona non è. Valorizzando in ogni caso la «situazione giuridica del concepito» (che trova il proprio fondamento costituzionale negli artt. 2 e 31 Cost.), la Corte traccia alcuni profili di cui il legislatore dovrà tenere conto nel disciplinare organicamente la materia: innanzitutto riconosce che l'intervento abortivo deve essere operato in modo da salvare quando sia possibile la vita del feto; in secondo luogo demanda al legislatore il compito di delineare le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga effettuato senza un serio accertamento sul danno o pericolo che potrebbe derivare alla donna dalla prosecuzione della gravidanza.

La scelta di interrompere la gravidanza può rendere lecita la conseguente condotta solo laddove vi sia stata una «previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla»[40].

La successiva legge n. 194, in effetti, prontamente recepisce queste indicazioni laddove, oltre a richiedere un confronto specifico fra la donna e i medici e un flusso continuo di informazioni che non riguardano solo il trattamento medico richiesto, àncora il riconoscimento dell'accesso a quest'ultimo all'accertamento di determinate condizioni di salute fisica e psichica nei primi tre mesi di gestazione e anche oltre questo periodo.

Inoltre, come si è già avuto occasione di sottolineare, assume una preminenza necessaria in ragione dell'immediata e diretta incidenza sul suo corpo sia dello stato gravidico sia dell'intervento interruttivo la posizione della donna: il padre del concepito può intervenire nel contesto complessivo della procedura che può condurre all'interruzione della gravidanza solo laddove essa lo consenta. Su questo profilo la stessa Corte costituzionale ha avuto occasione di intervenire per definire la questione sollevata in riferimento agli artt. 29 e 30 Cost. sull'art. 5 della legge n. 194 del 1978, nella parte in cui prevede il coinvolgimento del padre del concepito solo ove la donna lo desideri. Con l'ordinanza n. 389 del 1988, particolarmente sintetica e succinta, si definisce la disposizione censurata «frutto della scelta politico-legislativa», dunque «insindacabile», «di lasciare la donna unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza»: simile scelta non viene ritenuta irragionevole, ma «coerente al disegno dell'intera normativa e, in particolare, all'incidenza, se non esclusiva sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna»[41].

[40] *Ibidem*.

[41] Corte costituzionale, ordinanza 23 marzo 1988, n. 389, sulla quale si vedano le considerazioni di J. Luther, *Le vie del padre non sono finite*, in *Giur. cost.*, 1988, 1728, secondo cui «anche a voler concedere un fondo costituzionale […] a questa esigenza di tutela […] esso non potrebbe mai essere strumentalizzato al fine di superare e fare venire meno il diritto della donna alla propria salute», e di R. Romboli, *Il consenso del non avente diritto*, in *Foro it.*, nn. 7-8/1988, 2111 ss.

La Corte, quindi, salda la previsione del mancato coinvolgimento del componente maschile della coppia alla tutela della salute della donna, che risulterebbe incisa dalla stessa gestazione, senza invece considerare che, in ogni caso, il trattamento medico consistente nella sua interruzione incide evidentemente solo sul suo corpo e richiede, come ogni altro intervento sanitario, la prestazione del consenso del solo soggetto che ne sia destinatario. Su questo profilo si tornerà più specificamente oltre, a proposito del singolare caso di "consenso informato di coppia", che risulta irrevocabile a partire dalla formazione dell'embrione secondo quanto prevede la legge n. 40 del 2004 e che ha condotto la Corte costituzionale con la sentenza n. 161 del 2023 a fornire una interpretazione peculiare della sussistenza temporale dei requisiti soggettivi richiesti per l'accesso alla procedura di fecondazione assistita.

Il riferimento all'interruzione di gravidanza e alla disciplina che l'ordinamento pone a garanzia del diritto (della donna) di non proseguire la gestazione è utile, in questa sede, poiché la stessa Corte costituzionale effettua in determinate occasioni, occupandosi della fecondazione assistita, alcuni parallelismi e confronti che servono, nella prospettiva della stessa Corte, a rafforzare (non senza criticità) l'apparato argomentativo delle relative decisioni.

Si pensi a questo proposito e sempre ragionando del risvolto negativo della scelta procreativa, alla sentenza n. 96 del 2015 con cui la Corte, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, primo e secondo comma, e 4, primo comma, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non permettevano il ricorso alle tecniche assistite anche per le coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, corrispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, primo comma, lett. b), della legge n. 194 del 1978, qualifica (per la prima volta e a differenza della sentenza n. 27 del 1975) l'intervento interruttivo quale modalità «innegabilmente più traumatica» per «perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria». La Corte individua una vera e propria ipotesi di «palese antinomia normativa» e per questo motivo scardina il requisito oggettivo di accesso alle tecniche consistente nell'accertamento di una patologia di sterilità o infertilità, in tal modo permettendo a queste coppie di effettuare la diagnosi genetica preimpianto che di fatto permette «di far acquisire "prima" alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere "dopo" una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute», ossia, appunto, l'interruzione di gravidanza[42].

[42] Corte costituzionale, sentenza 14 maggio 2015, n. 96.

Più di recente la Corte costituzionale con la già richiamata sentenza n. 161 del 2023 ha accordato prevalenza alla posizione della donna e al suo "desiderio" di avviare una gravidanza attraverso l'impianto in utero dell'embrione (oltre che alla dignità dell'embrione), rispetto a quella del componente maschile della coppia che intenda revocare il consenso alla prosecuzione delle tecniche assistite (in particolare alla fase finale, ossia l'impianto in utero).

Anche in questa occasione la Corte effettua un parallelismo, che pare maggiormente problematico, con la disciplina dell'interruzione di gravidanza.

Nel valorizzare la corporalità della donna e l'impatto sul suo corpo e sulla sua mente, la Corte ritiene che proprio il suo maggior coinvolgimento conduca a ritenere non sindacabile la scelta della legge n. 194 di rendere unica responsabile della scelta interruttiva la donna, senza dare rilevanza alla volontà del padre del concepito: lo stato gravidico, infatti, incide in misura «se non esclusiva sicuramente prevalente» sulla salute fisica e psichica della donna. Queste conclusioni devono ritenersi estese, pur tenendo conto delle differenze sostanziali, anche alla materia della fecondazione assistita: la Corte esplicita che nella fecondazione assistita il corpo della donna viene in rilievo in modo analogo alla gravidanza naturale solo dopo l'impianto in utero degli embrioni, ma, nonostante ciò, ritiene che anche laddove l'impianto non sia ancora stato effettuato la volontà di non procreare del componente maschile della coppia che originariamente ha fatto accesso alla procedura debba recedere, poiché in ogni caso «un impatto con il corpo della donna […] si verifica comunque anche nel processo necessario alla produzione degli embrioni»[43].

§ 3.3. – *Sul divieto di discriminazione in relazione alla scelta di procreare o di diventare genitori*

Sulla portata della scelta di diventare genitore la Corte costituzionale si è soffermata in occasione delle questioni che sono state sollevate sulla legge n. 64 del 1942 (*Modificazioni alle leggi di ordinamento della regia Guardia di finanza*), laddove poneva fra i requisiti per il reclutamento nel corpo della Guardia di finanza lo stato di celibe o vedovo senza prole.

La scelta procreativa in questa occasione viene portata al giudizio della Corte costituzionale quale criterio di discriminazione per la formazione e l'assunzione in servizio: nel dichiarare l'illegittimità costi-

[43] Corte costituzionale, sentenza 24 maggio 2023, n. 161.

tuzionale di tale disciplina rispetto agli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., si evidenzia come non possa intravvedersi alcuna esigenza organizzativa militare tale da giustificare «una limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore», che si traduce in una «grave interferenza nella sfera privata e familiare della persona», che, tenendo conto dello specifico contesto di riferimento, ma con considerazioni che ben possono estendersi oltre quel perimetro, è «suscettibile di protrarsi eventualmente anche oltre il periodo di formazione del militare, durante i primi anni dopo l'assunzione del servizio permanente»[44].

Proprio il peculiare contesto, in effetti, consente di restituire il peso specifico che la Corte assegna alla scelta procreativa o di diventare genitore, la cui incisione e il cui sacrificio non possono giustificarsi nemmeno «dall'intensità e dall'esigenza di tendenziale esclusività del rapporto di dedizione che deve legare il militare in fase di istruzione al corpo di appartenenza, dovendo la necessaria continuità nella frequenza dei corsi di addestramento trovare garanzia in regole e rimedi diversi dal divieto di avere prole»[45].

Con questa decisione, quindi, non si riconosce un diritto di avere figli o di diventare genitori, quanto il diritto a non subire una irragionevole compromissione di questa scelta nel caso in cui si intenda accedere al corpo della Guardia di finanza: la scelta di procreare non può divenire criterio per fondare un trattamento deteriore in ordine all'accesso alla carriera militare e, dunque, non può subire alcun condizionamento, con ciò emergendo una accezione negativa della stessa.

§ 3.4. – *Dall'emersione delle «esigenze di procreazione» alla «determinazione di avere o meno un figlio […] incoercibile», fino all'«obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria»*

Si è fatto riferimento, nelle osservazioni introduttive, al gruppo di decisioni in cui la Corte costituzionale si occupa più specificamente delle condizioni e dei limiti posti per l'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita, a fronte ovviamente della delimitazione delle questioni sollevate.

In tali occasioni, in effetti, la Corte ha sostanzialmente modificato l'impianto originario della legge n. 40, con riguardo alle modalità di concreta applicazione delle tecniche, incidendo in particolare sul rapporto fra diritto e scienza in relazione alla sfera di autonomia, compe-

[44] Corte costituzionale, sentenza 12 luglio 2000, n. 332.
[45] *Ibidem*.

tenza e responsabilità del medico nel suo rapporto con la coppia e, in particolare, la donna (e la tutela della sua salute, fisica e psichica).

Grazie alle questioni sollevate sulla legge n. 40, nella parte in cui imponeva di creare fino a un massimo di tre embrioni per ogni ciclo di stimolazione ovarica, di procedere al loro unico e contestuale impianto e di non ricorrere alla crioconservazione degli embrioni se non per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione, la Corte ha portato a emersione, per la prima volta, le «esigenze di procreazione»[46].

Queste ultime vengono esplicitate, nelle argomentazioni che sostengono la decisione di illegittimità costituzionale, riconoscendo che «la tutela dell'embrione», per come originariamente configurata dalla legge n. 40, «non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione»: la disciplina normativa censurata, infatti, già rivelava questo limite di tutela, laddove precisamente limitava a un massimo di tre il numero di embrioni producibili, ammettendosi di conseguenza che alcuni potessero non dare luogo a una gravidanza. Proprio in ciò viene individuato dalla Corte costituzionale un ulteriore profilo di irragionevolezza delle citate disposizioni, poiché pur mirando a garantire la posizione dell'embrione creato *in vitro* si ammetteva «un affievolimento della tutela […] al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza»[47].

Queste stesse concrete aspettative o esigenze di procreazione, peraltro, venivano frustrate dalla disciplina medesima, laddove imponeva al medico la rigida applicazione di un unico protocollo, senza che assumesse rilievo la valutazione del singolo caso concreto e le specifiche condizioni di salute della donna. Anche la salute, infatti, era suscettibile di essere compromessa sia in ragione dell'identico trattamento applicato, consistente nella ripetuta sottoposizione alla stimolazione ovarica, sia a fronte delle successive possibili gravidanze plurime.

Per tali ragioni la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, secondo e terzo comma, nella parte in cui prevedeva quel rigido limite numerico, riconsegnando al medico la possibilità di creare gli embrioni necessari rispetto al caso concreto e anche quella di valutare il momento e le modalità con cui procedere al loro impianto, con ciò ampliando i casi di differimento a qualsiasi tipo di pregiudizio per salute della donna (anche prevedibile al momento della fecondazione).

[46] Corte costituzionale, sentenza 1 aprile 2009, n. 151.
[47] *Ibidem*.

Le esigenze di procreazione esplicitate dalla Corte – che peraltro rimarca di averle pur sempre tratte dalla stessa legge n. 40, che già in origine prevedeva una limitazione della tutela degli embrioni – si trasformano, successivamente, nella «determinazione di avere o meno un figlio» che «non può che essere incoercibile», «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana»[48].

Risulta a questo proposito significativo il ricorso sia all'aggettivo «incoercibile» sia all'espressione «determinazione di avere o meno un figlio», oltre che (ma forse soprattutto) la sua riconduzione alla «persona umana» (e, dunque, non solo o esclusivamente alla coppia). Per queste ragioni, quindi, la Corte ha eliminato un requisito sostanziale specifico per l'accesso alle tecniche assistite, che nell'impianto originario della legge n. 40 restava limitato alle sole coppie con patologie legate alla sterilità o all'infertilità non assolute, vietandosi il ricorso a gameti maschili o femminili esterni.

Con la sentenza n. 162 del 2014, in definitiva, valorizzando anche l'accezione psichica del diritto alla salute della coppia e non ritenendo che vi fosse alcuna lesione della posizione della «persona nata» attraverso questo tipo di tecnica, la Corte allarga la platea dei destinatari delle tecniche assistite, ritenendo «non […] dirimenti le differenze» fra quella di tipo omologo e quella di tipo eterologo («benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia»[49]). Il rilievo assegnato alla «salute della coppia», quindi, giustifica il riconoscimento della liceità della tecnica, in grado di superare l'irragionevolezza del differente trattamento riservato a categorie di coppie caratterizzate da un diverso grado di patologia.

Le esigenze di procreazione e la scelta incoercibile dell'individuo di formare una famiglia anche con figli non genetici[50] si arricchiscono ulteriormente con la sentenza n. 96 del 2015, che amplia ulteriormente la categoria delle coppie eterosessuali sposate o conviventi destinatarie delle tecniche assistite, consentendo l'accesso anche a quelle né sterili né infertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili[51].

[48] Corte costituzionale, sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

[49] *Ibidem*.

[50] Rispetto al superamento dell'assolutezza del principio di prevalenza dell'interesse all'accertamento della verità biologica rispetto all'interesse del minore si veda Corte costituzionale, sentenza 26 maggio 2020, n. 127, che richiama le sentenze n. 162 del 2014, n. 272 del 2017, n. 494 del 2002 e n. 170 del 1999, oltre che l'ordinanza n. 7 del 2012.

[51] Sulla previsione nelle Linee guida ministeriali in materia di fecondazione assistita della possibilità di accedere alle relative tecniche anche in caso di HIV e di epatiti B e C sia consentito il rinvio alle più ampie considerazioni svolte in B. Liberali, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2016, 254.

In particolare, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, primo e secondo comma, e 4, primo comma, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non permettevano a queste ultime l'applicazione delle tecniche e in particolare la possibilità di effettuare l'esame diagnostico preimpianto, nel caso in cui le malattie geneticamente trasmissibili fossero rispondenti ai medesimi criteri di gravità che, ai sensi dell'art. 6, primo comma, lett. b), della legge n. 194 del 1978, consentono di interrompere la gravidanza oltre il terzo mese di gestazione (e quindi «quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna»), con necessario accertamento da parte di apposite strutture pubbliche.

Nell'accogliere tale questione in relazione agli artt. 3 e 32 Cost. la Corte valorizza estremamente la posizione della donna e la necessaria tutela della sua salute sia fisica sia psichica, poiché il mancato accesso alle tecniche e in particolare alla diagnosi genetica preimpianto si pone in «palese antinomia normativa» con quanto già il nostro ordinamento permette, laddove «consente, comunque, […] di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici [le coppie], attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali», secondo quanto prevede il citato art. 6, primo comma, lett. b), della legge n. 194 del 1978, grazie alle «ormai normali indagini prenatali»[52].

La palese antinomia, quindi, emerge laddove «il sistema normativo, cui danno luogo le disposizioni censurate, non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire "prima" alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere "dopo" una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute»[53]. La Corte associa all'espletamento della diagnosi genetica preimpianto direttamente la tutela della salute alla donna, ma, evidentemente, si può trarre dalla decisione una considerazione che comprende anche la coppia complessivamente intesa, sia poiché portatore della malattia geneticamente trasmissibile potrebbe essere anche (o solo) il componente maschile, sia poiché gli effetti della mancata previa acquisizione di una informazione che potrebbe scongiurare il rischio di una interruzione di gravidanza può ben riflettersi anche sulla sua salute (quanto meno psicologica).

Ancora una volta, quindi, valorizzandosi il diritto alla salute, grazie al parametro costituzionale specificamente evocato, il percorso procreativo viene agevolato dalla decisione della Corte costituzionale che

[52] Corte costituzionale, sentenza 14 maggio 2015, n. 96.
[53] *Ibidem*.

scardina i requisiti oggettivi di accesso alle tecniche assistite (relativi alla presenza di una patologia di sterilità o infertilità) permettendo anche alle coppie portatrici di gravi malattie genetiche di effettuare l'esame diagnostico precedente all'impianto in utero degli embrioni: con ciò, se pure non si possa affermare alcun "diritto al figlio sano", si può intravvedere una robusta garanzia predisposta affinché la coppia possa perseguire, nelle parole della Corte, «l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria»[54].

§ 3.5. – *Le «diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico –» e il compito «affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale»*

L'intervento della Corte costituzionale in queste decisioni, particolarmente significative poiché, come si è visto, incidono profondamente sull'impianto originario della legge n. 40 con riguardo sia ai requisiti soggettivi sia a quelli oggettivi, resta pur sempre perimetrato – in ragione delle questioni allora sollevate – entro «due idee di base», che attengono rispettivamente alla «funzione delle tecniche» assistite (intese «come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile») e alla «struttura del nucleo familiare scaturente» dalle medesime[55].

E proprio questo chiaro perimetro emerge anche (o meglio viene ribadito) in occasione della prima decisione resa dalla Corte costituzionale in ordine all'ulteriore ampliamento delle categorie destinatarie della fecondazione assistita, teso a includervi anche le coppie omosessuali.

Alla Corte costituzionale, infatti, viene richiesto di caducare la limitazione di cui all'art. 5 della legge n. 40 che impone la diversità di sesso dei componenti della coppia richiedente: nella sentenza n. 221 del 2019, che dichiara l'infondatezza delle relative questioni, viene frontalmente posto l'interrogativo di fondo che, in effetti, nasce, come si è cercato di mettere in evidenza, in ragione della stessa «possibilità – dischiusa dai progressi scientifici e tecnologici – di una scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico». L'interrogativo attiene alla configurabilità (e, in caso positivo, entro quali limiti) di «un "diritto a procreare" (o "alla genitorialità", che dir si voglia), comprensivo non solo dell'an e del quando, ma anche del

[54] *Ibidem*.
[55] Corte costituzionale, sentenza 18 giugno 2019, n. 221.

quomodo, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale»[56].

Ancora più chiaramente la Corte specifica come si tratti, per poter sciogliere le questioni poste in relazione alle coppie omosessuali, di stabilire «se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque sia, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate»[57].

Avendo individuato, come si è anticipato, le due direttrici fondamentali che sostanziano l'impianto della legge n. 40 (che permane immutato da questo punto di vista, non essendo stato modificato dagli interventi già richiamati della Corte), nella sentenza n. 221 si chiarisce, in ordine al primo punto, che la funzione del percorso assistito di riproduzione attiene al rimedio alle patologie di sterilità e infertilità, «escludendo chiaramente […] che […] possa rappresentare una modalità di realizzazione del "desiderio di genitorialità" alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati»[58].

In ordine al secondo, la Corte giustifica le scelte limitative del legislatore, che avrebbe trasfuso nella disciplina «il trasparente intento di garantire» che il nucleo famigliare «riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre»[59].

Poste queste premesse, l'accoglimento delle questioni sollevate tese a ottenere l'ulteriore apertura delle tecniche anche alle coppie dello stesso sesso «esigerebbe […] la diretta sconfessione, sul pianto 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»[60].

Proprio tali considerazioni conducono la Corte a ritenere che gli scenari dischiusi dal progresso scientifico, che materialmente consentirebbe la concreta applicazione della tecnica assistita, in particolare eterologa, alla coppia omosessuale femminile (così come anche alla donna singola), debbano essere ricondotti nell'alveo delle valutazioni che competono al legislatore. Quest'ultimo è chiamato a individuare «un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico», in qualità di «interprete della collettività nazionale» che deve

[56] *Ibidem*.
[57] *Ibidem*.
[58] *Ibidem*.
[59] *Ibidem*.
[60] *Ibidem*.

tenere conto dell'evoluzione dell'«apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»[61].

Arrestando il proprio sindacato, quindi, la Corte ritiene non irrazionale e ingiustificata «la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato»: simile scelta si fonda anche sul «grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta "omogenitorialità" nell'ambito della comunità sociale», non registrandosi, quantomeno al momento dell'approvazione della legge n. 40, «un sufficiente consenso sul punto»[62].

Ciò che in questa sede interessa porre in rilievo nella prospettiva di individuare un possibile fondamento del desiderio o dell'esigenza di genitorialità attraverso il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita e anche nell'ottica di future questioni di legittimità costituzionale si può individuare in due distinti passaggi della decisione e in due succinte precisazioni.

Da un lato, infatti, la Corte tiene a rimarcare che le conclusioni cui perviene circa la valutazione di ragionevolezza della scelta legislativa sul modello tradizionale di famiglia (eterosessuale, non solo fondata sul matrimonio, aprendo la legge n. 40 anche alle coppie conviventi) prescindono dalla capacità delle coppie omosessuali (ma anche delle donne sole e delle coppie eterosessuali in età avanzata, ugualmente escluse dall'ambito applicativo della disciplina) di «svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali»[63].

Dall'altro lato, la Corte richiama diffusamente il filone della giurisprudenza comune in tema di adozione da parte delle coppie omosessuali, rispetto alle quali è stato riconosciuto il rapporto di filiazione attraverso l'applicazione dell'istituto dell'adozione non legittimante per il componente che non sia genitore biologico del minore (art. 44, primo comma, lett. d), della legge n. 184 del 1983), per sottolineare la «differenza essenziale» fra adozione e fecondazione assistita: la prima, infatti, «presuppone l'esistenza in vita dell'adottando» e «non serve per dare un figlio a una coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo», mentre la seconda «serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo), realizzandone le aspirazioni genitoriali»[64].

Infine, la Corte in modo particolarmente stringato precisa come non possa intravvedersi alcuna violazione dell'art. 31, secondo comma, Cost., poiché esso tutela la maternità e non si occupa della (mera)

[61] *Ibidem*.
[62] *Ibidem*.
[63] *Ibidem*.
[64] *Ibidem*.

«aspirazione a diventare genitore»[65]. Nell'escludere, quindi, la conferenza di questo parametro la Corte utilizza un termine specifico, ossia «aspirazione» e, dunque, desiderio (come si vedrà oltre) o esigenza e non certamente "diritto" o "pretesa", con ciò contribuendo ancora una volta a disegnarne i contorni.

Inoltre, essa esclude che vi possa essere una violazione dell'art. 32, primo comma, Cost., con specifico riferimento al diritto alla salute della coppia omogenitoriale, poiché la relativa tutela «non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione». Con ciò, in definitiva, la Corte chiarisce la portata della sentenza n. 162 del 2014, con cui, proprio valorizzandosi la salute in particolare psicologica, si era resa lecita la donazione di gameti esterni alla coppia: l'impianto della legge n. 40 che concerne la costruzione del modello familiare ritenuto migliore (costituito da una coppia eterosessuale) esclude la possibilità di un intervento della Corte, che, sulla base di una nozione troppo estesa della salute psichica, giunga, in ipotesi, a caducare «tutte le altre limitazioni all'accesso alla PMA poste dall'art. 5», proprio perché «frustranti il desiderio di genitorialità»[66].

La scelta di questi termini, con riguardo alla procreazione, risulta particolarmente significativa perché, in fondo, conferma l'impostazione che emerge dalla giurisprudenza costituzionale, ossia quella che indubbiamente valorizza le potenzialità interpretative delle disposizioni costituzionali, giungendo in alcuni casi a dichiarare l'irragionevolezza delle previsioni normative, mentre in altri a riconoscere i limiti del sindacato costituzionale in favore della sfera di discrezionalità del legislatore.

Sempre in relazione alla coppia omogenitoriale la Corte costituzionale è stata chiamata a risolvere una diversa questione che attiene alla preclusione della possibilità di indicare quali genitori nell'atto di nascita le componenti di una unione civile, a seguito del ricorso all'estero delle tecniche di fecondazione assistita.

Sebbene le questioni siano certamente differenti poiché attengono, in questo caso, alla formazione dell'atto di nascita e, quindi, alla costruzione dello *status filiationis* del (già) nato, è interessante richiamare la sentenza n. 230 del 2020, poiché la Corte, nel dichiararne l'inammissibilità, svolge comunque interessanti osservazioni che contribuiscono a sostanziare ulteriormente la portata del "diritto" o dell'"esigenza" di

[65] *Ibidem*.
[66] *Ibidem*.

genitorialità, anche tenendo conto, questa volta, della posizione e della necessità di tutela dei nati da tecniche vietate nel nostro ordinamento. Le conclusioni cui la Corte perviene pur in relazione alla tutela dei nati da tecniche assistite vietate, infatti, si riflettono indubbiamente sulle scelte dei soggetti che desiderano accedervi.

Tenendo, quindi, ben separate le sottese problematiche e considerando che soprattutto la giurisprudenza di legittimità ha avuto molteplici occasioni per pronunciarsi sulla contrarietà o meno all'ordine pubblico della formazione e della trascrizione di questi atti di nascita, ci si limita in questa sede a rilevare che nella giurisprudenza costituzionale inizia a delinearsi con la sentenza n. 230 del 2020 – per poi trovare conferma nelle sentenze n. 32 e n. 33 del 2021 – una nuova prospettiva, quella appunto che gravita attorno ai già nati, che impone di ragionare in modo differente per poterne garantire lo stato di figli e che certamente porta a emersione tutte le problematiche che già si sono evidenziate, con specifico riguardo alle scelte ritenute comunque insindacabili del legislatore, ma contrastanti con l'evoluzione del costume sociale cui pure la Corte continua a fare riferimento.

La preclusione della possibilità di indicare entrambi i componenti della coppia omosessuale quali genitori nell'atto di nascita, infatti, pone anche in questo caso l'interrogativo di fondo intorno al «diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo, sia come soggetto singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»[67].

Se pure la Corte concede che la genitorialità attraverso le tecniche di fecondazione assistita è legata al consenso di chi vi accede e alla conseguente assunzione di responsabilità, con un ragionamento forse un poco tautologico, ma che conferma quanto la Corte aveva già stabilito in ordine all'impianto sostanziale della legge n. 40 rispetto al modello familiare, essa ritiene che occorra «pur sempre che quelle coinvolte nel progetto di genitorialità così condiviso siano coppie "di sesso diverso", atteso che le coppie dello stesso sesso non possono accedere, in Italia, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita»[68], così come pure non possono accedere alla procedura di adozione, come conferma anche la legge n. 76 del 2016 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*)[69].

Più specificamente, alla luce degli artt. 2, 3 e 30 Cost., «l'aspirazione della madre intenzionale ad essere genitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona», non essendo né arbitraria né irragionevole la scelta di una famiglia composta da due genitori

[67] Corte costituzionale, sentenza 20 ottobre 2020, n. 230, che riprende i termini utilizzati nell'ordinanza di rimessione.

[68] *Ibidem*.

[69] Si veda anche Corte costituzionale, sentenza 21 ottobre 2019, n. 237.

di sesso diverso, che rappresenta, appunto, «in linea di principio, il "luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato»[70].

Proprio su questo profilo, ancora, la Corte tiene a insistere per valorizzare il ruolo del legislatore, fino a sottolineare che se pure «il riconoscimento della omogenitorialità, all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, non è imposto dagli evocati precetti costituzionali, vero è anche che tali parametri neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata, non potendosi escludere la "capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali"»[71]: dunque, non una soluzione costituzionalmente imposta, ma che rientra nella sfera di discrezionalità del legislatore, quale interprete della volontà collettiva e della sua evoluzione.

Come si è anticipato, questa linea di tendenza che conduce la Corte a non allargare ulteriormente la platea dei soggetti destinatari delle tecniche assistite si rafforza particolarmente con le sentenze n. 32 e n. 33 del 2021: anche in questo caso il contesto in cui le questioni sorgono è caratterizzato da coppie omosessuali che rispettivamente fanno ricorso alla fecondazione eterologa, richiedendo l'attribuzione dello *status* di figlio anche rispetto alla madre intenzionale che abbia prestato il consenso, e alla maternità surrogata, reclamando il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero di inserimento del genitore intenzionale nell'atto di stato civile del minore.

Nel dichiarare l'inammissibilità delle prime questioni sollevate in modo significativo la Corte rimarca che «non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina», e tiene a riaffermare quanto stabilito con la sentenza n. 221 del 2019 circa l'inesistenza di «certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore»[72].

Rispetto alle questioni che si collegano alla maternità surrogata, la Corte non manca di richiamare la sua stessa qualificazione di questa tipologia di "tecnica", che, vietata in via assoluta (e, quindi, anche nei confronti delle coppie eterosessuali destinatarie della disciplina di cui alla legge n. 40), «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»[73], con ciò non potendosi quindi

[70] Corte costituzionale, sentenza 20 ottobre 2020, n. 230.
[71] *Ibidem*.
[72] Corte costituzionale, sentenza 28 gennaio 2021, n. 32.
[73] Corte costituzionale, sentenza 22 novembre 2017, n. 272, richiamata dalla sentenza 28 gennaio 2021, n. 33. La Corte aveva tenuto a rimarcare la differenza sostanziale fra mater-

interpretare il diritto alla salute della coppia (quanto meno dal punto di vista psichico) in misura tale da renderla legittima.

Confermando, quindi, l'inconfigurabilità di un diritto fondamentale a diventare genitori attraverso la tecnica eterologa (per le coppie omosessuali) e, in generale, la maternità surrogata, la Corte con espressioni particolarmente forti, considerando che già si sono prodotti gli effetti della violazione dei limiti dettati dalla legge n. 40, si rivolge al legislatore, poiché «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore»[74] e «nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»[75].

§ 3.6. – *La «concreta aspettativa di maternità» e la «libertà di autodeterminazione in ordine alla procreazione» della donna*

L'ultima tappa del percorso segnato dalla giurisprudenza costituzionale in materia di procreazione e diritti sottesi è costituita dalla sentenza n. 161 del 2023, con la quale la Corte non accoglie le questioni sollevate sull'art. 6, terzo comma, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consente al componente maschile della coppia di revocare il consenso alla prosecuzione della procedura di fecondazione assistita dopo la formazione dell'embrione (e, quindi, rispetto all'impianto in utero di quest'ultimo).

Ciò che interessa porre in luce in questa sede attiene all'argomentazione che sostiene la conclusione per la quale la differenza sostanziale fra uomo e donna nell'applicazione delle tecniche non rende irragionevole la compromissione della volontà di non diventare più padre, dopo che l'embrione si è formato, come prevede l'art. 6, terzo comma, della legge n. 40, così come anche la portata della dignità dell'embrione che sarebbe garantita proprio dall'impianto in utero (con successiva possibilità di avviare una gravidanza fino alla eventuale nascita).

L'uso di termini ed espressioni particolarmente significativi per valorizzare la posizione della donna (quali «grave onere di mettere a disposizione la propria corporalità» per la donna, «importante investimento fisico ed emotivo in funzione della genitorialità che coinvolge rischi, aspettative e sofferenze», «Corpo e mente della donna […] inscindibilmente interessati in questo processo, che culmina nella concreta speranza di generare un figlio», «concreta aspettativa di maternità»,

nità surrogata e fecondazione eterologa nella sentenza n. 162 del 2014.

[74] Corte costituzionale, sentenza 28 gennaio 2021, n. 32.

[75] Corte costituzionale, sentenza 28 gennaio 2021, n. 33.

«affidamento […] determinato dal consenso dell'uomo al comune progetto genitoriale»), la valutazione di quella dell'uomo, la cui «autodeterminazione […] matura in un contesto in cui egli è reso edotto del possibile ricorso alla crioconservazione», e la precisazione della stessa nozione di "consenso", che diviene funzionale a tutelare l'affidamento della donna e costituisce «un atto finalisticamente orientato a fondare lo stato di figlio»[76], conducono a cristallizzare la necessaria sussistenza dei requisiti posti dall'art. 5 della legge n. 40 al momento dell'avvio della procedura di fecondazione assistita.

Dal momento della formazione dell'embrione la sussistenza dei requisiti soggettivi di accesso non è più richiesta: per questo motivo, il venire meno di uno o più di questi – come nel caso di specie la sussistenza della coppia coniugata o convivente – non impone l'arresto della procedura che conduce, dopo la formazione dell'embrione, all'impianto, sempre laddove la donna lo voglia (non potendosi immaginare alcuna ipotesi di impianto coattivo).

Si ammette, dunque, che la linea direttrice, riconosciuta come tale, come si è visto, dalla stessa Corte costituzionale, relativa al modello di famiglia ritenuto preferibile venga meno: l'impianto in utero (e il successivo eventuale avvio della gravidanza e la successiva eventuale nascita) si determina in un contesto monogenitoriale, in cui nemmeno l'«interesse del minore a un contesto familiare non conflittuale» può essere enfatizzato «al punto da far ritenere che […] integri una condizione esistenziale talmente determinante da far preferire la non vita»[77].

La decisione, che pure presenta alcuni elementi di problematicità[78] (se si pensa alla specifica interpretazione del consenso informato di coppia tipico della procedura di fecondazione assistita, se si considerano le conseguenze che derivano dall'interpretazione cristallizzata al momento di accesso alla stessa dei requisiti ritenuti essenziali per costruire il modello di famiglia migliore e, infine, se si tiene conto dell'eccentrico parallelismo effettuato con la materia dell'interruzione volontaria di gravidanza), indubitabilmente contribuisce in modo sostanziale a modificare la portata delle scelte procreative e le posizioni dei soggetti coinvolti, ammettendo che non solo una coppia ete-

[76] Corte costituzionale, sentenza 24 maggio 2023, n. 161.

[77] *Ibidem*.

[78] Sia consentito il rinvio per più ampie considerazioni a B. Liberali, *La cristallizzazione del consenso maschile nella fecondazione assistita e la sua trasformazione in strumento di tutela dell'«investimento, fisico ed emotivo», della donna*, in *Studium Iuris*, n. 4/2023, 557 ss., oltre che a E. Crivelli, *La Corte costituzionale di fronte a una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sent. n. 161 del 2023)*, in *federalismi.it*, n. 23/2023, 122 ss., M.P. Iadicicco, *«Cosa resta del padre?». A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2024, 249 ss., e G. Razzano, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e «gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna» nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali*, n. 1/2024, 197 ss.

rosessuale sposata o convivente, come prescrive l'art. 5 della legge n. 40, ma anche la donna (divenuta ormai) sola possa condurre a conclusione il percorso di fecondazione assistita.

Così come nella sentenza n. 162 del 2014 la Corte aveva ritenuto che il divieto assoluto di fecondazione eterologa violasse la «libertà fondamentale della coppia […] di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza [fosse] giustificata dalle esigenze di tutela del nato», poiché esse alla luce della stessa disciplina possono ritenersi «congruamente garantite»[79], così in questo caso la «concreta aspettativa di maternità» e la «concreta speranza di generare un figlio» della donna, oltre a rendere «non irragionevole la compressione, in ordine alla prospettiva di una paternità, della libertà di autodeterminazione dell'uomo», garantisce di fatto una possibilità di vita per l'embrione (cui è stata riconosciuta espressamente una «dignità»), certamente preferibile anche rispetto al rischio di un «contesto familiare […] conflittuale»[80].

Da questa decisione, quindi, sembrano discendere importanti corollari che attengono alla valutazione dei requisiti per l'applicazione delle tecniche assistite (che devono sussistere solo all'avvio del relativo percorso), alla conformazione del relativo contesto familiare (che può essere non solo bigenitoriale, ma anche monogenitoriale) e, in definitiva, alla perimetrazione dell'autodeterminazione delle coppie e dei singoli individui nelle scelte procreative.

§ 4. – *Qualche osservazione conclusiva*

Il quadro che si è delineato a partire dalle disposizioni costituzionali e di rango primario e tenendo conto dell'interpretazione che è stata offerta dalla Corte costituzionale in materia di scelte procreative e genitoriali consente di tratteggiare qualche punto fermo.

Il grado di sviluppo della scienza e della tecnica (unitamente ai profili di responsabilità e autonomia del medico) sembra aver costituito un sicuro riferimento per la caducazione di diverse disposizioni della legge n. 40 del 2004, in linea di continuità, in fondo con quanto stabilito nelle ben note sentenze n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003[81]. Costituisce a tale proposito, probabilmente, una particolare eccezione la sentenza n. 84 del 2016, con cui la Corte costituzionale ha dichia-

[79] Corte costituzionale, sentenza 9 aprile 2014, n. 162.
[80] Corte costituzionale, sentenza 24 maggio 2023, n. 161.
[81] Queste due decisioni sono richiamate anche nella sentenza n. 151 del 2009, laddove si ricorda che, «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali».

rato l'inammissibilità della questione sollevata sul divieto assoluto di ricerca scientifica sugli embrioni, registrando il carattere ampiamente divisivo sul piano etico e scientifico della «scelta tragica» «tra il rispetto del principio della vita […] e le esigenze della ricerca scientifica»[82].

Rispetto ai profili che in via più diretta sembrano incidere sulla costruzione e sulla scelta del modello di famiglia, invece, è emerso più nettamente il confine fra discrezionalità del legislatore e sindacato costituzionale. Poiché la Corte ha fornito in diverse occasioni esplicite indicazioni (soprattutto in relazione alla tutela dei nati) e considerando il trascorrere del tempo senza che il legislatore le abbia fatte proprie, si può ragionevolmente immaginare che vengano sollevate ulteriori analoghe o differenti questioni, la cui definizione potrebbe modificarsi proprio alla luce del progressivo mutamento della relativa "sensibilità sociale".

Sarà interessante verificare, innanzitutto, con quale tipo di pronuncia saranno definite le questioni di legittimità costituzionale recentemente sollevate dal Tribunale di Lucca, con l'ordinanza di rimessione n. 148 del 2024, in relazione agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost., sugli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e sull'art. 250 (*Riconoscimento*) c.c., laddove impediscono l'attribuzione dello *status* di figlio (anche rispetto alla "madre intenzionale") al nato nel contesto di un progetto genitoriale di una coppia omosessuale femminile che abbia fatto ricorso alla fecondazione eterologa[83].

In secondo luogo, è immaginabile che una nuova questione di legittimità costituzionale venga sollevata in relazione alla posizione della donna singola che richieda, come la coppia omosessuale femminile, di accedere alla tecnica di fecondazione assistita di tipo eterologo, divenuta ormai lecita grazie alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale. A questo proposito, pur trattandosi di un profilo che la

[82] Corte costituzionale, sentenza 22 marzo 2016, n. 84, in cui si sottolinea come competa al legislatore «la valutazione di opportunità (sulla base anche delle "evidenze scientifiche" e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l'altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente "non biopsabili"; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il "sacrificio" dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la "commercializzazione" degli embrioni residui». Il legislatore, infatti, «quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale». In senso critico si vedano le osservazioni su tale decisione di M. D'Amico, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2016, 171 ss.

[83] La Corte costituzionale ha fissato l'udienza pubblica di trattazione il 26 febbraio 2025.

Corte ha ritenuto rientrare nella sfera di discrezionalità del legislatore perché attinente alla costruzione del modello famigliare ritenuto più idoneo con riguardo alla coppia omosessuale femminile (sentenza n. 221 del 2019), non si può fare a meno di ricordare quanto si è già sottolineato a proposito della sentenza n. 161 del 2023, con cui, pur tenendosi fermi i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche, si è ammesso che la conclusione della relativa procedura (in particolare l'impianto in utero) possa avvenire anche in assenza di una coppia coniugata o convivente.

Ancora, si può immaginare che, sempre in relazione alla irrevocabilità del consenso maschile al completamento della procedura di fecondazione assistita, venga sollevata una questione che abbia a oggetto gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui impongono l'assunzione della responsabilità genitoriale nonostante l'esplicita revoca del consenso prima dell'impianto in utero degli embrioni e sempre che sia venuto meno almeno un requisito soggettivo di accesso alle tecniche[84].

Sempre sulla scia dell'interpretazione che la Corte nella sentenza n. 161 del 2023 ha fornito dei requisiti soggettivi necessari per l'accesso alle tecniche e della loro cristallizzazione temporale fissata alla fase di avvio della procedura, peraltro, si può ragionare intorno a ulteriori e non meno problematiche ipotesi rispetto a quella del venire meno del matrimonio o della convivenza fra i componenti della coppia. Si pensi al caso in cui la coppia non venga affatto meno, ma, nell'arco di tempo che separa la formazione dell'embrione e il suo impianto, intervenga la rettificazione di sesso del componente maschile; si pensi ancora ai casi di sopravvenuta morte o incapacità di quest'ultimo; si pensi infine all'ipotesi di un superamento dell'età potenzialmente fertile di cui ragiona lo stesso art. 5. Se si tengono ferme le conclusioni cui la Corte costituzionale è pervenuta nella sentenza n. 161, sembrerebbe pacifico che, pur sempre con il consenso della donna, si possa procedere con l'impianto in utero dell'embrione.

Tornando all'interrogativo iniziale e tenendo conto delle precise indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, si può ritenere che ne emerga un sicuro riconoscimento della portata delle scelte procreative che devono senz'altro essere *coscienti* e *responsabili*, i cui obiettivi possono essere perseguiti sia attraverso la *procreazione naturale*, sia con le tecniche di *fecondazione artificiale*, tenendo conto, in definitiva, della centralità del diritto alla *salute* (fisica e psichica) e della libertà di *autodeterminazione*.

[84] Si rinvia per questa ipotesi, ancora, a B. Liberali, *La cristallizzazione del consenso maschile*, cit., 568-569.

In questa prospettiva, dunque, assumono rilievo le *esigenze di procreazione*, quali seri tentativi di avvio di una gravidanza senza che questo si traduca necessariamente nella garanzia del "figlio in braccio" (sentenza n. 151 del 2009), il *diritto incoercibile* di scegliere di formare una famiglia anche con figli non biologici (sentenza n. 162 del 2014), il diritto di non avere un figlio certamente affetto dalla *malattia genetica* di uno o di entrambi i genitori (sentenza n. 96 del 2015), l'*affidamento* sorto nella donna rispetto alle aspirazioni genitoriali determinato dal consenso maschile prestato all'avvio della procedura di fecondazione assistita (sentenza n. 161 del 2023).

Il complessivo e progressivo allargamento delle tecniche assistite ammesse (si pensi all'originario divieto di fecondazione eterologa poi caducato dalla Corte e al perdurante divieto assoluto di maternità surrogata) e della platea dei destinatari (non più solo coppie sterili e infertili, anche in grado assoluto; non più solo coppie sterili e infertili, ma anche coppie né sterili né infertili, portatrici di gravi malattie genetiche; non più solo coppie sposate o conviventi, ma, quantomeno per la fase finale della procedura, anche donne sole) rappresenta senz'altro il nodo centrale attorno al quale sarà possibile arricchire ulteriormente le sopra accennate considerazioni intorno all'interrogativo di fondo sulla configurabilità di un vero diritto a procreare (e sui doveri che necessariamente si correlano alla relativa assunzione della responsabilità genitoriale, che intervengono, però, a seguito della nascita) e sul suo (possibile) fondamento costituzionale.

Esso pare influenzato maggiormente dalla dinamica fra evoluzione della coscienza sociale e attività legislativa e, di riflesso, da quella che, comunque, si determina fra giudici comuni (chiamati a "selezionare" le questioni di legittimità costituzionale e a soppesare il rilievo del requisito della non manifesta infondatezza) e Corte costituzionale, oltre che fra quest'ultima e il legislatore.

Postilla

Nelle more della pubblicazione di questo contributo si segnala che, come prefigurato, è stata effettivamente sollevata dal Tribunale di Firenze una questione di legittimità costituzionale relativa alla limitazione alle sole coppie eterosessuali dell'accesso alle tecniche assistite. La questione, in particolare, ha a oggetto l'art. 5 della legge n. 40, in relazione agli artt. 2, 3, 13, 32 e 117, primo comma, Cost., rispetto agli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e agli artt. 3, 7, 9 e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione euro-

pea, laddove non consente che possano accedere alle tecniche anche le donne sole[85].

La questione certamente tocca il tema di fondo di cui si è occupata la Corte costituzionale con la sentenza n. 161 del 2023 (ossia l'applicazione – se pure in fasi diverse – delle tecniche assistite rispetto a una donna sola), pur dovendosi rilevare una differenza sostanziale (ossia la presenza, in quel caso, di una coppia quanto meno nella fase di accesso alle tecniche, con applicazione dell'ultima fase, ossia l'impianto in utero, in assenza di quel requisito soggettivo), che la Corte potrebbe giudicare determinante e, dunque, ostativa rispetto all'accoglimento.

Con ciò, peraltro, la Corte aderirebbe all'orientamento già espresso nella sentenza n. 221 del 2019 rispetto alla analoga richiesta di accesso alla fecondazione eterologa da parte di una coppia omosessuale femminile: in quella occasione (e anche in questa) si chiedeva (e si chiede), in fondo, di scardinare i requisiti soggettivi di (solo) accesso a una tecnica ormai del tutto lecita nel nostro ordinamento. Come si è visto, però, quegli stessi requisiti sembra che possano perfettamente venire meno successivamente, nell'ultima fase di applicazione delle tecniche che consiste nell'impianto in utero dell'embrione (come emerge dalla sentenza n. 161 del 2023).

Si segnala anche che l'ipotesi di rettificazione di sesso (del componente maschile della coppia) che si era adombrata nelle precedenti considerazioni, nell'arco temporale fra la fecondazione dell'embrione e il suo impianto, si è effettivamente verificata, sebbene in un momento differente. Con l'ordinanza di rimessione n. 186 del 2024 del Tribunale di Como si sono sollevate questioni di legittimità costituzionale sugli artt. 5 e 12, secondo, nono e decimo comma, della legge n. 40 del 2004, in relazione agli artt. 2, 3, 31, secondo comma, 32, primo comma, e 117, primo comma, Cost., rispetto agli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e a una ulteriore serie di disposizioni internazionali.

Dalla descrizione della fattispecie concreta è difficoltoso ricostruire rigorosamente la scansione temporale dei fatti avvenuti: se, come sembra potersi dedurre da alcuni passaggi del provvedimento, la rettificazione di sesso è avvenuta prima dell'accesso alla procedura di fecondazione assistita (e, dunque, prima della formazione dell'embrione), quando i gameti maschili erano stati evidentemente già crioconservati, si pone un preliminare interrogativo circa la successiva valutazione dei requisiti di accesso alle tecniche assistite, con particolare riguardo alla valutazione di sterilità e infertilità, che, a seguito della rettificazione di

[85] Tribunale di Firenze, ordinanza di rimessione 4 settembre 2024, n. 193, la cui trattazione in udienza pubblica è stata fissata dalla Corte costituzionale per l'11 marzo 2025.

sesso, sarebbe evidentemente da quest'ultima compromessa. La Corte ha avuto occasione di esprimersi sulla sterilità fisiologica della coppia omosessuale con la sentenza n. 221 del 2019, 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», poiché si «tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti» e, quindi, 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»[86].

La differenza sostanziale, come è ovvio, risiede nella circostanza che nel caso oggetto del giudizio del Tribunale di Como la sterilità o infertilità, dovuta alla rettificazione di sesso, è subentrata successivamente alla crioconservazione dei gameti maschili: occorrerebbe verificare, quindi, in che modo il centro medico – ma la circostanza non emerge dall'ordinanza di rimessione – ha potuto valutare positivamente l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita da parte della coppia così composta. I passaggi argomentativi non sono chiarissimi e ciò potrebbe condurre a una declaratoria di manifesta inammissibilità per insufficiente descrizione della fattispecie concreta, cui si accompagna l'ulteriore profilo problematico relativo al requisito della rilevanza: non sembra, infatti, che il giudice rimettente sia chiamato a dare applicazione all'art. 5 della legge n. 40, poiché, di fatto, alle tecniche la coppia ha già fatto (in modo forse problematico) accesso, con la successiva nascita di figli.

Il problema sollevato dal Tribunale di Como sembra riguardare, invece, la formazione dell'atto di nascita e, quindi, più correttamente sembra che il giudice *a quo* avrebbe dovuto censurare le disposizioni che quella formazione regolano.

Si deve segnalare, infine, che il Tribunale opera un parallelismo quanto meno eccentrico, se pure suggestivo, laddove raffronta il caso della rettificazione di sesso del componente maschile della coppia originariamente eterosessuale a quello della morte sopravvenuta dello stesso (il giudice ragiona del «caso del padre premorto fornitore del gamete maschile»[87]).

Benché come si è già sottolineato, l'ordinanza di rimessione appaia notevolmente problematica sotto una pluralità di profili, si possono svolgere due sintetiche osservazioni.

[86] Corte costituzionale, sentenza 18 giugno 2019, n. 221.

[87] Tribunale di Como, ordinanza di rimessione 13 settembre 2024, n. 186, la cui trattazione in udienza pubblica originariamente fissata per il 26 febbraio 2025, è stata differita all'8 aprile 2025, e, ancora, all'8 luglio 2025.

Rispetto alla valutazione di accesso alle tecniche assistite il giudice (che sul punto invece non si sofferma criticamente, pur rilevando in un passaggio che nel caso oggetto di giudizio «a ricorrere alla fecondazione omologa mediante procreazione medicalmente assistita non è stata una coppia eterosessuale»[88]) avrebbe potuto prendere in esame il caso di ricorso alla crioconservazione dei gameti maschili in previsione dell'applicazione di un trattamento chemioterapico: allo stesso modo, il ricorso alla rettificazione di sesso comporta evidentemente una compromissione (ben prevedibile) della sterilità e fertilità del soggetto. Certamente, però, il trattamento di rettificazione di sesso incide su uno dei requisiti soggettivi richiesti per l'accesso alla fecondazione assistita, ossia la diversità di sesso dei componenti della coppia (non compromessa, invece, da quello chemioterapico).

Rispetto al tema della corretta formazione dell'atto di nascita, benché il Tribunale si sforzi di elencare tutte le fattispecie che apparentemente potrebbero avvicinarsi ponendone in rilievo gli elementi di differenza e benché, lo si deve ulteriormente sottolineare, la descrizione del caso concreto non consenta di ricostruire adeguatamente il susseguirsi degli eventi, sembra assorbente la conclusione secondo cui dopo la nascita dei figli la quanto meno originaria qualificazione di "padre" non possa revocarsi in dubbio, considerando il legame biologico che permane anche a seguito della rettificazione di sesso (come avviene nel caso in cui a tale tipo di procedura ricorra un genitore dopo la nascita senza aver fatto ricorso né alla crioconservazione né alla fecondazione assistita). Proprio sulla posizione dei nati, in fondo, la Corte costituzionale – laddove intendesse superare i problematici profili di inammissibilità – dovrà presumibilmente concentrare la sua valutazione e, quindi, sulla *ratio* dello stesso atto di nascita (che, in effetti, non sembra riconducibile alla funzione di attestazione del sesso dei genitori e nemmeno della loro eventuale rettificazione).

Da ultimo, nello stesso filone che riguarda le questioni definite dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 161 del 2023, si deve richiamare l'ordinanza del Tribunale di Siena del 25 settembre 2024, con cui – pur citando espressamente la pronuncia della Corte che ha assegnato prevalenza alla volontà della donna di proseguire con l'impianto in utero – si è rigettato il ricorso presentato in via d'urgenza da una donna (non più unita in matrimonio con il marito con cui aveva fatto accesso alle tecniche assistite), con cui si richiedeva che fosse ordinato al centro medico di procedere all'impianto in utero degli embrioni fecondati nel 2016. Con ciò si è determinata, di fatto e in modo problematico, la disapplicazione dell'art. 6, terzo comma, della legge n. 40,

[88] *Ibidem*.

laddove prescrive che il consenso non può essere revocato dopo la formazione degli embrioni. Proprio la corretta e completa costruzione del consenso, però, viene specificamente revocata in dubbio dal giudice e proprio per queste ragioni la richiesta di impianto viene rigettata.

Abstract

The paper questions the configurability (and, if so, within what limits) of a right to procreate or become parents. The analysis is conducted through reference to constitutional and legal dispositions, taking into account the interpretation of the Italian Constitutional Court.

I.2. *Just Children*
Giudizi e pregiudizi nella tutela dei nati da PMA

di Giuseppina Barcellona*

Sommario: § 1. – Nessun tocchi Ismaele: la Corte costituzionale e la tutela del nato da PMA nella sentenza n. 347/1998. § 2. – L'insostenibile "fluidità" dello *status* di nato da PMA. § 3. – Di fraintendimenti e prospettive: le colpe dei padri e l'innocenza dei figli. § 4. – Gli argomenti giuridici e lo spirito punitivo. § 5. – Lo spazio vuoto e la (in)coerenza del sistema.

§ 1. – *Nessun tocchi Ismaele: la Corte costituzionale e la tutela del nato da PMA nella sentenza n. 347/1998*

Le controversie che attengono alla tutela dei nati da Procreazione Medicalmente Assistita – lo si ricorderà – anticipano, e non di poco, l'entrata in vigore della legge del 19 febbraio 2004 n. 40. Esse interessano un tempo nel quale il ricorso a queste tecniche procreative si svolgeva in assenza di un preciso quadro di riferimento normativo[1]; un tempo nel quale la tutela di chi era nato dal ricorso alla fecondazione eterologa o alla surrogazione di maternità procedeva dalla necessaria interrogazione delle norme del codice civile e dai criteri cui quest'ultime affidavano il consolidamento dello *status legitimitatis*.

Risale proprio a questo "tempo" la sentenza della Corte costituzionale n. 347/1998[2], che si distingue per almeno un duplice ordine di ragioni: vi è segnalata l'incapienza delle norme civilistiche sulla filiazione, e più esattamente l'irriducibilità delle fattispecie e dei problemi sollevati dal ricorso alla PMA alle *rationes* codicistiche[3]. Ma a questa

* Università degli Studi "Kore" di Enna.

[1] V. Vipiana, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in R. Balduzzi (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, CEDAM, 2007.

[2] Corte costituzionale, 26 settembre 1998, n. 347.

[3] Corte cost., n. 347/1998, 2 del considerato in diritto, dove si legge: l'art. 235, comma 1, n. 2, cod. civ. «riguarda esclusivamente la generazione che segua ad un rapporto adulterino, ammettendo il disconoscimento della paternità in tassative ipotesi, quando le circostanze indicate dal legislatore facciano presumere che la gravidanza sia riconducibile, in violazione del dovere di reciproca fedeltà, ad un rapporto sessuale con persona diversa dal coniuge. La possibilità che ipotesi nuove, non previste al tempo dell'approvazione di una norma, siano disciplinate dalla stessa non è da escludersi in generale. Ma tale possibilità implica un'omogeneità di elementi essenziali e un'identità di *ratio*; nella cui carenza l'estensione della portata normativa della legge si risolverebbe in un arbitrio». Identità di *ratio* che, invece, mancherebbe quando il bambino sia nato non da un rapporto adulterino, ma dal "condiviso" ricorso alla PMA eterologa.

denuncia si aggiunge anche l'invito al legislatore perché assicuri la protezione del nato e dei suoi diritti «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità»[4], onde sanare quella che vi viene definita «una situazione di carenza dell'attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali»[5].

Segue a questo monito l'approvazione della l. n. 40/2004, e dunque la predisposizione di una disciplina che si propone come «ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti»[6], ed alla quale si affida la predisposizione di strumenti utili ed adeguati a garantire i diritti dei bambini che siano il frutto del ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale.

I numerosi interessi che fanno capo al nato, e che adesso coagulano nella formula, quasi magica, del *best interest of child*[7], sembrano, qui, garantiti contenendo l'accesso alla PMA entro un duplice ordine di vincoli: il principio della *imitatio naturae* e quello, non meno importante, della "autosufficienza procreativa della coppia".

Ed infatti, i divieti assoluti, che, almeno nell'originaria formulazione della l. n. 40/2004, colpiscono la fecondazione eterologa e la surrogazione di maternità, fanno sì che il bambino, concepito grazie al ricorso alle tecniche di PMA, sia sempre geneticamente legato ad entrambi i genitori: lo *ius sanguinis* riconduce la fecondazione artificiale entro la disciplina codicistica della filiazione. Di modo che «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita – recita l'art. 8, l. n. 40/2004 – hanno lo stato di figli (nati nel matrimonio) o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime».

A completare la protezione apprestata in favore dell'interesse di questi figli, e forse proprio in ossequio al monito espresso dal giudice costituzionale, il legislatore del 2004 si preoccupa di disciplinare anche la condizione di chi sia nato dall'allora illegittimo ricorso alla fecondazione eterologa e sia, perciò, escluso dalla tutela garantita dallo *ius sanguinis* e dalla disciplina codicistica che su di esso è costruita: il coniuge o il convivente, che abbia prestato il consenso alla PMA eterologa, non può esercitare nei confronti del nato le azioni volte a demolirne lo *status*[8].

[4] Corte cost., n. 347/1998, 3 del considerato in diritto.
[5] Corte cost., n. 347/1998.
[6] Corte cost., n. 347/1998.
[7] Cfr. E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio del* best interest of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2016; con specifico riferimento ai temi qui trattati, v. F. Ferrari, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, Milano, FrancoAngeli, 2023.
[8] L'art. 9, comma 3, l. n. 40/2004 al comma 3 prevede, inoltre, 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».

Il senso di questa "norma di chiusura" e della protezione che vi è contenuta appare chiaro: il minore deve essere garantito anche, e forse soprattutto, rispetto ai ripensamenti del mondo adulto, e quindi anche rispetto a chi si era impegnato ad accoglierlo, assumendosene la responsabilità. La necessità di vincolare la coppia al consenso espresso all'atto dell'accesso alla tecnica procreativa, e dunque di apprestare un'adeguata protezione al *best interest* del bambino, giustifica, così, il consolidamento di uno *status* costruito a partire da una dichiarazione non veridica, di una condizione – quella di figlio legittimo – che appare fondata non sullo *ius sanguinis* ma sulla *voluntas*.

§ 2. – *L'insostenibile "fluidità" dello* status *di nato da PMA*

L'approvazione della l. n. 40/2004 e gli istituti cui essa affida la tutela del nato da fecondazione artificiale non rappresentano che l'inizio di questa storia.

Già all'indomani della sua approvazione, infatti, la legge è l'oggetto di numerosi interventi del giudice costituzionale, grazie ai quali vengono corretti i numerosi squilibri e le irragionevolezze che la affliggono.

Di questo percorso, che può sembrare realizzi quasi la "riscrittura" del testo voluto dal legislatore del 2004, fa parte anche la sentenza n. 162/2014[9], che sanziona l'illegittimità del divieto assoluto di eterologa. Questa decisione, a dire il vero, si distingue dalle precedenti, perché ad essa segue il cedimento di uno dei pilastri su cui poggiava la *ratio* della l. n. 40/2004: il riconoscimento del diritto di accedere alla fecondazione eterologa, pur garantito alle sole coppie "tradizionali", determina il ridimensionamento del principio dell'autosufficienza procreativa della coppia. Il *dictum* della Corte, forse ben al di là delle sue stesse intenzioni, finisce, infatti, con l'indicare nel consenso un possibile fondamento del rapporto di filiazione, introducendo, così, un principio alternativo a quello voluto dal legislatore. Dunque, a dispetto della dichiarata volontà di mantener fermo il modello di famiglia e di filiazione fissato nella l. n. 40/2004, vengono poste le premesse perché la

[9] È questa una sentenza che ha impresso una profonda trasformazione al "diritto di procreare artificialmente" e che, proprio per questo, è stata l'oggetto di un importante dibattito. Ad un tal proposito, e senza alcuna pretesa di essere esaustivi, v. P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *www.forumcostituzionale.it*; A. D'Aloia, *Quel che resta della legge 40*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 1 ss.; C. Tripodina, *Il diritto a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, *ivi*, 67 ss.; M. D'amico, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, *ivi*, 13 ss.; S. Agosta, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, *ivi*, 89 ss.; G. Capizzi, *Questioni vecchie e nuove su* status filiationis *e PMA. Breve cronistoria*, *ivi*, 111 ss.

cogenza ed unicità di quel "paradigma" siano messe in discussione, perché il sistema di limiti che doveva piegare l'accesso alla PMA all'imitazione della natura venga definitivamente scardinato.

L'affermazione del "diritto incoercibile"[10] al figlio, di cui la Corte si era servita per forzare la *ratio* della legge, diviene, infatti, il vessillo agitato da quanti vedono ancora disattesa l'aspettativa, percepita vieppiù come legittima, di formare una famiglia con figli. Ed è un'aspettativa che spinge a varcare i confini nazionali ed a recarsi nei paesi nei quali la PMA eterologa è aperta anche alle coppie omosessuali e la surrogazione di maternità è consentita o non è espressamente vietata.

Origina da queste vicende, dai viaggi che vengono intrapresi per realizzare la «scelta, incoercibile, di dar vita ad una famiglia con figli»[11], la particolare conformazione impressa al "problema" dello *status* del bambino concepito all'estero tramite il ricorso a tecniche procreative ancora vietate in Italia.

E sono vicende, queste, che interrogano l'ordinamento in merito al riconoscimento del rapporto di filiazione che lega il nato alla coppia, "tradizionale" o *same sex*, che ha espresso il consenso alla PMA eterologa o alla surrogazione di maternità; vicende che sembrano prospettare "topografie del conflitto"[12] quasi sempre sovrapponibili, ma che, ciononostante, accedono a criteri solutivi spesso molto distanti fra loro; di modo che, il grado di protezione accordato al *best interest* del minore finisce con l'essere solo una "variabile dipendente" di fattori altri: la composizione della coppia, il luogo di nascita, la tecnica procreativa impiegata.

Accade, così, che il figlio di una coppia eterosessuale, nato da fecondazione eterologa, goda di uno *status* blindato: il combinato disposto degli artt. 8 e 9, l. n. 40/2004, renderà la sua condizione – quella di «figlio nato in costanza di matrimonio» ovvero «riconosciuto dai genitori» – irreversibile, perché sottratta alle azioni di stato che mirano a provocarne il disconoscimento[13].

Analoga sorte, seppur seguita ad un percorso più lungo e non poco tortuoso, sembrerebbe destinata al figlio di una coppia di donne, nato all'estero grazie alla PMA eterologa: nulla osta alla trascrizione

[10] Nella sentenza n. 162/2014, 6 del considerato in diritto, il giudice costituzionale scrive: «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 che essere incoercibile, 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».

[11] Corte cost., n. 162/2014.

[12] R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 62 ss.

[13] L'art. 9, comma 1, l. n. 40/2004 fa espresso riferimento alla «azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall' articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile [ed al]l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice».

del certificato di nascita rilasciato dallo stato in cui il concepimento ed il parto sono avvenuti, e, per questa via, al riconoscimento del rapporto di filiazione che lega il bambino ad entrambe le madri, anche a quella non biologica.

La protezione di cui questi figli finiscono con l'usufruire, inaugurata dalla celebre sentenza della Corte di cassazione n. 19599 del 2016[14], è fatta poggiare, però, non sull'applicazione degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004, ma sulla "minor gravità" della condotta ascrivibile alle due genitrici, colpevoli di aver infranto un divieto, quello previsto dagli artt. 5 e 12, comma 1 della l. n. 40/2004[15], presidiato da una sanzione solo amministrativa. Dunque, una colpa "lieve" e che, proprio per questa ragione, non impedisce agli atti di nascita che attestano una doppia maternità di fare breccia nella barriera dell'ordine pubblico internazionale, conferendo, così, al bambino ed al legame affettivo che lo unisce alle due genitrici il crisma della legittimità. Ed è proprio il ricorso a questa "ragione" che, a ben vedere, costituisce la premessa del diverso, e discriminatorio, trattamento di cui saranno destinatari altri figli, la cui nascita sia sempre il frutto della violazione dei limiti posti dalla l. n. 40/2004.

La natura del peccato che a queste coppie si imputa non sembra, infatti, sufficiente a garantire il *best interest* del minore che, pur concepito all'estero tramite il ricorso all'eterologa, sia nato in Italia e sia, perciò, sprovvisto del "viatico" – il certificato di nascita straniero – che, solo, può consentirgli di ottenere lo *status* di figlio legittimo della coppia che ha prestato il consenso alla PMA: il bambino avrà solo una madre, indicata, ex art. 269, comma 3, cod. civ., nella donna che lo ha partorito; mentre il rapporto affettivo che lo lega alla seconda genitrice, foss'anche la "madre d'ovulo" e quindi genetica, troverà protezione nell'istituto dell'adozione in casi particolari, previsto agli artt. 44 e ss. della legge del 4 maggio 1983 n. 184.

Dunque, a dispetto di quella che potrebbe sembrare un'indiscutibile sovrapponibilità fra la condizione di questo figlio e quella di chi, invece, sia dotato di un "passaporto" che attesta una "legittima" doppia maternità, si è ritenuto (sebbene non sia facile capire come e perché) che mancassero i presupposti per attivare il ricorso all'*analogia legis*: per la legge italiana solo la donna che ha partorito il bambino ha

[14] Corte di cassazione, sez. I civ., 21 giugno 2016, n. 19599.

[15] L'art. 5, l. n. 40/2004 prevede: «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'art. 12, comma 1, invece dispone: «chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro».

il diritto di essere menzionata come madre nell'atto di nascita. Quello che fa la differenza, quindi, è solo il fatto burocratico del riconoscimento del figlio effettuato e certificato all'estero, anziché in Italia.

Un destino simile accomuna i nati all'estero da surrogazione di maternità: anche questi figli vedono riconosciuto il legame che li unisce al solo genitore genetico, di regola il padre (o uno dei due padri); mentre il rapporto affettivo che li lega al genitore c.d. intenzionale potrà essere garantito, ancora una volta, nella forma dell'adozione in casi particolari. Questa soluzione dispari, che, a dire il vero, sembra oramai consolidata[16] da quando ha trovato conferma nelle decisioni delle Sezioni Unite della Corte di cassazione e del giudice costituzionale[17], muoverebbe dalla considerazione della natura penale della sanzione che accompagna l'illecito ricorso alla Gestazione Per Altri : una sanzione penale – ha sottolineato non da ultimo anche la Corte[18] – giustificata dal *vulnus* che la surrogazione di maternità arrecherebbe a beni assunti come fondamentali dall'ordinamento italiano e che, perciò, sorregge il rifiuto opposto alla richiesta di trascrizione integrale dei certificati di nascita di questi bambini. Dunque, una colpa grave – un peccato "capitale" lo si potrebbe definire – che finisce, però, con il riversarsi, pressocché integralmente, su questi figli; bambini il cui *status legitimitatis* diviene "ostaggio" nel conflitto che contrappone il mondo adulto allo Stato (ed alla comunità che quest'istituzione rappresenta).

La misura del sacrificio che a tutti questi figli (a chi sia nato da surrogazione, ma anche al figlio di due madri nato in Italia) si impone diviene visibile quando si guardi alle regole che ancora disciplinano l'adozione in casi particolari[19]. Ed infatti, nonostante un intervento del giudice costituzionale[20] abbia provveduto a rendere questa forma di adozione simile, almeno negli effetti, a quella c.d. legittimante[21], il

[16] Anche se nel caso di recente deciso dalla Corte EDU (I sez., 31 agosto 2023, Cc. Italia, Ricorso 47196/21), l'ufficio di stato civile aveva rifiutato la trascrizione parziale dell'atto di nascita, invitando il genitore biologico ad effettuare il riconoscimento del bambino nella forma dell'art. 250 c.c.

[17] Corte di cassazione, sez. un. civ., 8 maggio 2019, n. 12193; Corte di cassazione, sez. un. civ., 30 dicembre 2022, n. 38162; Corte costituzionale, 18 dicembre 2017, n. 272; Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33.

[18] Corte cost., n. 272/2017.

[19] In tale prospettiva si v. le interessanti considerazioni di A. Cordiano, *Diritto d'amore e responsabilità civile*, in *www.giustiziainsieme.it*, 5 aprile 2024.

[20] Corte costituzionale, 28 marzo 2022, n. 79.

[21] V. G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata*, in *www.questionegiustizia.it*; N. Chiricallo, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in *www.rivistafamilia.it*, 17 Maggio 2022; F. Ferrari, *Interesse del minore e tecniche procreative*, cit., 108 ss.; E. Crivelli, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 5/2022; M.C. Carbone, *Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte traccia il sentiero per il riconoscimento giuridico della "famiglia sociale"*, in *www.consultaonline.org*, n. 3/2022, 1155 ss.; M.C. Errigo, *Garanti-*

suo perfezionamento rimane ancora subordinato ad un duplice ordine di condizioni: la richiesta di adozione del genitore sociale ed il consenso che ad essa abbia prestato il solo genitore legittimo del bambino, quello biologico. Lo *status* di questi figli viene, così, reso permeabile alle vicende che travagliano il mondo adulto; alle quali il minore è, e rimane, estraneo, ma dalle quali, alla fine, dipende il consolidamento giuridico del rapporto di filiazione che lo unisce al genitore non genetico e le tutele che dalla certezza di tale condizione discendono.

Questa rappresentazione, seppur sommaria, della diversità di soluzioni cui "tipi di problemi" simili accedono, restituisce l'immagine di uno *status filiationis*, quello dei bambini concepiti all'estero in violazione della l. n. 40/2004, connotato da un'irriducibile "fluidità": non soltanto la sua stabilizzazione (dello *status*, cioè) dipende da fattori spesso estranei alla considerazione del *best interest* del minore, ma, soprattutto, sembra subire l'influenza di indirizzi giurisprudenziali che stentano a consolidarsi, e che nemmeno la Corte di cassazione nell'esercizio della sua funzione nomofilattica appare in grado di dominare.

Innanzi ad un tale quadro, segnato dall'infrangersi della certezza del diritto contro "l'irriducibile varietà" del concreto[22], diviene necessario approfondire le ragioni giuridiche che motivano i differenti gradi di protezione riservati a questi figli, interrogarsi sulla fondatezza delle distinzioni che le sorreggerebbero e, non da ultimo, sulla loro coerenza ai principi costituzionali.

§ 3. – *Di fraintendimenti e prospettive: le colpe dei padri e l'innocenza dei figli*

Ad esaminare con attenzione gli argomenti cui si è affidato il compito di motivare queste diverse soluzioni – e le discriminazioni che, così, si introducono – può, forse, sorgere il dubbio che esse, alla fine, siano il frutto di un "errore di prospettiva"[23]; un errore che ha portato a non considerare a sufficienza la condizione del bambino ed il suo miglior interesse, concentrandosi, invece, sulla condotta del mondo adulto e sulle norme che la sanzionano.

Questa distonia, e l'equivoco che vi è sotteso, divengono visibili quando si esaminino le *rationes* poste a sostegno delle decisioni che hanno concorso a rendere "fluido" lo *status* di questi figli.

---

re le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022, in *www.osservatorioaic.it*, 7 Giugno 2022.

[22] Corte costituzionale, sentenza del 21 ottobre 2015, n. 221.

[23] G. Barcellona, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2023, 267.

È lo stesso giudice costituzionale ad indicare, in occasione della sentenza n. 162/2014, le norme che avrebbero dovuto regolare lo stato giuridico del figlio di una coppia tradizionale nato grazie al ricorso alla PMA eterologa, ed individuate negli artt. 8 e 9 della stessa l. n. 40/2004: il bambino si vedrà riconosciuto lo stato di «figlio nato nel matrimonio o riconosciuto dalla coppia»; nei suoi confronti, inoltre, non potrà essere esercitata l'azione di disconoscimento della paternità, né le azioni fondate sull'art. 263 cod. civ. Dunque, un'applicazione diretta della disciplina destinata, almeno in parte, ai soli nati da fecondazione omologa, che trova fondamento – nel ragionare della Corte – nella «genericità»[24] della locuzione contenuta al comma 1 dell'art. 8, l. n. 40/2004, e, più ancora, nella circostanza che la fecondazione eterologa vi è assunta quale «*species* del *genus*»[25], più ampio, della PMA.

Questa soluzione viene, invece, esclusa – e non si capisce molto come e perché – nel caso in cui il bambino sia nato all'estero, sempre grazie alla fecondazione eterologa, da due donne. Questi figli, infatti, riescono ad ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione che li lega ad entrambe le genitrici non in forza dell'applicazione diretta degli artt. 8 e 9 l. n. 40/2004, ma solo perché il divieto di eterologa, che ancora esclude le coppie *same sex* dall'accesso alla PMA, è assistito da una sanzione solo amministrativa[26]: il certificato di nascita che attesta la doppia maternità è il veicolo legale del riconoscimento, la via traversa che riesce, perciò, a superare la barriera dell'ordine pubblico internazionale ed a produrre effetti anche nell'ordinamento italiano. Dunque, una protezione pressoché sovrapponibile a quella indicata dal giudice costituzionale[27], ma conseguita al termine di un percorso non proprio lineare, costruito com'è a partire dall'impossibilità di procedere all'applicazione diretta delle norme della l. n. 40/2004 della quale si stenta a trovare e comprendere il fondamento.

[24] Così, Corte cost., n. 162/2014, 11.1 considerato in diritto.

[25] Corte cost., n. 162/2014, 11.1 considerato in diritto.

[26] Corte cass., sez. I civ., n. 19599/2016. Fa, forse, eccezione la Corte di cassazione (sez. civ., 15 giugno 2017, n. 14878) che, in effetti, rinvia ad una tale disposizione per motivare la legittima costituzione del rapporto di filiazione in capo a quella delle due madri priva di ogni legame genetico con il bambino nato da PMA eterologa. E tuttavia – preme comunque osservare – l'accesso alla tutela fornita dall'art. 9 l. n. 40/2004 rimane subordinato ad una questione, che evidentemente si ritiene pregiudiziale e che è indicata nella compatibilità del certificato di nascita del bambino con l'ordine pubblico internazionale.

[27] E però l'aver costruito la trascrivibilità di questi certificati di nascita sulla "non contrarietà all'ordine pubblico", invece che sull'applicazione del regime speciale delineato agli artt. 8 e 9 l. n. 40/2004, rischia di esporre il bambino ad azioni che mirino a demolirne lo *status*, muovendo dall'assenza di un legame genetico con la madre intenzionale. Un tale fondamento della trascrizione coniugato con l'orientamento generalmente restrittivo in ordine all'applicazione degli artt. 8 e 9 (v. appresso nel testo) potrebbe far pensare, infatti, che il "certificato" non basti ad impedire l'esperimento dell'azione codicistica di disconoscimento per il difetto dello *ius sanguinis*.

Quest'ordine discutibile di argomentazioni ha certo avuto il pregio di consentire la trascrizione dei certificati di nascita di questi figli[28]; cionondimeno, proprio un tal modo di ragionare, che scarta l'applicazione diretta degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004, può ritenersi sia alla base della diversa ed inferiore tutela accordata a chi, pur concepito all'estero da due donne che abbiano fatto ricorso all'eterologa, sia nato in Italia. In questo caso, infatti, la formazione di un certificato di nascita che attesti che il bambino è figlio di due madri sarebbe esclusa dall'ordinamento italiano[29]: questa conclusione viene motivata muovendo dagli artt. 4 e 5 della stessa l. n. 40/2004, che definiscono i requisiti di accesso alla PMA; requisiti che ancora vietano alle coppie omosessuali di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, come, d'altronde, è confermato da una oramai costante giurisprudenza costituzionale[30]. Né – ha di recente ribadito la Corte d'appello di Milano[31] – in questi casi potrebbe trovare applicazione l'art. 8 della l. n. 40/2004: «la disposizione, infatti, non può essere letta in aperto e stridente contrasto con le altre norme contenute nella legge, in senso contrario alla volontà del legislatore», il quale – si aggiunge – ha espressamente inteso la PMA come tecnica utile alla cura dell'infertilità delle coppie eterosessuali, e non, invece, come strumento funzionale alla realizzazione di «qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia reputi essenziale»[32].

La scelta di applicare il divieto di eterologa «in relazione a tutti gli atti di nascita formati o da formare in Italia, indipendentemente dal

[28] Ad un tal proposito si v., senza alcuna pretesa di essere esaustivi, G. Ferrando, *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, in *www.geniusreview.eu*, n. 1/2019, 4 ss.; U. Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4/2019, 738 ss. Su posizioni diverse, C. 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 S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, 136 ss; F. Ferrari, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *Rivista BioDiritto*, n. 2/2020, 169 ss.

[29] Così, Corte di cassazione, sez. I civ., 3 aprile 2020, n. 7668.

[30] Già in occasione della sentenza n. 162/2014, la Corte chiariva: «la dichiarata illegittimità del divieto non incide sulla previsione recata dall'art. 5, comma 1, di detta legge, che risulta ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo (come già a quella di tipo omologo); quindi, alla stessa possono fare ricorso esclusivamente le "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi"». Un indirizzo, quest'ultimo, confermato dalla successiva sentenza del 23 ottobre 2019, n. 221, ove si ribadisce 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. 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».

[31] Corte d'appello di Milano, decreto del 23 gennaio 2024.

[32] Corte cost., n. 221/2019, punto 16 considerato in diritto.

luogo ove sia avvenuta la pratica medica di fecondazione»[33] procede, dunque, da un orientamento ermeneutico, il quale esclude l'applicazione di una normativa – gli artt. 8 e 9 l. n. 40/2004 – che, invece, ben potrebbe ritenersi una disciplina "speciale" della filiazione eterologa (e la cui applicazione dipende, solo ed esclusivamente, dalla circostanza che si sia ricorsi ad una tale tecnica procreativa per concepire il bambino): e cioè una *lex* destinata a regolare lo *status* di chi sia nato grazie a questa tecnica procreativa (ovunque partorito e quale che sia la coppia che lo ha "voluto"), al solo scopo di sottrarlo alla disciplina "generale" della filiazione contenuta nel codice civile.

Né ad una conclusione diversa si arriverebbe – stando sempre alle indicazioni che provengono dal giudice di legittimità – quando il bambino, nato in Italia, abbia nelle due genitrici, rispettivamente, la madre partoriente e quella "d'ovulo": «la circostanza che a fondamento della domanda di rettificazione sia stata posta l'esistenza di un legame genetico fra il nato e la donna sentimentalmente legata a colei che ha sostenuto il parto […] non cambia la sostanza delle cose. Non è invero decisiva in vista di una soluzione diversa, perché – spiega la Corte di cassazione[34] – non è in grado di incidere sull'essenziale rilievo secondo cui la legge nazionale si contiene nel senso che è una sola la persona che può essere menzionata come madre in un atto di nascita». Di fronte alla cogenza delle norme che escludono le coppie omosessuali dall'accesso alla fecondazione eterologa finisce, così, con il retrocedere anche lo *ius sanguinis* e, con esso, la disciplina codicistica della filiazione che su tale fondamentale principio è interamente modellata.

Completano questa rappresentazione, seppur sommaria, le decisioni, e gli argomenti, con i quali si è motivata la trascrizione, solo parziale, dei certificati di nascita dei bambini nati all'estero da GPA. Vicende, queste, rese complesse da almeno un duplice ordine di fattori: la natura penale della sanzione che accompagna il divieto di surrogazione e l'assenza di una disposizione che, similmente all'art. 9, l. n. 40/2004, regoli espressamente lo *status* di chi sia nato dall'illecito ricorso ad una tale pratica procreativa. Proprio a causa di questa "volontaria" omissione del legislatore si è, infatti, ritenuto che la sola norma utile a risolvere le numerose questioni che gli atti di nascita dei bambini "surrogati" prospettano sia, alla fine, l'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, che punisce con la reclusione fino a due anni «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza […] la surrogazione di maternità». Ed è proprio questo il problema: la gravità della condotta ascrivibile al mondo adulto ed il *vulnus* che essa arreca a beni

[33] Corte d'appello Milano, decreto del 23 gennaio 2024.
[34] Corte di cassazione, sez. I civ., 25 febbraio 2022, n. 6383.

giuridici che si assumono fondamentali: «la maternità surrogata […] – dichiara il giudice costituzionale[35] – offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Ed è proprio il "valore" della dignità oggettiva della donna a richiedere che il nato da GPA possa essere l'oggetto dell'azione di cui all'art. 263, cod. civ., un'azione che si assume posta a garanzia di un «interesse alla verità [che presenta] natura pubblica» e che, perciò, impone «di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità»[36]. Un orientamento, questo, che appare confermato anche dalla successiva sentenza n. 33/2021[37], con la quale il giudice costituzionale dichiara che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»; e che, proprio per una tale ragione, «gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità»[38].

Le politiche di deterrenza statali potrebbero, perciò, motivare la pretermissione del *best interest* del bambino e giustificare, così, il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione che lo lega al genitore d'intenzione[39].

La descrizione, per quanto concisa, degli argomenti che hanno motivato il diverso, ed inferiore, grado di protezione cui tutti questi figli accedono sembra confermare il "vizio prospettico" a partire dal quale si sono affrontate e risolte le questioni sollevate dai loro atti di nascita: la *ratio discriminandi* sembrerebbe risiedere non nella condizione del bambino, né nella differente valutazione del suo miglior interesse, ma nel comportamento del mondo adulto e nell'offesa che esso ha arrecato a "valori" che la comunità reputa fondamentali. Dunque, ancora una volta, all'interrogazione che attiene allo *status* del nato ed

[35] Corte costituzionale, 18 dicembre 2017, n. 272, 4.2 considerato in diritto.
[36] Corte cost., n. 272/2017.
[37] Corte costituzionale, 28 gennaio 2021, n. 33, 5.6 considerato in diritto.
[38] Corte costituzionale, n. 33/2021, 5.6 considerato in diritto.
[39] Anche se in questa sentenza il giudice costituzionale ritiene "insufficiente" la protezione assicurata all'interesse del minore dall'istituto dell'adozione in casi particolari: «il possibile ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184, […] – vi si legge – costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati». Per una critica della decisione della Corte, v. R. Bin, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, 145 ss.; A. Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, *ivi*, 21 ss.; ma si consenta il rimando anche a G. Barcellona, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, *ivi*, 59 ss. Su posizioni diverse, v., invece, F. Ferrari, *L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'ufficiale di stato civile)*, cit., 127 ss.; A. D'Aloia, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, *ivi*, 73 ss.; C. Masciotta, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2021, 192 ss.

al suo *best interest* si risponde con le norme che disciplinano il comportamento del mondo adulto, ossia con le norme che regolano l'accesso alle tecniche di PMA e che vietano, in modo più o meno categorico, gli accordi di surrogazione e la fecondazione eterologa.

§ 4. – *Gli argomenti giuridici e lo spirito punitivo*

La volontà di contenere il ricorso alla PMA entro i limiti definiti dal legislatore del 2004 e l'errore di prospettiva che ne discende, oltre a poggiare su ragioni opinabili, può sembrare conducano ad incoerenze e discriminazioni difficilmente compatibili con il principio di eguaglianza cui l'ordinamento costituzionale si informa.

Ci si riferisce, in modo particolare, all'intensità "variabile" che alcuni principi e argomenti, che dovrebbero giustificare la compressione del *best interest* dei nati in violazione delle norme della l. n. 40/2004, presentano. Sono *topoi* che ricorrono nelle decisioni in materia di *status* dei nati da GPA (ed è questo un ragionamento che si è esteso anche ai figli di due madri nati in Italia), ai quali si è fatto appello per motivare la trascrizione solo parziale dei certificati di nascita e l'adeguatezza della protezione offerta dall'istituto dell'adozione in casi particolari.

In questa prospettiva, viene, inevitabilmente, in rilievo il richiamo al valore fondamentale della "dignità" della donna, chiamato a giustificare l'elevazione del divieto di surrogazione a principio di ordine pubblico internazionale[40]. È una dignità oggettiva quella cui sembrano riferirsi il giudice costituzionale e la Corte di cassazione[41], la quale imporrebbe che ogni uomo sia sempre trattato e considerato alla stregua di un fine e mai come un mezzo; una dignità che, per questo, si dà come limite all'autodeterminazione individuale e che, nella specie, esclude che la donna possa liberamente disporre della propria capacità procreativa, per divenire strumento dell'altrui desiderio di avere un figlio[42].

Quello che desta qualche perplessità in questa comprensione della dignità umana, che sembra evocare categorie kantiane[43], è il suo prospettarsi come "valore" disincarnato e, per ciò stesso, lontano dalla dignità sociale dell'art. 3, comma 2 della Cost., la quale esige che ven-

[40] Corte cass., sez. un., n. 12193/2019.

[41] Corte cass., sez. un., n. 38162/2022, dove si legge: «la dignità ferita dalla pratica di surrogazione chiama in gioco la sua dimensione oggettiva». Ma questa declinazione della dignità sembra implicita anche in Corte costituzionale, n. 272/2017.

[42] Corte cass., sez. un., n. 38162/2022, che assume che gli accordi di surrogazione trasformerebbero la donna in «strumento per funzioni riproduttive».

[43] In tal senso, v. C. Tripodina, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 136.

gano rimossi gli "ostacoli di ordine economico e sociale" che privano la donna della libertà di scelta, costringendola ad alienare la propria capacità procreativa. Dunque, una dignità – quella costituzionale – che potrebbe, forse, far considerare in modo differente gli accordi di surrogazione che rispondano alla logica del dono piuttosto che a quella dello scambio. Sicché si può anche pensare che sia questa la ragione per cui i giudici di legittimità si ostinino a tralasciare l'art. 3, comma 2, Cost. e preferiscano, invece, evocare a fondamento del divieto assoluto di surrogazione la dignità oggettiva e la sua strutturale indifferenza alla natura onerosa o gratuita dell'accordo: «indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante, – declama la Cassazione[44] – la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale».

Ma è proprio l'insistere sulla dignità oggettiva, e quindi l'insistere su un "valore fondamentale" che «preclude qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta»[45], a far sorgere il dubbio che un tale argomento sia chiamato ad assolvere una funzione prevalentemente retorica; il dubbio che di esso ci si serva per oscurare la reale "topografia del conflitto"[46] ed il bilanciamento che vi è applicato, onde sottacere, almeno in parte, quale sia l'istanza effettiva che spinge al sacrificio dell'interesse del minore.

Quest'istanza effettiva, però, alla fine trapela. Quando si leggano con attenzione i passaggi delle decisioni del giudice costituzionale nei quali si inscena il conflitto fra diritto allo *status* del bambino e dignità della madre gestante si intravede dietro quest'ultima un interesse diverso da quello riferibile alla donna. Nella sentenza n. 272/2017, infatti, la dignità prende ad essere declinata con la verità: «l'interesse alla verità» che legittima l'esercizio delle azioni previste all'art. 263 cod. civ. presenta una «natura pubblica», perché – si motiva – la «surrogazione di maternità offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Allo stesso modo, nella sentenza n. 33/2021 la Corte spiega che «gli interessi del minore dovranno essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore». Dunque, in ambedue i casi il richiamo al valore "intransigente" della

[44] Corte di cassazione., sez. un., n. 38162/2022.
[45] Corte di cassazione., sez. un., n. 38162/2022.
[46] R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., 1992, 62 ss.

dignità oggettiva, che si sottrae ad ogni bilanciamento[47], consente di distorcere la reale mappa del conflitto e di far prevalere sul *best interest* del minore un interesse collettivo, che vi è denominato, alternativamente, come "verità sui fatti della procreazione" o come efficacia delle politiche di deterrenza.

Questa conclusione sembra avvalorata da un duplice ordine di incoerenze nelle quali, alla fine, gli argomenti del giudice costituzionale e della Corte di cassazione può sembrare inciampino.

Proprio il ripetuto richiamo alla dimensione oggettiva della dignità, che – chiariscono le Sezioni Unite[48] – va «riferita al valore originario, non comprimibile e non rinunciabile di ogni persona», induce a portare l'attenzione su un'assenza che marca la "topografia del conflitto" che si è, sin qui, descritta: la dignità del figlio. Quest'ultimo, infatti, non soltanto è l'oggetto di un accordo – quello di surrogazione – che lo relega al ruolo di merce di scambio, ma – come se ciò non bastasse – diviene strumento su cui sono costruite le politiche dissuasive statali, "mezzo" con cui sanzionare progetti genitoriali che la comunità considera illegittimi. Con in più un'aggravante: a differenza della madre gestante, che, pur in stato di difficoltà, ha dato l'assenso al contratto di surrogazione e ne ha tratto una qualche utilità (eventualmente anche "morale"), il figlio non ha avuto alcuna possibilità di scelta: tanto nelle vicende che riguardano la sua nascita, che in quelle che attengono al suo *status filiationis*, il suo ruolo è quello di mezzo utile al perseguimento degli interessi del mondo adulto. Dunque, una strumentalizzazione del figlio e del suo stato giuridico, e perciò della sua stessa dignità, che viene posta al servizio di un fine che, a questo punto, si assume preminente: scoraggiare il ricorso ad una "pratica degradante", che offende in modo intollerabile la dignità della donna.

Questa permeabilità del *best interest* del minore a istanze ad esso estranee, perché riferibili alla comunità intera ed ai (pre)giudizi che la abitano e che investono gli archetipi della maternità e della famiglia, può sembrare si riscontri anche negli argomenti che hanno portato a sanzionare l'adeguatezza della tutela garantita a questi figli dall'adozione in casi particolari.

Un recente intervento della Corte costituzionale[49] ha equiparato, almeno negli effetti, l'adozione speciale, cui questi "figli minori" possono accedere, a quella c.d. legittimante, di modo da consentire al bambino di divenire membro della famiglia dell'adottante; tuttavia, nonostante sia indubbio l'ampliamento della protezione che, in questo

[47] G. Silvestri, *Considerazioni sul valore della dignità della persona*, in *www.rivistaaic.it*, 14 marzo 2008.

[48] Corte cass., sez. un., n. 38162/2022.

[49] Corte cost., n. 79/2022.

modo, si garantisce ai nati da GPA (e a tutti gli altri figli cui è negato il riconoscimento del rapporto con il genitore sociale), questa soluzione sembra ancora presentare almeno un duplice ordine di inconvenienti: il suo perfezionamento rimane subordinato alla richiesta di adozione presentata dal genitore sociale ed al consenso di quello biologico.

A dispetto di questi limiti, però, le Sezioni Unite hanno affermato, in modo un po' farisaico, che quest'istituto realizzerebbe una garanzia del *best interest* del minore addirittura maggiore di quella che discenderebbe dalla trascrizione degli atti di nascita, perché ancorata «a una verifica in concreto dell'attualità del disegno genitoriale e della costante cura in via di fatto del bambino»[50]. Né – proseguono i giudici di legittimità – la validità di questo "modello di accoglienza", costruito sulla «responsabilità che consegue all'aver condiviso e attuato un progetto genitoriale comune»[51], sarebbe messa in forse dalle due criticità cui si è fatto prima riferimento: «è possibile superare la rilevanza ostativa del dissenso [del genitore biologico] all'adozione in casi particolari […], – si legge nella sentenza n. 38162/2022 – tenendo conto che il contrasto rischia […] di sacrificare uno dei rapporti sorti all'interno della famiglia nella quale il bambino è cresciuto, privandolo di un rapporto che potrebbe essere fondamentale per la sua crescita e il suo sviluppo». Allo stesso modo, alla mancata presentazione dell'istanza d'adozione da parte del genitore sociale potrebbe sopperirsi – si argomenta[52] – attraverso la ricerca di «strumenti affinché siano riconosciuti al minore, in una logica rimediale, tutti i diritti connessi allo *status* di figlio anche nei confronti del committente (sic) privo di legame biologico».

Quest'orientamento interpretativo, non a caso definito «davvero molto evolutivo» dalla Corte d'appello di Brescia[53], oltre a prospettare un'applicazione "selettiva" della disciplina dell'adozione in casi particolari, e, per questo, non del tutto consona all'integralità che, invece, connota la logica dell'analogia[54], sembra incorrere in una non trascurabile contraddizione.

[50] Corte cass., sez. un., n. 38162/2022.
[51] Corte cass., sez. un., n. 38162/2022.
[52] Corte cass., sez. un., n. 38162/2022.
[53] Corte d'Appello di Brescia, 30 novembre 2023, n. 276.
[54] Sul percorso "evolutivo" compiuto dall'istituto dell'adozione in casi particolari v. G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa peri figli nati da maternità surrogata?*, in *www.questionegiustizia.it*, 2 ss. Ciò che, qui, si vuole provare ad evidenziare è altro: la "pretesa" interpretazione estensiva (sui cui limiti v. F. Ferrari, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, cit., 115 ss.), che ha consentito di utilizzare l'adozione in casi particolari per dare veste giuridica al rapporto affettivo che lega questi figli ai genitori non biologici, imporrebbe l'applicazione "integrale" del regime che connota quest'istituto. Ma se così, non si vede quale canone ermeneutico possa giustificare l'utilizzo selettivo di questa normativa, estromettendone proprio i principi che – a dire del giudice costituzionale (n. 79/2023) – ne definiscono la «specificità».

L'asserita "superiorità" di questa forma di adozione nel garantire l'interesse "in concreto" dei nati in violazione delle norme che regolano l'accesso alla PMA sembra, invero, smentita dallo stesso art. 9 della l. n. 40/2004, che – lo si ricorda – era chiamato a regolare lo stato giuridico del bambino concepito grazie all'allora illecito ricorso alla fecondazione eterologa. Per questi figli il legislatore del 2004 aveva inteso predisporre una protezione destinata ad operare proprio contro gli eventuali ripensamenti del genitore non genetico, una "barriera" che ne rendesse lo *status*, e quindi i diritti, impermeabili proprio alle vicende che travagliano il mondo adulto. Dunque, anche innanzi all'eventuale implosione della coppia e del progetto genitoriale comune – perché è proprio questo il caso che motiva la prescrizione dell'art. 9 l. n. 40/2004 – il miglior interesse del minore è, comunque, indicato normativamente nel mantenimento della condizione di "figlio legittimo o riconosciuto della coppia".

Ma non è solo che l'adozione in casi particolari, nonostante le interpretazioni "evolutive" di cui è stata l'oggetto, sembra mancare proprio l'obiettivo che per il legislatore del 2004 era, con tutta evidenza, prioritario: blindare lo *status* del bambino. È anche che le "correzioni" impresse a questa adozione speciale, e il suo conseguente avvicinamento all'adozione legittimante, può sembrare siano perseguite[55] col solo scopo di creare un percorso "alternativo" per questi figli, una via parallela ma "minore": gli "effetti automatici" che proverrebbero dalla trascrizione vengono sospesi e condizionati alle scelte della coppia genitoriale; quindi, non solo una via più lunga e difficile, ma soprattutto uno stigma, che marchi la nascita di questi figli e testimoni il biasimo della comunità rispetto a progetti genitoriali considerati illegittimi.

Le incoerenze e le forzature che si è provato ad evidenziare e che hanno condotto alla pretermissione dell'interesse del minore può sembrare siano il portato dello spirito punitivo che, in realtà, anima queste decisioni, e che utilizza il "valore" della dignità oggettiva e il preteso "interesse in concreto" del minore per colpire la violazione degli archetipi tradizionali della famiglia e della maternità, i nuovi "tabù" rispetto ai quali anche il canone della coerenza del sistema è fatto arretrare.

[55] A volte anche in danno delle categorie di soggetti cui l'adozione in casi speciali era, almeno in origine, destinata. Sul punto si permetta il rimando a G. Barcellona, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, cit., 273 ss.

§ 5. – *Lo spazio vuoto e la (in)coerenza del sistema*

Questa conclusione si mostra avvalorata dalla praticabilità di percorsi argomentativi diversi, che procedano dalla corretta "messa a fuoco" del tipo di problema che gli atti di nascita di questi figli prospettano invece che dal (pre)giudizio che investe la coppia ed il progetto genitoriale di cui è latrice.

Ed infatti, sgombrando il campo da tali pregiudizi e da un mal inteso rispetto dello spazio della discrezionalità del legislatore[56], ci si avvede che le controversie che hanno ad oggetto il riconoscimento del rapporto di filiazione che lega il nato da eterologa alla madre non genetica potrebbero, anzi devono, essere risolte attraverso l'applicazione diretta degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004.

In tal senso sembrano, infatti, deporre la lettera di tali enunciati e la *ratio* che vi è sottesa e, non da ultimo, la stessa interpretazione che di queste disposizioni aveva dato il giudice costituzionale in occasione della sentenza con la quale è stata dichiarata l'illegittimità del divieto assoluto di eterologa.

In quell'occasione, invero, la Corte aveva chiarito che «dalle norme vigenti è già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo che, […], è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi». E così, l'applicazione diretta dell'art. 8, l. n. 40/2004 ai nati da eterologa veniva argomentata a partire dalla "genericità" della formula che vi è utilizzata: «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli [nati nel matrimonio] o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime»[57]; una formula, quella dell'art. 8, che – come chiariva la Corte – non può discriminare fra fecondazione omologa ed eterologa, dal momento che la seconda altro non è che «una *species*»[58] della prima; ma anche una for-

[56] La Corte costituzionale (9 marzo 2021, n. 32), pur avendo constatato la discriminazione di cui sono vittima i figli di due madri che siano nati in Italia, assume che non sia nei suoi poteri intervenire e ripristinare il rispetto degli artt. 2, 3 e 30 Cost.: «al riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore, che ha pieno riscontro nei richiamati principi costituzionali, questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio. Serve, ancora una volta, attirare su questa materia eticamente sensibile l'attenzione del legislatore, al fine di individuare, come già auspicato in passato, un "ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana"». È tuttavia possibile osservare che la rimozione di questa disuguaglianza sarebbe seguita alla semplice applicazione diretta degli artt. 8 e 9, l. n. 40/2004; e che la sola ragione che sembra aver impedito al giudice costituzionale di riaffermare il principio dell'inviolabilità e priorità dell'interesse del minore sia il "pregiudizio" che investe le "coppie omogenitoriali". Dunque, ancora una volta, una strana forma di "strabismo", che porta ad interrogarsi sul grado di accettazione del fenomeno della "omogenitorialità" (emblematica, in tal senso, Corte cost. n. 221/2019), e non, invece, sulle norme che compongono l'ordinamento giuridico e che, già, tutelano i diritti di chi sia nato dall'illecito ricorso alla PMA eterologa.

[57] Corte cost., n. 162/2014.

[58] *Ibidem*.

mula – si potrebbe aggiungere – che non si presta a distinguere i bambini in base alla composizione della coppia: il figlio di due madri, al pari di qualsiasi nato da PMA eterologa, deve poter accedere allo stato di «figlio riconosciuto dalla coppia che ha espresso il consenso» (art. 8, l. n. 40/2004) alla tecnica procreativa.

Analoghe osservazioni sembra possano ripetersi rispetto all'art. 9, l. n. 40/2004: anche in questo caso, l'espresso richiamo all'illecito ricorso alla fecondazione eterologa non è accompagnato da formule che ne escludano l'applicazione alla coppia *same sex*; di modo che potrebbe predicarsi di questa disposizione quanto si è già affermato per l'art. 8: essa non distingue i nati da eterologa a partire dalla composizione della coppia, ma garantisce sempre il bambino contro gli eventuali ripensamenti del genitore non biologico, sia esso il padre o la seconda madre.

Questa lettura dell'art. 9, d'altronde, sembra trovare conferma nella *ratio* che alla disposizione è sottesa e nel valore che, a partire da essa (*ratio*), va attribuito al consenso espresso dalla coppia che ha deciso di intraprendere il percorso della fecondazione eterologa: un consenso che va correttamente inteso, perché istitutivo della responsabilità dei genitori e dei diritti del figlio, e perciò una *voluntas* che "obbliga" i genitori a «mantenere, istruire ed educare i figli» (art. 30, comma 1, Cost.) e che, così facendo, tutela «la persona nata a seguito di fecondazione assistita anche nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone la responsabilità»[59]. Diversamente, si genererebbe una situazione definita paradossale dalla stessa Corte costituzionale: «i genitori – essi sì colpevoli – andrebbero totalmente indenni da quella responsabilità alla quale, con la procreazione, sono soggetti, secondo ciò che è sancito come principio, valido rispetto a ogni genere di prole, dall'art. 30, primo comma, della Costituzione»[60].

Né sembrano in alcun modo condivisibili le obiezioni che escludono questa comprensione delle disposizioni della l. n. 40/2004, non a caso inserite nel capo dedicato alla "tutela del nascituro", pretendendo di interpretarle alla luce dell'art. 5 della medesima legge, che regola, invece, l'accesso alle tecniche di PMA. Questa lettura, che si vuole sistematica[61], non considera a sufficienza che queste norme sottendono problemi, e quindi risolvono conflitti, profondamente diversi. Ed invero, mentre gli artt. 4 e 5, l. n. 40/2004 definiscono i requisiti di accesso alla PMA, e quindi regolano il conflitto che oppone l'aspetta-

[59] Corte cost., n. 347/1998.

[60] Corte costituzionale, 20 novembre 2002, n. 494.

[61] L'interpretazione sistematica, invero, non viene semplicemente dall'accostare una norma ad un'altra, bensì consiste nell'intendere ciascuna disposizione secondo lo specifico quadro normativo in cui si inserisce e il determinato ordine di problemi che in esso è considerato.

tiva della coppia di avere figli allo Stato; gli artt. 8 e 9, l. n. 40/2004, al contrario, si preoccupano di definire lo stato giuridico del bambino e implicano, perciò, una differente topografia, nella quale si confrontano i diritti del minore ed i doveri dei genitori che hanno dato l'assenso alla fecondazione artificiale.

Ma se così, la disciplina (che tecnicamente si può, e si deve, qualificare come) "speciale" che definisce lo stato giuridico del nato da eterologa, contenuta negli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004, dovrebbe trovare applicazione a prescindere dalla composizione della coppia e dal luogo di nascita del bambino: perché rappresenta una "barriera" destinata a proteggere chi, pur frutto di un progetto genitoriale comune, è privo della protezione che dallo *ius sanguinis* discende e, proprio per questa ragione, rimane esposto alle azioni di disconoscimento costruite sull'assenza di un legame genetico con la madre non biologica.

Più complessa è, invece, la risoluzione degli interrogativi sollevati dai certificati di nascita dei bambini nati all'estero dall'illecito ricorso alla surrogazione di maternità.

È, infatti, difficile che questi figli possano usufruire dell'applicazione diretta degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004. Non tanto perché la coppia genitoriale si sarebbe resa colpevole di quella che viene generalmente considerata una "colpa" grave, ma perché mancherebbero i presupposti per un'interpretazione estensiva della disciplina speciale che definisce lo *status* del nato da eterologa: gli accordi di surrogazione difficilmente possono essere considerati una tecnica procreativa; per essi non può, perciò, ripetersi quanto affermato dal giudice costituzionale in occasione della sentenza n. 162/2014, e cioè che si tratti di una "*species*" del più ampio "*genus*" della PMA.

L'esclusione di un'interpretazione estensiva degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004 non impedisce, però, di considerare l'assenza di una norma che disciplina lo stato giuridico di questi bambini alla stregua di una lacuna in senso tecnico, che richiede si attivi lo strumento dell'*analogia legis*.

La postulazione di una lacuna e l'eventuale utilizzo dello strumento analogico richiedono, però, che si definisca, in via preliminare, il tipo di problema che questi atti di nascita sollevano. Che sembra possa essere prospettato nei termini che seguono: quale trattamento riservare a chi abbia un legame genetico con uno solo dei propri genitori e, inoltre, si trovi ad «essere involontariamente, con la propria stessa esistenza», prova dell'illecito da essi compiuto?

Non vi è dubbio che l'art. 9, l. n. 40/2004 risponda ad una domanda, almeno in parte, simile. Anche il nato da surrogazione, al pari del bambino concepito grazie alla PMA eterologa, è, infatti, geneticamente legato ad uno solo dei due genitori. Ed è una condizione, quest'ul-

tima, che, a seguire il legislatore del 2004, non osterebbe all'acquisizione dello *status legitimitatis*: il consenso alla surrogazione di maternità e il progetto genitoriale cui, in forza di quest'accordo, si è deciso di aderire dovrebbero fondare la responsabilità del mondo adulto, e perciò consentire il valido formarsi di un atto di nascita costituito a partire da una dichiarazione non veridica. Lo *ius sanguinis* non può motivare l'irricevibilità del provvedimento straniero che riconosce il rapporto di filiazione fra bambino surrogato e genitore non biologico.

Né possono considerarsi dirimenti gli argomenti che escludono l'applicabilità dell'art. 9, l. n. 40/2004, muovendo dalla sanzione penale che accompagna il divieto di surrogazione e che testimonierebbe l'elevato grado di disvalore che il legislatore ha inteso attribuire ad una tale pratica procreativa. Questa ragione si presta, infatti, ad essere confutata dalla sentenza della Corte n. 494/2002, che completa il quadro analogico: in quest'occasione, il diritto al riconoscimento formale dello *status filiationis* è ricondotto «all'art. 2 della Costituzione, e [a]l principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali»[62]; un principio, quest'ultimo – prosegue il giudice costituzionale – che «non richiede parole di spiegazione» e che – si rimarca – non lascia margini di discrezionalità alle scelte legislative: «non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto». Né – ragionava, in quell'occasione, la Corte – la discriminazione di cui sono vittima i figli incestuosi (e di conseguenza anche quelli "surrogati") potrebbe trovare fondamento nella protezione dell'"ordine pubblico familiare", che esige che fatti «dalla coscienza sociale considerati alla stregua di attentati all'ordine naturale dei rapporti interpersonali […] restino fuori dall'ordine giuridico e non possano determinare l'attribuzione di *status filiationis*»[63]. L'adozione di misure sanzionatorie – si finiva, così, con il concludere – non può coinvolgere «soggetti totalmente privi di ogni responsabilità – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare»[64].

Dunque, una decisione che, al pari dell'art. 9 della l. n. 40/2004, si propone di rendere il fondamentale diritto allo *status* del figlio "impermeabile" rispetto alle vicende che riguardano, solo ed esclusivamente,

[62] Corte cost., n. 494/2002, 5 considerato in diritto.
[63] Corte cost., n. 494/2002, 6.1 considerato in diritto.
[64] Corte cost., n. 494/2002, 6.1 considerato in diritto.

il mondo adulto[65]; ma soprattutto una sentenza deputata a dirimere un conflitto che può ritenersi presenti una topografia pressocché sovrapponibile a quella prospettata dai certificati di nascita dei bambini surrogati: perché ancora una volta contrappone il *best interest* del minore a istanze che si incardinano nella collettività, e che vi vengono declinate, alternativamente, come interesse pubblico alla "verità", all'efficacia delle politiche dissuasive e, da ultimo, all'"ordine pubblico familiare".

La corretta attivazione dello strumento analogico, e quindi l'interrogazione delle norme che disciplinano lo stato giuridico del figlio e non – come invece si è fatto – la condotta del mondo adulto, finisce, così, con il condurre a soluzioni profondamente distinte da quelle promosse e difese dal giudice costituzionale e dalla Corte di cassazione; soluzioni – si potrebbe ancora aggiungere – che non avrebbero richiesto la "correzione" della disciplina dell'adozione speciale, né sue successive interpretazioni che sembrano rispondere ad una logica "rimediale" (come viene spesso chiamato quest'oltrepassamento del dettato normativo); soluzioni – da ultimo – rispettose della complessiva coerenza del sistema, perché non inquinate dalla volontà di punire, ma costruite sul rigore del ragionamento giuridico.

Abstract

The paper addresses the legal complexities surrounding the status of children born through Assisted Reproductive Technology (ART) in Italy, particularly in the context of Constitutional Court rulings and Law No. 40/2004. The paper critically examines the inconsistent legal protections based on factors like the child's place of birth, the technique used, and the legal recognition of their parentage, emphasizing the contradiction between adult responsibilities and children's rights in ART-related legal disputes.

[65] Ma anche una decisione – quella che si è riportata – che vede prevalere il minore ed il suo "miglior interesse", forse perché, in quest'occasione, il giudice costituzionale non è preoccupato del diffondersi di pratiche incestuose e può, perciò, costruire la sua decisione in coerenza con i principi costituzionali. Sulla sorte dei nati da GPA sembra, invece, pesare l'urgenza di porre un freno ad una pratica procreativa lesiva del "comune sentire" della collettività: un ritorno alla legge biblica del "occhio per occhio", la quale impone di riparare l'offesa subita dalla comunità; ma anche una legge, quella biblica, che sembra lontana dai diritti e dai canoni di equità e giustizia contenuti in Costituzione.

I.3. *Mutamenti taciti della disciplina costituzionale sulla famiglia e sulla filiazione?*

di Maria Pia Iadicicco*

Sommario: § 1. – Le ragioni e il perimetro della ricerca per chiarire l'interrogativo posto nel titolo. § 2. – L'uguaglianza dei coniugi alla prova delle trasformazioni della coscienza sociale. § 3. – Uguaglianza dei figli e superamento delle discriminazioni per le condizioni della nascita. Oltre il testo costituzionale? § 4. – L'art. 29 della Costituzione di fronte alle convivenze e alle unioni tra persone dello stesso sesso.

§ 1. – *Le ragioni e il perimetro della ricerca per chiarire l'interrogativo posto nel titolo*

È piuttosto ricorrente rinvenire nella riflessione giuridica sui temi della famiglia e della filiazione considerazioni molto critiche sul grado di effettività delle disposizioni costituzionali ad esso dedicate[1]. Molteplici e di diversa natura sono le ragioni e le argomentazioni addotte per sostenere una debole normatività o, comunque, un superamento di quelle parti del testo costituzionale; in questa sede si terrà conto di tali opinioni allo scopo precipuo di rispondere all'interrogativo posto nel titolo. Ciò che interessa verificare non è soltanto la possibile evoluzione della disciplina costituzionale che insiste su tale complesso e peculiare ambito materiale, quanto la sua "tenuta" e, precisamente, se sia corretto parlare di una modifica tacita del dettato costituzionale, tacita in quanto compiutasi in forme diverse dalla revisione formale degli enunciati costituzionali, considerato che nessuna disposizione della Costituzione repubblicana, che regoli la famiglia o i rapporti tra genitori e figli, ha subito alcuna modifica testuale dall'epoca della sua entrata in vigore[2].

* Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

[1] La riflessione giuridica in questo campo è veramente sterminata, ci si limita, pertanto e ai fini precipui della ricerca qui condotta, ad alcune limitate ed essenziali citazioni bibliografiche, prevalentemente della più nota dottrina costituzionalistica.

[2] Non sono mancate, comunque, nel corso degli anni alcune proposte di legge di revisione costituzionale degli artt. 29, 30 e 31 Cost.; la maggior parte di esse però non ha avuto alcun seguito, né può dirsi che abbiano suscitato ampio dibattito politico e pubblico (eccezione fatta, probabilmente, solo per la proposta di modifica dell'art. 29, comma 2 Cost. contenuta nel progetto di riforma costituzionale della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali della XI legislatura, presieduta dall'on. Bozzi). Nel corso di questa Legislatura, la XIX, ad oggi risultano presentate soltanto due proposte di legge di revisione costituzionale, rispettivamente degli artt. 31 e 37 Cost. (A.S.1174; A.C.253).

A tal fine e in via preliminare, è indispensabile fare chiarezza sulla nozione di modifica tacita di una costituzione scritta.

La tematica del mutamento informale della costituzione è estremamente ampia, complessa e non priva di persistenti margini di ambiguità, che si possono rinvenire già a partire dalla denominazione e distinzione delle varie categorie concettuali all'uopo elaborate dalla dottrina. Provando a sintetizzare, senza eccessive semplificazioni, un dibattitto a dir poco sconfinato si può certamente convenire sul fatto che la nozione di modifica tacita o informale della costituzione è quella che si realizza in forme diverse dalla revisione del testo costituzionale, ovvero, per l'ordinamento italiano, al di fuori delle forme e dei modi regolati nell'art. 138 Cost. Nondimeno, secondo larga parte della dottrina[3], il concetto di modifica tacita ricomprenderebbe anche quei mutamenti che, senza interessare il testo delle disposizioni costituzionali, ne modificano la portata, trasformando i precetti della Costituzione, i quali permangono immutati, ma comunque trasformati «nel loro significato e nella loro portata» in forza di atti (normativi e di governo) degli organi fondamentali dello Stato, di fatti normativi (consuetudini), della interpretazione giurisprudenziale o anche di meri fatti[4].

Questo dato può prestarsi a valutazioni opposte: per un verso, si potrebbe sostenere che, essendosi già realizzata e consolidata una modifica seppur tacita del disposto costituzionale, sarebbe superflua la revisione formale del testo della Carta costituzionale, già venutasi ad adeguare al nuovo contesto normativo e fattuale; per altro verso, quanto rilevato potrebbe confermare quanto sostenuto da una parte della dottrina, ovvero che alcune innovazioni non sarebbero percorribili neppure mediante la via della revisione costituzionale *ex* art. 138 Cost. Come si avrà modo di approfondire *infra* e con le opportune distinzioni tra i vari disposti costituzionali in materia, a chi scrive sembra che quest'ultimo necessiti non già di revisioni formali, ma di trovare piena attuazione, anche per assicurare adeguata tutela a nuovi interessi, comunque di certo fondamento costituzionale (in particolare dei bambini nati con tecniche di PMA) e sempre assicurando un ragionevole bilanciamento con altri interessi di uguale rango e meritevoli di tutela. Per ulteriormente suffragare la via della attuazione costituzionale, in luogo di una modificazione, si consideri un tema che qui non potrà essere adeguatamente trattato: quello della incentivazione delle nascite, riconducibile all'art. 31 Cost. Al riguardo, al netto della vuota retorica (talvolta anche con curvature palesemente discriminatorie) con la quale si parla di incentivazione della natalità, pare evidente come essa trovi un fondamentale limite, non già nel testo dell'art. 31 Cost. o di altre disposizioni costituzionali, quanto nella carenza di adeguate politiche pubbliche a sostegno della famiglia e della natalità. La scelta di formare una famiglia anche con più figli dipende infatti, oltre che da importanti fattori ideologico-culturali di contesto, anche dalla qualità delle politiche pubbliche per la famiglia ovvero dalla elaborazione ed effettiva attuazione di politiche sociali, coerenti e stabili, come le politiche abitative, di accesso al mondo del lavoro, le misure di conciliazione tra attività lavorativa e vita familiare, la presenza di servizi pubblici di sostegno alle responsabilità di cura dei genitori. In altre parole, al riguardo il principale ostacolo è da rinvenire non già nel testo della Costituzione, ma nella volontà da parte dei decisori politici di adottare e concretamente applicare tali misure.

[3] V. almeno A. Ruggeri, *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Diritto e società*, 2005, 451 ss.; Idem, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2018.

[4] Così F. Pierandrei, *La Corte costituzionale e le «modificazioni tacite» della Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna, Zanichelli, 1953, 315.

Come si è provato ad argomentare più compiutamente in altra sede[5], tale qualificazione, evidentemente ampia e indistinta quanto ai soggetti e agli atti o fatti produttivi di mutamento, può rivelarsi insidiosa, per molteplici ragioni: anzitutto, essa finisce per sovrapporre, fino a confondere, la nozione di modifica tacita con quella di interpretazione giuridica e, segnatamente, con l'interpretazione costituzionale[6]; in secondo luogo, essa non pare distinguere *a priori*, ai fini della identificazione di un vero e proprio mutamento informale del testo, la diversa apertura (o meglio, elasticità[7]) di alcuni enunciati costituzionali e, da qui, il diverso atteggiarsi del rapporto tra testo costituzionale e contesto normativo e fattuale. Inoltre, per questa via si perviene a rendere oltremodo indistinto lo spazio di possibili e legittime interpretazioni estensive del testo, da quello, più controverso, della creazione o produzione di nuove norme costituzionali mediante attività ermeneutica. In sostanza, pur ammettendo che sia estremamente arduo distinguere una vera e propria modifica tacita della Costituzione da un'evoluzione interpretativa, in ispecie estensiva, dei disposti costituzionali, riteniamo che tale operazione di tracciamento dei confini non debba essere elusa, in quanto l'indistinzione può condurre ad una svalutazione del testo costituzionale, della sua forza precettiva e performativa, e alla diffusione di una distorta idea di inattualità della Costituzione repubblicana[8].

Ciò premesso, ci sembra che proprio l'analisi delle dinamiche interpretative, che hanno interessato, nel corso del tempo, le disposizioni costituzionali in materia di famiglia e filiazione, possa rappresentare uno dei migliori campi di sperimentazione di questa operazione, pur complessa, di tracciamento dei confini. Come anticipato, si intende vagliare se e come tali interpretazioni si siano mosse nel recinto del testo costituzionale, conservandone la capacità di proiet-

[5] Sia consentito rinviare a M.P. Iadicicco, *Modifiche tacite della Costituzione e rigidità costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 16 ss.

[6] Cfr. E.-W. Böckenförde, *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di M. Nicoletti, O. Brino, Milano, Giuffrè, 2006, 120 ss.; A. Mangia, *Moti della Costituzione o mutamento costituzionale?*, in *Diritto costituzionale*, 2020, 75 ss.

[7] Nozione elaborata con riferimento allo Statuto albertino da L. Rossi, *La "elasticità" dello Statuto italiano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, Cedam, 1940, 27 ss.; per la Costituzione repubblicana v. almeno G. Amato, *L'elasticità delle costituzioni rigide*, in *Nomos: le attualità nel diritto*, n. 1/2016. Sono stati tuttavia anche evidenziati i rischi di una generalizzazione del concetto di elasticità e la sua possibile deriva, v. E. Olivito, *La retorica delle modifiche tacite e il diritto costituzionale esistenziale. Un'ipotesi di studio preliminare*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 1/2023, 41 ss.; M.P. Iadicicco, *op. cit.*, 79 ss.

[8] In proposito si vedano i contributi raccolti in G. Brunelli, C. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"?*, Milano, Giuffrè, 2013.

tarsi nel futuro[9], ovvero lo abbiano oltrepassato, così denotandone un vero e proprio mutamento.

Ulteriori ragioni inducono a focalizzare la ricerca in tale specifico ambito: anzitutto, in esso si avverte in maniera fulgida il rapporto e la mutua implicazione tra testo costituzionale e contesto normativo e fattuale. Basti al riguardo rammentare come due costituzionalisti[10], che pur pervengono a conclusioni molto diverse sul tema, ovvero sulla portata e tenuta delle specifiche previsioni costituzionali, muovano entrambi dalla stessa premessa, e cioè che le nozioni di famiglia e filiazione, accolte nel testo costituzionale e sviluppate nella legislazione successiva, rappresentano un esempio paradigmatico di osmosi tra diversi livelli di normazione (livello costituzionale e legislativo) e tra questi ed elementi extra-normativi, i fatti sociali e culturali, i quali, mai come in questo campo, si rivelano fortemente condizionanti sul dato normativo, ad punto da poterne determinare anche una sostanziale modifica. In secondo luogo, si è da più parti rilevato, e talvolta anche con accenti particolarmente critici, una certa ambiguità e contraddizione di quanto disposto negli articoli 29 e 30 della Costituzione e che tale ambiguità sarebbe solo in parte da ricondurre al necessario compromesso raggiunto, su temi così divisivi, tra le diverse componenti culturali, prima che partitiche, rappresentate in Assemblea costituente. Nel corso del tempo, però, ciò ha reso oltremodo complesso pervenire ad univoche interpretazioni sistematiche di quanto disposto nei singoli commi di cui si compongono i citati articoli, come pure esprimere un giudizio chiaro sulla tenuta complessiva del disegno costituzionale. Se, infatti, nei primi anni dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana alcune parti pur fortemente innovative del testo costituzionale sono state accantonate, essendo prevalsa una lettura in continuità con i preesistenti (e seppur subordinati) disposti del Codice civile del 1942, è sul finire degli anni Sessanta e ancor di più negli anni Settanta che si è verificata una radicale inversione di tendenza, la quale non ha mancato di sollevare obiezioni, in particolare quella di aver sottoposto il testo della Costituzione ad interpretazioni sempre più lontane dal suo tenore letterale. Come pure alla tardiva attuazione di alcune parti della Costituzione ha fatto da contrappunto il totale o parziale accantonamento di altri disposti, come quelli concernenti la garanzia dell'unità familiare, che l'art. 29, comma 2, prevede quale limite all'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi; la clausola di compatibilità della tutela

[9] Sulla collocazione nel tempo della Costituzione, v. M Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. Brunelli, C. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"?*, cit., 21 ss.

[10] R. Bin, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia,* in *Famiglia e diritto*, 2022, 514 ss.; A. Ruggeri, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *ConsultaOnLine*, n. 3/2018, 517.

accordata ai figli nati fuori dal matrimonio «con i diritti dei membri della famiglia legittima» di cui all'art. 30, comma 3; nonché le condizioni e i limiti alla ricerca della paternità posti dal legislatore, ai sensi del successivo comma del medesimo articolo, per restringere il principio della responsabilità dei genitori per il solo fatto della procreazione (art. 30, co. 1). Si è parlato, a tal proposito, della riduzione della famiglia matrimoniale a mero fossile[11], per sostenere che la relativa disciplina costituzionale non sia più attualmente vivente, ma solo formalmente vigente; come pure si è parlato di una messa in quiescenza di alcune parti della Costituzione, di *interpretatio abrogans*[12] o di interpretazione oltre il testo[13].

Le riflessioni che seguono intendono anzitutto verificare se sia corretto e appropriato parlare di una modifica tacita delle previsioni costituzionali in materia di famiglia e filiazione; non potendo, e non solo per ragioni di spazio, compiere un'analisi approfondita di vari aspetti controversi in materia, ci si limiterà ad indagare specificamente i principali profili di intersezione tra vita familiare e rapporti tra genitori e figli.

§ 2. – *L'uguaglianza dei coniugi alla prova delle trasformazioni della coscienza sociale*

Nel compiere questo percorso riteniamo opportuno prendere le mosse dall'analisi delle ricadute che sull'impianto normativo hanno avuto le profonde trasformazioni della realtà sociale in cui vive e deve calarsi la regolamentazione giuridica. L'obiettivo, come già sommariamente accennato, non è quello di attestare l'influenza delle trasformazioni sociali sulle regole giuridiche, quanto di comprendere se il testo della Costituzione del 1948 sia stato capace di contenere e assecondare l'evoluzione del costume sociale in materia, offrendo copertura e dunque assicurando necessaria tutela anche a nuovi e inediti bisogni sociali, o se, invece, esso sia stato sottoposto a tensioni o addirittura torsioni interpretative.

Sarebbe impossibile comprendere le riforme del diritto di famiglia, realizzatesi a partire dagli anni Settanta, senza tener conto della

[11] M. Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in G. Conte, S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, II, Mantova, Universitas Studiorum, 2017, 242; affermazione ripresa, ma non pienamente condivisa, da E. Rossi, *Un fossile vivente (e necessario): la famiglia tra disciplina costituzionale e mutamenti sociali,* in *OsservatorioAIC.it*, n. 2/2022, 53 ss.

[12] A. Ruggeri, *Modello costituzionale*, cit., 519.

[13] E. Lamarque, *Famiglia (dir. cost.),* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese., III, Milano, Giuffrè, 2006, 2419 ss.

temperie culturale in cui tali riforme sono maturate, in ispecie quella generata dal movimento sessantottino, che ha sollecitato una profonda trasformazione delle relative concezioni diffuse nella compagine sociale, trasformazione, ancor prima e a sua volta, stimolata dal testo della Carta costituzionale, già precorritrice di importanti innovazioni.

Echi di quel movimento possono rinvenirsi pure nella giurisprudenza costituzionale e, emblematicamente, nella svolta compiuta con la sentenza n. 126 del 1968, con la quale il giudice delle leggi, ribaltando le conclusioni cui era addivenuto appena sette anni prima (sent. n. 64 del 1961), ha dichiarato incostituzionale la previsione del Codice penale del 1930 che puniva il solo adulterio femminile. Nonostante l'invarianza dei parametri costituzionali, il differente esito della medesima questione di legittimità costituzionale è stato argomentato proprio attraverso il richiamo ad una mutata «realtà sociale» e alla «nuova» coscienza collettiva, le quali non consentivano più di giustificare il differente trattamento sanzionatorio dei comportamenti adulterini dei coniugi.

Ulteriori riferimenti all'evoluzione delle convinzioni collettive in materia di famiglia non sono mancati anche in decisioni della Corte costituzionale di poco successive[14] e in altre pronunciate più in là nel tempo, come quelle, succedutesi fino ad oggi, concernenti la regola legislativa dell'automatica attribuzione ai figli del cognome paterno. Queste decisioni, seppur con sensibilità diversa e con esiti che non sono stati subito caducatori, hanno rimarcato la direzione nella quale si è mossa la coscienza sociale[15], che é quella della piena parità dei coniugi anche nei confronti dei figli.

Quanto conta evidenziare, proprio a partire dal richiamato *overruling* del 1968, è che quei mutamenti interpretativi relativi all'art. 29 Cost. non possono propriamente qualificarsi come modifica tacita della Costituzione, se non a costo di una eccessiva dilatazione di questa nozione, la quale, come già precisato, ci sembra da respingere in quanto foriera di ricorrenti equivoci. Né crediamo che la svolta compiuta dalla Corte costituzionale con la sentenza del 1968 sull'adulterio, possa essere stata determinata dall'esigenza di correggere l'interpreta-

[14] In linea di perfetta continuità (anche temporale) si v. la sent. n. 127/1968 di illegittimità costituzionale dell'art. 151 c.c., relativo al regime eccezionale del marito adultero nella separazione coniugale. V. poi anche la sent. n. 147/1969 sull'illegittimità costituzionale dei reati di concubinato e relazione adulterina.

[15] Sull'uso dell'argomento della coscienza sociale nella giurisprudenza costituzionale si v., anche per alcuni condivisibili rilievi critici, N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della «coscienza sociale», interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017; A. Ciervo, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2019, 523 ss.; V. Marcenò, *Il Giudice delle leggi in ascolto. «Coscienza sociale» e giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 377 ss.; G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Milano, Giuffrè, 2021, 307 ss.

zione dell'art. 29, comma 2, Cost. fornita dal giudice costituzionale solo pochi anni addietro, in quanto rivelatasi, non solo non al passo con i tempi, ma persino contraria alla lettera del testo costituzionale. A ben vedere, tanto l'una quanto l'altra decisione si sono mosse nel recinto del testo dell'art. 29 Cost., pur dando luogo ad esiti differenti quanto al bilanciamento tra i due principi ivi enunciati, ovvero quello della pari dignità giuridica e morale dei coniugi e quello dell'unità familiare. In sostanza, se fino al 1968, la Corte aveva ritenuto non irragionevole che il legislatore del 1930 avesse sanzionato penalmente la sola infedeltà della moglie – non solo per «la maggiore gravità della offesa che […], in conformità della comune opinione», essa arrecava rispetto alla infedeltà del marito[16], ma anche perché è lo stesso art. 29 Cost. a consentire limitazioni alla parità dei coniugi per garantire l'unità familiare –, dopo il mutamento culturale e sociale vissuto dal Paese a partire dal '68, il giudice costituzionale, facendo proprio il mutato quadro dei rapporti coniugali, ha statuito che il mantenimento del differente trattamento tra marito e moglie quanto alle conseguenze dell'infedeltà coniugale avrebbe determinato un «grave nocumento all'unità familiare», giacché proprio l'uguaglianza dei coniugi costituisce il presupposto per il mantenimento della stessa[17]. Nella decisione del 1968, il giudice costituzionale ha dunque capovolto la regola del conflitto tra gli interessi di cui all'art. 29 Cost. fissata dal legislatore penale del 1930 ed ha riconosciuto come preminente la parte più innovativa della disposizione costituzionale sul rapporto coniugale, quella che sancendo l'eguale dignità dei coniugi (anche nei confronti dei figli) rompeva con la tradizionale concezione della famiglia patriarcale[18], con ciò imprimendo un'ulteriore spinta propulsiva alla riforma del diritto di famiglia, di lì a poco intervenuta nel 1975.

È solo con questa riforma che la parità dei coniugi nei confronti dei figli trova un primo significativo dispiegamento attraverso il riconoscimento ad entrambi della potestà genitoriale (successivamente sostituita, con le riforme del 2012-2013, dalla responsabilità genitoriale), laddove, precedentemente, non erano mancate decisioni nelle quali la Corte costituzionale aveva "salvato" le disposizioni sulla patria pote-

[16] Tenuto conto – per riprendere le parole della Corte nella sent. n. 61/1961 – che l'illecita condotta della donna è da ritenersi, sempre «per valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale» coefficiente di maggiore disgregazione della unità familiare, per la sminuita reputazione nell'ambito sociale, per il turbamento psichico che sulla prole può determinare «il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo», nonché per il pericolo di introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito.

[17] F. Biondi, *Quale modello costituzionale*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 21 ss.

[18] M. Manetti, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, 2010, 6.

stà e pertanto il privilegio per la posizione del marito, padre e capofamiglia[19].

Particolarmente tormentata, ma altrettanto significativa – tanto per il già menzionato richiamo al mutamento della coscienza sociale, quanto per la delicata questione dei rapporti tra discrezionalità del Parlamento e intervento del giudice costituzionale a garanzia dell'effettività dei diritti fondamentali, anche a fronte di una protratta inerzia del legislatore al rinnovamento della disciplina vigente – è la vicenda del cognome dei figli.

Come da ultimo precisato nella sentenza n. 131 del 2022, la Corte costituzionale si è occupata delle norme sul cognome dei figli (e, a ben vedere, non soltanto di quelli nati all'interno di un'unione coniugale) per oltre trenta anni, con un atteggiamento inizialmente attendista – o, per meglio dire, di pieno rispetto della discrezionalità del legislatore rappresentativo – ma progressivamente più attivo, a garanzia della legalità costituzionale. Già nell'ordinanza n. 176 del 1988, il Giudice delle leggi aveva espresso perplessità per la disciplina sottoposta al suo esame e aveva ritenuto «possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi», proprio allo scopo di conciliare i due principi sanciti dall'art. 29 Cost.[20]. Trascorsi diciotto anni, ma nuovamente con una pronuncia di inammissibilità (sentenza n. 61 del 2006), si ribadiva il *vulnus* al principio di uguaglianza tra i coniugi derivante dalla regola dell'attribuzione del cognome solo paterno ai figli e si sollecitava il legislatore ad intervenire. Solo nel 2016, e quindi dopo ulteriori dieci anni e significativi pronunciamenti sul tema anche di Corti europee, la Consulta, prendendo atto della protratta inerzia del legislatore, è pervenuta ad una sentenza di accoglimento, così dichiarando l'illegittimità costituzionale della disciplina vigente, nella parte in cui non consentiva ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli anche il cognome materno, ed estendendo in via consequenziale i suoi effetti all'attribuzione del cognome al figlio congiuntamente riconosciuto e all'adottato maggiore d'età (sentenza n. 286 del 2016). Al contempo, si sollecitava comunque il legislatore a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità, regolando altresì i casi in cui manca un accordo fra i genitori, residuando per essi la generale previ-

[19] Cfr. F. Biondi, *op. cit*., 19.

[20] Pur tuttavia nella di poco successiva ord. n. 586 del 1988 la Corte aveva utilizzato l'argomento della coscienza sociale per ritenere non irragionevole il sacrificio del principio di uguaglianza fra coniugi derivante dalla regola del patronimico in quanto «regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio».

sione dell'attribuzione del cognome paterno. Un invito, quest'ultimo, rimasto senza seguito ed infatti la disciplina del cognome dei figli è tornata nuovamente all'esame della Corte costituzionale nel 2021 e la stessa Corte, con l'ordinanza di autorimessione n. 18 del 2021, ha ulteriormente allargato lo spettro di indagine tracciato dal giudice *a quo*. Si è pervenuti così ad un'ulteriore pronuncia di accoglimento (sent. n. 131 del 2022), nella quale peraltro si é rimarcato l'intreccio tra la disciplina censurata e il principio costituzionale dell'eguaglianza e pari dignità dei genitori; il giudice delle leggi ha rilevato che l'automatismo insito nel patronimico genera una disparità di trattamento la quale non trova giustificazione nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare, in quanto (come già sostenuto nella sent. n. 133 del 1970) «è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo», poiché l'unità «si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità»[21]. Non di meno, si è evidenziato come, a fronte dell'evoluzione dell'ordinamento nel senso dell'eguaglianza dei genitori nei rapporti con i figli, sottolineata più volte anche nella giurisprudenza europea, «il lascito di una visione discriminatoria, che attraverso il cognome si riverbera sull'identità di ciascuno, non è più tollerabile». Nuovamente, anche questa recente sentenza caducatoria si è chiusa con un duplice monito rivolto al legislatore, affinché provveda ad affrontare alcuni persistenti profili problematici, tra i quali rileva quello della determinazione omogenea del cognome in caso di presenza di fratelli e sorelle, nei quali emerge pure l'esigenza di salvaguardare l'unità della famiglia, o meglio, l'unitarietà dell'identità familiare[22].

§ 3. – *Uguaglianza dei figli e superamento delle discriminazioni per le condizioni della nascita. Oltre il testo costituzionale?*

Spostando adesso il *focus* dell'attenzione sulla disciplina costituzionale della filiazione, deve osservarsi preliminarmente che è proprio que-

[21] Nella sent. n. 131/2022, la Corte ha spiegato che il cognome collega l'individuo alla formazione sociale che lo accoglie tramite lo *status filiationis*, si radica nella sua identità familiare, e perciò deve «rispecchiare e rispettare l'eguaglianza e la pari dignità dei genitori». Lo stesso, eventuale, accordo fra i genitori per attribuire un solo cognome presuppone una regola che ripristini la parità, poiché senza eguaglianza mancano le condizioni per un autentico accordo. L'accordo è imprescindibile per poter attribuire al figlio il cognome di uno soltanto dei genitori. In mancanza di tale accordo, devono attribuirsi i cognomi di entrambi i genitori, nell'ordine dagli stessi deciso. Qualora vi sia un contrasto sull'ordine di attribuzione dei cognomi, si rende necessario l'intervento del giudice, che l'ordinamento giuridico già prevede per risolvere il disaccordo su scelte riguardanti i figli. Tutto ciò, fintantoché il legislatore non decida di prevedere, eventualmente, altri criteri.

[22] B. Liberali, *Ancora sulla scelta del cognome dei figli (e sul complesso rapporto fra Corte costituzionale e legislatore)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2023, 131.

sta una delle principali direttrici lungo le quali si è determinata nel corso del tempo la trasformazione della disciplina della famiglia e, quindi, dei rapporti che all'interno di essa si instaurano. Non è soltanto attraverso il richiamo e il rispecchiamento nelle regole giuridiche di un mutato costume e sentimento sociale, ma anche facendo leva sulle disposizioni contenute negli articoli 30 e seguenti della Costituzione, nonché sui principi fondamentali di cui agli articoli 2 e 3, che l'ordinamento italiano ha progressivamente dato riconoscimento e offerto tutela a modelli di vita familiare diversi da quelli della famiglia fondata sul matrimonio.

Con riferimento alla condizione dei figli e, in particolare, sui doveri dei genitori nei confronti di questi, comunque nati, in dottrina si rinvengono posizioni meno divaricate rispetto a quelle che investono la famiglia matrimoniale; ciò nondimeno, anche sulla tenuta complessiva dell'art. 30 della Costituzione si sono levate opinioni, talvolta molto distanti[23]. Sebbene – e per le ragioni che si andranno di seguito ad esplicitare – non ci sembra corretto parlare al riguardo di una modifica tacita della Costituzione, conveniamo pienamente con quanto rilevato da un'attenta dottrina[24] circa la peculiare sorte e i contraddittori argomenti invocati per l'interpretazione nel tempo dell'art. 30 della Costituzione e partitamente dei commi di cui si compone. In particolare, il primo comma, nella parte in cui sancisce l'eguale responsabilità dei genitori nei confronti di qualsiasi figlio, è divenuto il fulcro dell'intera disciplina sulla filiazione, relegando in un cono d'ombra i commi terzo e quarto, ovvero la clausola di compatibilità e la riserva di legge sulle norme e sui limiti per la ricerca della paternità. Come noto, i Costituenti si premurarono di inserire, dopo i primi due commi dell'articolo 30, una clausola di compatibilità, ovvero che la tutela giuridica e sociale dei figli nati fuori dal matrimonio è affidata alla legge «compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima», e ciò proprio per temperare la forte e dirompente carica innovativa impressa dal principio di parità giuridica dei figli a prescindere dalle condizioni di nascita, e per ulteriormente presidiare l'unità e stabilità della famiglia legittima fondata sul matrimonio tra i genitori. Come già rilevato, anche l'interpretazione dell'art. 30 Cost. ha subito, a partire dagli anni Settanta, una radicale svolta: nei primi venti anni dall'entrata in vigore della Costituzione le disposizioni ivi racchiuse sono è state interpretate alla luce delle disposizioni del Codice civile del 1942, che prevedeva per i figli naturali, adulterini e incestuosi un trattamento giuridico differente e progressivamente deteriore rispetto a quello dei figli legit-

[23] Sulle quali v. almeno E. Lamarque, *Articolo 30*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* Torino, Utet, I, 2006, 622 ss., e la dottrina ivi richiamata.

[24] E. Lamarque, *op. ult. cit.*, 627 ss.

timi; negli anni che seguono quel tornante, invece, il limite di compatibilità è stato gradualmente accantonato fino all'equiparazione di figli legittimi e illegittimi, ritenuta da alcuni frutto di una tardiva ma necessitata attuazione della Costituzione[25].

Non manca chi ha visto in questo accantonamento della clausola di compatibilità realizzatasi già a partire dalla legge sull'adozione speciale (l. n. 431/1967), seguita dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 (l. n. 151/1975) – non già un'attuazione del disposto costituzionale dell'art. 30, sul punto certamente compromissorio, se non ambiguo[26], ma un vero e proprio scavalcamento del testo costituzionale da parte della legge ordinaria andata, per alcuni aspetti, decisamente *oltre*[27]. Ma è stato soprattutto negli anni più recenti, con l'introduzione dello *status* unico della filiazione (l. n. 291/2012 e d.lgs. n. 154/2013)[28], che, rimuovendo dall'ordinamento ogni distinzione anche terminologica tra i figli in ragione della loro nascita nel o fuori del matrimonio tra i genitori, si sono posti i maggiori problemi interpretativi, non solo sulla distinzione tra famiglia fondata sul matrimonio e altre relazioni di coppia legalmente regolate, ma anche quanto al "destino" della clausola di compatibilità di cui all'art. 30, comma 3, Cost.

In effetti, pur non potendo negare che la novella del 2012 abbia dilatato fino al massimo punto di tenuta la nozione di compatibilità fatta propria dal Costituente[29], ci pare comunque inappropriato qualificare questa esperienza, dapprima di parificazione e poi di unificazione di *status*, come una modifica tacita della Costituzione. Varie considerazioni sorreggono e spingono ad un diverso inquadramento: anzitutto, la piena equiparazione dei figli legittimi e di quelli nati fuori dal matrimonio, pur essendo stata osteggiata da molti costituenti (questa essendo indubbiamente l'*original intent of the framers*, per riprendere una nota espressione della dottrina nordamericana) e per questo non accolta nel testo finale dell'art. 30 Cost., non è preclusa dal testo del medesimo articolo, che, al terzo comma, affida alla legge il compito di tutelare i figli nati fuori dal matrimonio. Ed infatti, al traguardo

[25] M. Bessone, *Articoli 30-31*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli, 1976, 93 ss.; in tal senso anche M.C. Bianca, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia,* in *Diritto di famiglia*, 2006, 207 ss.

[26] Così R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1989, 19.

[27] Cfr. G. Cattaneo, *La Costituzione e il diritto familiare nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio*, in Aa.Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, Cedam, 1991, 99 ss.; E. Lamarque, *op. ult. cit.*, 629.

[28] Una vera e propria "rivoluzione" del diritto di famiglia dopo quella del 1975, per M. Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, 4.

[29] Cfr. A. Morrone, *Articolo 3 Cost.*, in M. Sesta (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, secondo il quale la novella del 2012 dilata «al massimo grado il concetto costituzionale di "compatibilità" *ex* art. 30, al punto che quella formula sembrerebbe sbiadire proprio di fronte all'identità di *status*».

della unificazione di *status* è pervenuto il legislatore rappresentativo (in ciò certamente stimolato e talvolta anticipato dalla giurisprudenza), il quale, facendosi interprete di una mutata coscienza sociale e culturale sulla filiazione, ha positivamente compiuto tale valutazione di compatibilità ritenendo di poter riconoscere ai figli nati fuori dal matrimonio tutele non incompatibili con quelle dei figli legittimi[30]. In altre parole, la novella sullo stato unico dei figli, quale che siano le condizioni di nascita e senza che venga in rilievo il vincolo coniugale tra i genitori, può ritenersi uno sviluppo dell'ordinamento non impedito dal testo costituzionale[31], né dalla lettera dell'art. 30, né da un'interpretazione sistematica dello stesso, atteso che essa non incide neppure sul *favor* costituzionale per la famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.), in quanto restano distinte le relazioni "verticali" tra genitori e figli e le relazioni "orizzontali" interne alla coppia[32]. A ben vedere, più che un mutamento del testo costituzionale, quella riforma – compiuta, lo si ripete, dal legislatore rappresentativo e non dalla giurisprudenza – ha segnato un mutamento interpretativo o, per meglio dire, tra livelli normativi: sfruttando uno spazio consentito dallo stesso testo della Costituzione, ha fatto sì che quest'ultima non venisse più interpretata, come a lungo è stato fatto, alla luce del Codice civile del '42, a maggior ragione tenuto conto che quella disciplina, prima delle varie novelle susseguitesi dal finire degli anni Sessanta, si basava su principi ben diversi da quelli fatti propri dalla Costituzione repubblicana.

Considerazioni non molto dissimili possono compiersi con riferimento al quarto comma dell'art. 30, recante riserva di legge sulla ricerca della paternità. Introdotto sempre al fine di temperare la portata del primo comma e, quindi, i doveri dei genitori nei confronti dei figli, avallando così restrizioni poste dal legislatore all'accertamento del rap-

[30] Così già Corte cost., sent. n. 54/1960: «Quel che si desume sia dal testo dello stesso art. 30, terzo comma, sia dal travaglio che portò, nell'Assemblea costituente, alla sua formulazione definitiva, è soltanto un innegabile favore per la prole naturale. Questo favore, tuttavia, non si poté concretare in una disciplina precisa da contenere in un articolo, tanto più in quanto un'ampia tutela del figlio naturale poteva e potrebbe anche portare a una profonda revisione di molte norme, e perfino del sistema familiare e successorio, del Codice. Ad avviso della Corte questa è la ragione per cui il terzo comma dell'art. 30 si apre con un accenno al legislatore ordinario e contiene per così dire una riserva che solo la legge potrà sciogliere: sarà il legislatore a stabilire fino a che punto la maggiore tutela del figlio naturale sia, caso per caso, cioè nella eventuale determinazione di uno *status* e delle conseguenze di esso anche in campo successorio, compatibile coi diritti dei componenti la famiglia legittima».

[31] A. Morrone, *op. ult. cit.*, «Nelle relazioni tra genitori e figli, non importa se legittimi o naturali, la regola è l'indifferenza soggettiva e, quindi, la pienezza e l'eguaglianza della tutela, perché così statuisce in modo inequivoco l'art. 30, c. 1, Cost. […]». Ma anche il comma 3 dell'art. 30 «lungi dal risolvere gli interessi dei figli naturali e dei componenti della famiglia legittima secondo una gerarchia di valori, […] esige, piuttosto, un'eguaglianza di tutela qualificata (rinvenibile nei termini usati: «ogni» tutela, «giuridica e sociale»), il cui unico limite è proprio dato dalla relazione di compatibilità, che tuttavia lascia amplissimi margini di manovra al legislatore in sede di attuazione».

[32] F. Biondi, *op. ult. cit.*, 11; A. Morrone, *op. loc. ult. cit.*

porto di filiazione, il destino di quel comma si è trasformato nel corso del tempo, specie per il mutato clima culturale di riferimento. A partire dalla seconda metà degli anni Sessanta, attraverso una lettura coordinata con gli artt. 2 e 3 Cost., è emerso anche a tal riguardo il principio del preminente interesse del minore, che ha favorito il progressivo superamento del *favor legitimatis*, cioè della verità legale, preordinata a conservare la unità della famiglia legittima, per lasciare spazio alla verità biologica, ritenuta valore preminente, anche se non assoluto, in quanto deve valutarsi sempre se la verità biologica assicuri il miglior interesse del minore[33]. Anche su questo versante, pur escludendo che possa parlarsi di una modifica tacita della Costituzione, riteniamo condivisibile l'ammonimento di quella dottrina dapprima richiamata[34] a interpretare sistematicamente l'art. 30 Cost., nel rispetto del testo di ogni disposizione di cui si compone, giacché il fine costituzionalmente rilevante e preminente di garantire al nato, a prescindere dalle condizioni di nascita, la presenza di genitori che si curino della sua crescita, può essere perseguito anche senza superare la lettera del quarto comma. Quest'ultimo ben può essere interpretato, senza stravolgere il testo, nel senso di consentire al legislatore di configurare una paternità biologica a cui non corrispondano obblighi di cura nei confronti del nato, se e soltanto se ciò assicuri il miglior interesse del minore[35]. Il che infatti è quanto il legislatore ha previsto nei casi di paternità derivante dal ricorso alla fecondazione eterologa (art. 9, l. n. 40/2004)[36], precisando tanto 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, quanto che il coniuge o convivente della donna, il quale abbia assieme alla stessa prestato il consenso informato alla PMA, non possa disconoscere il nato, benché non figlio biologico.

Ribadendo quindi che, a nostro avviso, il legislatore ben può prevedere, nell'interesse del nato, casi in cui siano posti ragionevoli e non discriminatori limiti alla ricerca della paternità, riteniamo che tale soluzione possa essere accolta anche per far fronte a casi, sempre più ricorrenti nei procedimenti di PMA, di revoca del consenso da parte del partner maschile della coppia, quando l'impianto dell'embrione già formato e criocongelato sia richiesto dalla sola donna a distanza di molto tempo

[33] Sull'interpretazione dell'art. 30, co. 4, Cost., la salvaguardia della famiglia legittima e il preminente interesse del minore alla dichiarazione giudiziale di paternità e maternità v. la famosa sentenza della Corte costituzionale sui figli incestuosi, n. 494 del 2002.

In dottrina *ex plurimis* G. Matucci, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 febbraio 2018.

[34] E. Lamarque, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell'art. 30, quarto comma, della Costituzione*, Padova, Cedam, 1998, 11 ss.

[35] E. Lamarque, *Le norme*, cit., 50 ss., e in part. 63-64.

[36] Seguendo l'ammonimento della Corte cost., sent. n. 347/1998.

dal consenso originariamente prestato e nel frattempo sia venuto meno il legame di coppia[37]. Ciò consentirebbe di non interrompere il trattamento di PMA già avviato e di non frustrare tanto l'aspettativa di maternità della donna, quanto quella alla vita dell'embrione, senza per questo sacrificare del tutto la libertà di autodeterminazione dell'uomo.

§ 4. – *L'art. 29 della Costituzione di fronte alle convivenze e alle unioni tra persone dello stesso sesso*

Parzialmente diverso, rispetto a quanto sinora osservato con riferimento precipuo al rapporto che nella vita familiare si instaura tra genitori e figli, è quanto emerge dalla lettura offerta anche dalla giurisprudenza costituzionale del primo comma dell'art. 29 Cost., ovvero della famiglia quale «società naturale fondata sul matrimonio»[38]. Una delle principali problematiche scaturenti dal legame tra la nozione di famiglia e quella di matrimonio scolpito nell'art. 29 è stata, per lungo tempo, quella del possibile riconoscimento di forme di tutela per altre formazioni sociali composte da persone unite dal solo legame affettivo e dalla condizione di convivenza. Se si escludono alcune eccezionali estensioni anche ai conviventi dei diritti riservati e riconosciuti dalla legge ai coniugi[39], la Corte costituzionale per lunghi anni non ha mai abbandonato la diversità tra famiglia di fatto e legittima, sostenendo che «la trasformazione della coscienza e dei costumi sociali […] non autorizza peraltro la perdita dei contorni caratteristici delle due figure» del rapporto matrimoniale e delle convivenze di fatto, in una

[37] Si è pronunciata di recente sul tema anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 161 del 2023, con la quale ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 6, co. 3, l. n. 40/2004, nella parte in cui non prevede la revocabilità del consenso prestato dall'uomo dopo la fecondazione dell'ovulo ma prima dell'impianto dell'embrione. Nonostante sia profondamente mutato il contesto normativo entro il quale attualmente si colloca la richiamata disposizione, il giudice delle leggi ha ritenuto che il bilanciamento degli interessi costituzionali ivi definito non sia irragionevole, non escludendo però al riguardo diversi sviluppi legislativi. Specie su questo ultimo profilo, sia consentito rinviare a M.P. Iadicicco, «*Cosa resta del padre?*». *A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2024, 249 ss.

[38] Questione definitoria che ha animato tanto i lavori dell'Assemblea costituente, quanto tutto il dibattito scientifico che ne è seguito, cfr. almeno C. Grassetti, *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione*, Firenze, Barbera, 1950, 294 ss.; R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, n. 10/2000, 1066 ss.

[39] Corte cost., sent. n. 404/1988 sulla locazione, che supera il precedente di cui alla sent. n. 45/1980.

visione unificante e pienamente parificante[40], a meno che non vengano in rilievo altri preminenti interessi di rango costituzionale[41].

Sebbene anche in dottrina[42] non manchino letture del disposto costituzionale che hanno visto nella sola famiglia fondata sul matrimonio tra due persone di sesso diverso, l'esclusiva, e non la privilegiata, forma di famiglia riconosciuta e tutelata dalla Costituzione, un'altra buona parte della dottrina[43] ritiene che dal testo costituzionale possa ricavarsi una concezione relativa di famiglia, storicamente determinata dal diritto positivo e dall'evoluzione dei concreti rapporti sociali. Specie dal combinato disposto degli articoli 2 e 29 Cost. e attraverso una significativa valorizzazione del pluralismo sociale, è stata ricavata una distinzione tra famiglia legittima, quale modello tipico delle relazioni familiari, e altre formazioni familiari atipiche, ugualmente riconducibili alle formazioni sociali nelle quali si realizza la dimensione relazionale della persona. Si tratta di un dibattito estremamente articolato, non esente da esasperazioni, a mio avviso, determinate più che dagli spazi interpretativi del lessico costituzionale, dalla tendenza, non rara, a imporre proprie concezioni ideologiche, maggioritarie o minoritarie che siano, facendo leva sul disposto costituzionale.

In anni più recenti, la questione più controversa sorta intorno all'art. 29 Cost., anche in ragione di una mutata sensibilità sociale sul tema, è sicuramente stata quella relativa alla tutela giuridica delle relazioni tra persone dello stesso sesso. È questo un tema eticamente sensibile, certamente non soltanto italiano, ma che nell'esperienza nostrana ha dato luogo a peculiari difficoltà in larga parte derivanti dalla specifica formulazione del testo costituzionale, nonché dalle tecniche inter-

[40] Corte cost., sent. n. 8/1996. Fermo restando che, come riconosciuto già nel 1986, «un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.)» (così Corte cost., sent. n. 237/1986). Su questa base si rimette al Parlamento la possibilità di estendere e non parificare pienamente alcuni diritti e garanzie riconosciuti ai coniugi anche ai conviventi, come avvenuto, ad esempio, nella pur estremamente criticata legge n. 40 del 2004 sull'accesso alla PMA.

[41] Cfr. la recentissima sentenza n. 148/2024, sull'applicazione al convivente di fatto della disciplina del Codice civile sulla impresa familiare. La Corte costituzionale ha rilevato che, in una società profondamente mutata, vi è stata una convergente evoluzione sia della normativa nazionale, sia della giurisprudenza costituzionale, comune ed europea, che ha riconosciuto piena dignità alla famiglia composta da conviventi di fatto. Rimangono le differenze di disciplina rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio; ma quando si tratta di diritti fondamentali, questi devono essere riconosciuti a tutti senza distinzioni. Tale è il diritto al lavoro e alla giusta retribuzione; diritto che, nel contesto di un'impresa familiare, richiede uguale tutela, versando anche il convivente di fatto, come il coniuge, nella stessa situazione in cui la prestazione lavorativa deve essere protetta, rischiando altrimenti di essere inesorabilmente attratta nell'orbita del lavoro gratuito.

[42] V. almeno A. Ruggeri, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, cit.; M. Pedrazza Gorlero, L. Franco, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Diritto pubblico*, 2010, 247 ss.

[43] V. per tutti G. Ferrando, *Famiglia e matrimonio*, in *Familia*, 2001, 939.

pretative al riguardo utilizzate dai giudici, come pure dalla pressione e dalla sponda che in questo ambito è stata offerta dal diritto internazionale e in particolare dalla giurisprudenza convenzionale[44].

Il passaggio giurisprudenziale più noto e controverso di questa vicenda è rappresentato dalla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, vero e proprio spartiacque per l'interpretazione del testo costituzionale e per la conseguente impostazione dei rapporti tra le istituzioni repubblicane ai fini del riconoscimento di istanze fortemente avvertite dal corpo sociale. Anche questa pronuncia, com'era facilmente prevedibile tenuto conto della complessità dell'intera vicenda, è stata fatta oggetto di plurime e molto distanti letture, evidentemente legate anche alla molteplicità delle argomentazioni addotte dal giudice costituzionale. Quest'ultimo ha ritenuto che l'estensione alle unioni omosessuali della disciplina del matrimonio eterosessuale, si sarebbe convertita in «una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata», spettando «al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», implementandole «nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge». La Corte, pur riconoscendo che l'unione tra persone dello stesso sesso trovi copertura nell'art. 2 Cost., ha sostenuto la necessità di una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia, ma soprattutto ha negato la praticabilità di un proprio intervento manipolatorio (additivo). Uno dei passaggi più noti e criticati della decisione è quello nel quale il giudice costituzionale si è soffermato sulla definizione giuridica di famiglia e matrimonio, indissolubilmente legati nell'art. 29 Cost., sostenendo che quell'articolo, se interpretato sistematicamente e anche alla luce della volontà storica del Costituente, non consente di estendere alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio tra uomo e donna. Sebbene la Corte abbia ammesso che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possano ritenere «cristallizzati» con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, «perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi», ha rimarcato pure il limite cui è soggetta tale interpretazione, la quale «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata».

[44] Cfr. V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, il Mulino, 2019, 275 ss.

Quanto più rileva ai nostri fini, oltre al controverso ricorso all'argomento originalista[45], è la enunciata impossibilità di superare «per via ermeneutica» il paradigma eterosessuale del matrimonio di cui all'art. 29 Cost., in quanto ciò trasmoderebbe, secondo la Consulta, in una illegittima «interpretazione creativa». Il punto centrale sta dunque nell'impossibilità di superare il paradigma eterosessuale del matrimonio di cui all'art. 29 Cost. in via d'interpretazione giudiziale.

In effetti, tanto la sentenza n. 138 del 2010 quanto successive pronunce rese sul tema o su profili assimilabili, rilevano non soltanto per l'interpretazione dell'art. 29 Cost. offerta dal giudice costituzionale, ma anche, e forse soprattutto, per la chiarificazione dei ruoli che rispettivamente devono essere affidati, nel nostro ordinamento, al legislatore e ai giudici (compreso quello costituzionale e internazionale) per la tutela di nuove istanze emergenti dall'evoluzione della società e dei costumi. Non solo infatti se si indugiasse sull'interpretazione dell'art. 29 Cost. fornita dalla Consulta nel 2010, criticandone gli esiti e rimarcando l'eterogeneità delle tecniche interpretative utilizzate in riferimento all'art. 30 Cost., si perderebbe di vista che nella sentenza n. 138 del 2010 la Corte ha sostenuto l'apertura del testo costituzionale, specie attraverso l'art. 2, al riconoscimento del fondamentale diritto di due persone dello stesso sesso di vivere liberamente una condizione di coppia e la possibilità di predisporne adeguate forme di tutela – possibilità che, per le ragioni anzidette, essa ha ritenuto preclusa a sé, ma non al legislatore[46] –; ma si trascurerebbe altresì che nel caso specifico tale distinzione dei compiti istituzionali non si è convertita in una paralisi all'evoluzione dell'ordinamento giuridico.

Sicuramente nella sentenza 138 del 2010 vi è stato, da parte della Corte costituzionale, un atteggiamento di forte deferenza nei confronti della «piena discrezionalità» del legislatore, un atteggiamento, questo, che se messo a confronto con quello più attivo assunto in altri casi eticamente complessi e sensibili, difficilmente consente di risalire ad una linea univoca e coerente. Tuttavia, più che una chiusura nei riguardi di queste nuove istanze di tutela, la sentenza del 2010 può essere letta come un *caveat* nei confronti di non rare pratiche giudiziali che, pres-

[45] Sull'impiego dell'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali, v. C. Tripodina, *L'argomento originalista in materia di diritti fondamentali*, in F. Giuffrè, I.A. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008. Su quella robusta corrente di pensiero operante da tempo negli Stati Uniti a sostegno di posizioni originaliste (nelle due distinte accezioni di *original intent of the Framers* e *original meaning)* v. O. Chessa, *Cos'è la Costituzione. La vita del testo*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 53 ss., nonché i tanti contributi che hanno animato un ricco dibattito su "Originalismo e Costituzione", in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, dopo la controversa decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* in materia di interruzione volontaria della gravidanza.

[46] In tal senso già A. D'Aloia, *Famiglia e nuove formazioni sociali. A proposito delle unioni omosessuali,* in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio,* 1996, 75 ss.

sate dall'incalzante richiesta di nuovi spazi di libertà e condizioni di giustizia, conducono il giudice, compreso talvolta quello costituzionale, a indebite interpretazioni creative.

Gli epiloghi, parziali e per molti versi non appaganti, di questa vicenda relativa alle coppie omosessuali sono noti: la legge n. 76 del 2016 ha regolato le convivenze di fatto tra persone (di sesso diverso o uguale), unite stabilmente da legami affettivi e di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, e ha dettato pure una disciplina specifica, e non pienamente parificata a quella del matrimonio eterosessuale, per le unioni civili tra persone dello stesso sesso. A queste ultime è stato così riconosciuto di esplicare la loro personalità anche nella dimensione di coppia giuridicamente riconosciuta, possibilità fino a quel momento del tutto preclusa. Non si può negare che pure le modalità di approvazione di questa legge e la controversa posizione assunta dal legislatore nei riguardi dell'adozione del figlio del partner[47] abbiano determinato delle storture del sistema, con nodi interpretativi e ulteriori interventi giurisprudenziali che non sono tardati ad arrivare[48]. Ad ogni modo, quella vicenda ci sembra emblematica sia per l'accento posto sul limite testuale nei riguardi di interpretazioni giudiziarie "creative", sia per

[47] L'art. 1, comma 20, della legge sancisce l'applicabilità alle unioni civili di tutte le disposizioni che si riferiscono al matrimonio o che contengono le parole 'coniuge' o termini equivalenti, precisando tuttavia che ciò non vale per le disposizioni della legge n. 184 del 1983 e che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

[48] Il riconoscimento del diritto alla genitorialità anche per le coppie *same-sex* rappresenta ad oggi un tema fortemente controverso, non solo per la inevitabile distanza ideologica che su questo tema si rinviene nella società, ma anche per ragioni preminentemente giuridiche. Come precisato nella nota precedente, dopo un estenuante dibattito parlamentare, focalizzato principalmente sul divieto di maternità surrogata di cui alla legge n. 40 del 2004 (divieto che, a ben vedere, non coinvolge le coppie omosessuali femminili, se non in limitatissimi casi, e di converso interessa principalmente le coppie eterosessuali, oltre a quelle omosessuali maschili), il legislatore del 2016 è pervenuto, sul punto, ad una decisione ambigua o pilatesca. Ne è scaturita una variegata e a tratti ingovernabile giurisprudenza, costituzionale, di legittimità e di merito, che ha riguardato tanto il divieto di accesso da parte delle coppie omosessuali alla PMA (art. 5, l. n. 40 del 2004), quanto la "sorte" (lo *status filationis* e i relativi diritti) dei bambini nati all'estero mediante il ricorso alla fecondazione con donazione di sperma da parte di coppie omosessuali femminili, o alla pratica della maternità surrogata da parte di coppie omosessuali maschili. Limitandoci alla giurisprudenza costituzionale più recente e agli arresti delle Sezioni Unite della Cassazione, v. almeno, Corte costituzionale sentenze n. 221 del 2019 e n. 230 del 2020 – nelle quali si ammette comunque che il legislatore possa aprire alle coppie omosessuali femminili la PMA –; nn. 32 e 33 del 2021 – riguardanti rispettivamente una PMA eterologa di coppia omosessuale femminile e una maternità surrogata di coppia omosessuale maschile. Pur nella profonda diversità che intercorre tra queste pratiche procreative, le ultime decisioni della Corte costituzionale spostano il focus dell'attenzione sulla tutela dei nati da pratiche vietate, affermando rispettivamente «questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia» e «questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore». Nella giurisprudenza di legittimità v. almeno Cassazione SS.UU. civ. n. 12193 del 2019; n. 38162 del 2022, sul riconoscimento del provvedimento straniero che attesta il rapporto filiale tra il c.d. genitore d'intenzione e il bambino nato da maternità surrogata.

l'attenzione riservata alla preservazione dell'equilibrio tra le varie istituzioni deputate alla salvaguardia dei diritti fondamentali.

Ovviamente non può sottovalutarsi la consistenza problematica di tale assetto che, spinto alle sue estreme conseguenze, potrebbe comportare «una sorta di regresso delle garanzie»[49] connesse ai principi e diritti fondamentali, nel momento in cui se ne condiziona l'efficacia ad un futuro e incerto intervento attuativo del legislatore[50]. L'inerzia di quest'ultimo, pur sostanziandosi in un comportamento omissivo e non commissivo (qual è l'approvazione di una legge incostituzionale) può dar luogo ad una violazione della Costituzione che rischia di restare senza rimedio se anche il giudice costituzionale si arresta di fronte alla discrezionalità del legislatore tollerando la sua protratta inerzia[51]. Ed infatti, non accidentalmente, né forzando la nozione di modifica tacita della Costituzione, la migliore dottrina[52] ricomprende anche le omissioni legislative tra le forme mediante le quali può realizzarsi un mutamento informale della Costituzione.

Com'è stato già rimarcato, ciò non si è verificato con riguardo alle coppie formate da persone dello stesso sesso: l'atteggiamento di deferenza manifestato dalla Corte nei confronti del legislatore, non ha determinato una totale paralisi dell'ordinamento; sebbene con un atteggiamento molto cauto, il legislatore ha infatti intrapreso nel 2016 un percorso di riforma dei rapporti di coppia. Tuttavia, anche in questo campo e in particolare per quanto concerne i rapporti di filiazione e il legame tra genitori c.d. di intenzione e nati da tecniche o pratiche di PMA permangono enormi problemi per la protratta inerzia del legisla-

[49] V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali: tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 102.

[50] Basti considerare come, nel corso della attuale legislatura, il Parlamento, lungi dal dar seguito al monito della Corte costituzionale di prestare adeguata tutela ai nati all'estero da pratiche vietate, tenuto conto ovviamente di altri interessi di rilievo costituzionale, sia stato impegnato prevalentemente se non esclusivamente nel rafforzamento della risposta sanzionatoria, configurando la surrogazione di maternità come *reato universale*. Sui molti dubbi sollevati in dottrina non solo sull'impostazione dei progetti di leggi, ma anche sulla utilità e appropriatezza del reato universale, v. almeno A. D'Aloia, *Serve davvero il 'reato universale' di maternità surrogata?*, in *federalismi.it*, n. 25/2023, IV ss.; M. D'Amico, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2023.

[51] Ciò ha indotto la Corte costituzionale italiana, nel più recente periodo, a partire dal noto 'caso Cappato' sul suicidio assistito, a sperimentare alcune innovative tecniche decisorie che hanno sollevato, o meglio rinfocolato, un vivo dibattito in dottrina sui rapporti tra legislatore e giudice costituzionale. Il riferimento è a quel filone giurisprudenziale, nel quale la Consulta, prendendo atto di una protratta inerzia del legislatore, pur a fronte di moniti più o meno puntuali contenuti in precedenti pronunce di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa, si è spinto ad intervenire, in seconda battuta, in modo più penetrante di quanto il limite della discrezionalità non avesse consentito in prima battuta, al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato. Secondo M. Ruotolo, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, 2020, 68, tale impostazione consentirebbe di rimediare a quelle inerzie del legislatore produttive di «omissioni incostituzionali» che, ove perpetrate *sine die*, lascerebbero prive di effettività situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente fondate.

[52] V. per tutti A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-9*, Bologna, Zanichelli, 2011, 364.

tore ad intervenire per assicurare adeguata tutela a interessi costituzionalmente fondati. Si pensi in particolare al persistente vuoto di tutela, rilevato anche dalla Corte costituzionale e da questa ritenuto non tollerabile, in cui versano i bambini nati all'interno di coppie dello stesso sesso che abbiano fatto ricorso all'estero a tecniche di PMA o pratiche (come la maternità surrogata) vietate in Italia.

Provando a tirare qualche sintetica considerazione conclusiva su quanto qui complessivamente trattato, ci sembra che la nozione di modifica tacita della Costituzione possa difficilmente essere utilizzata con riferimento ai disposti costituzionali in materia di famiglia e filiazione. Riteniamo invece che il legislatore, seppur talvolta con grande ritardo e spesso anticipato e stimolato da una giurisprudenza obiettivamente creativa, ha saputo sfruttare l'apertura degli enunciati costituzionali in materia di diritti e le parti più innovative del testo costituzionale su famiglia e filiazione. Attraverso un'interpretazione ed attuazione sicuramente estensiva, quindi non volta a pietrificare e cristallizzare il voluto del Costituente, ma neppure spinta oltre e contro i limiti del testo costituzionale, sistematicamente interpretato, l'organo della rappresentanza nazionale ha saputo dare compimento a quel fisiologico e necessario moto cui è vocata una Costituzione[53], senza per questo trasmodare in un mutamento informale.

In altre parole, il testo della Costituzione, influenzato dal contesto normativo e sociale in cui deve essere calato, si è sviluppato lungo percorsi che non possono dirsi fuori dai confini dell'interpretazione costituzionale. Ma, come non mancano casi in cui il testo della Costituzione ha funzionato da limite invalicabile nei riguardi di interpretazioni creative, specie giurisprudenziali – le quali, auspicabili o meno quanto agli esiti, sarebbero state generatrici di un vero e proprio mutamento informale – permangono casi altamente problematici di protratta inerzia del legislatore dai quali deriva un vuoto di tutela per interessi di sicuro fondamento costituzionale; una situazione, questa, non di meno da biasimare, in quanto capace di veicolare un'idea di Costituzione inattuale perché inefficace, cioè incapace di reagire alle violazioni della legalità costituzionale perpetrate (con comportamenti commissivi o omissivi) dagli attori istituzionali.

Abstract

In this paper, the Author aims to investigate whether it is correct to apply the notion of implicit constitutional change to the constitutional provisions on family and filiation.

[53] M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni*, cit., 35.

I.4. *Genitorialità plurali (al plurale)? Forme di riconoscimento della genitorialità sociale in prospettiva comparata*

di Simone Penasa*

Sommario: § 1. – Cartografia e rotte "comparate" della giuridificazione della genitorialità sociale: alcune coordinate sostanziali e di metodo. § 2. – Processi di giuridificazione della genitorialità sociale: dal fatto al diritto. § 3. – La "destrutturazione" del concetto giuridico di genitorialità. § 4. – La "s-composizione" del concetto di genitorialità sociale: dalla statica dei modelli alla dinamica delle relazioni. § 5. – La "contestualizzazione" delle diverse caratteristiche della genitorialità sociale: un concetto variabile e plurale. § 6. – Riflessioni conclusive: un "moto" inarrestabile e la proposta di rinunciare alle qualificazioni.

§ 1. – *Cartografia e rotte "comparate" della giuridificazione della genitorialità sociale: alcune coordinate sostanziali e di metodo*

Il contributo intende analizzare il processo di giuridificazione[1] della c.d. genitorialità sociale, alla luce tanto del suo fondamento costituzionale quanto degli strumenti normativi di riconoscimento e tutela[2]. Tale fenomeno esprime paradigmaticamente la complessità dell'interazione tra mutamento sociale (delle relazioni familiari e affettive), mutamento tecnico-scientifico (delle modalità di riproduzione, con particolare riferimento alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA)) e dinamiche giuridiche (legislative, giurisprudenziali, amministrative), spettando al diritto la prerogativa – e la responsabilità – di identificare e (eventualmente) attribuire rilievo normativo all'evoluzione che caratterizza i primi due fattori: sociale e tecnico-scientifico[3].

* Università degli Studi di Trento.

[1] Si segnala in materia lo studio a cura di B. Marchetti, M. Renna, *La giuridificazione*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. III, Firenze, Firenze University Press, 2016.

[2] Propone una classificazione interna alla composita categoria di genitorialità sociale A. Cordiano, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n. 2/2021, 477 ss.

[3] Sul tema della relazione tra evoluzione sociale, tecnico-scientifica e giuridica la letteratura è ampia, si vedano *ex plurimis*, in riferimento all'evoluzione in particolare della coscienza sociale, A. Ciervo, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, n. 4/2019, 523-600; N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della «coscienza sociale», interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 1-16; V. Marcenò, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2012, 377-398. Sulla distinzio-

Il mutare di concetti quali quelli di 'famiglia'[4], 'genitorialità' o 'filiazione' non rappresenta certo un fenomeno inedito, in quanto da tempo la dottrina utilizza in tale ambito formule che esprimono la pluralità delle forme di realizzazione e manifestazione di tali relazioni sociali in ambito familiare[5].

Si potrebbe quindi dubitare dell'originalità di una riflessione che si occupi di sistematizzare le varie "rotte giuridiche" attraverso le quali le diverse fonti di produzione (legislativa, amministrativa, giurisprudenziale) tendono a recepire e dotare di efficacia giuridica l'evolversi dei fenomeni sociali relativi alla genitorialità. Tuttavia, a rendere attuale tale riflessione contribuisce in maniera decisiva l'impatto prodotto a livello sociale dalla disponibilità di tecniche mediche di procreazione, che offrono alternative sempre più sofisticate e accessibili alla riproduzione naturale, finendo quasi inevitabilmente per incidere sul significato tradizionalmente associato al concetto di filiazione, genitorialità, madre e padre[6]. Se, quindi, le aspirazioni delle persone – come individui o all'interno di una relazione affettiva – a realizzare un concreto progetto genitoriale restano invariate, le strade percorribili a tal fine si moltiplicano, dal punto di vista della fattibilità medico-scientifica, ponendosi al contempo la questione della opportunità politica e della necessità costituzionale di garantire forma giuridica alle medesime. In tale ambito, la pressione del fatto raggiunge livelli talmente elevati da produrre, a livello giuridico, reazioni di tenore molto diverso, che vanno da atteggiamenti di più o meno consapevole astensionismo, soprattutto a livello legislativo, a meccanismi di parziale apertura delle categorie tradizionali, a livello giurisprudenziale e amministrativo. Si tratta, evidentemente, di una rappresentazione parziale, la quale viene resa ulteriormente composita e differenziata se all'interno della riflessione relativa ai processi di giuridificazione di nuove forme di genitorialità sociale si inserisce l'elemento della comparazione giuridica.

---

ne tra mutamenti del paradigma biologico e di quello giuridico, C. Casonato, *Biodiritto. Oggetto, fonti, modelli, metodo*, Torino, Giappichelli, 2023, in particolare 69 ss.

[4] Cfr. E. Rossi, *Un fossile vivente (e necessario): la famiglia tra disciplina costituzionale e mutamenti sociali*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2022, 53-78.

[5] Si pensi, richiamando evidentemente la nota immagine di Jemolo, a F.D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 2002, 509 ss. Nella prospettiva del diritto costituzionale, ci si riferisca ad esempio a N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova, Cedam, 1984.

[6] Di «scomposizione del processo riproduttivo, determinata dallo sviluppo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ha portato ad emersione un'altra tipologia di conflitti, relativi al potere di disposizione dei soggetti del progetto procreativo, sull'embrione o sul materiale riproduttivo idoneo alla fecondazione in vitro» parla M. Acierno, *Cambia la rappresentazione simbolica del Corpo e cambiano i modelli familiari. L'approccio delle Corti dei diritti*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2106, 265.

A fronte di tali riflessioni preliminari, di tale triangolazione – mutamento sociale, tecnico-scientifico, normativo – verrà proposta una analisi su tre livelli concettuali, utilizzando il metodo della comparazione giuridica. Dal punto di vista della struttura teorica del contributo, si procederà secondo un andamento che identifica tre livelli di analisi, relativi rispettivamente alla "de-strutturazione" del concetto di genitorialità, alla "s-composizione" dell'idea di genitorialità sociale e, infine, alla "contestualizzazione" delle concrete forme di manifestazione di quest'ultima.

In una prima fase, ci si concentrerà sulle caratteristiche del processo di "*de-strutturazione*" (al fine di renderla capace di metabolizzare forme "altre" di genitorialità) del concetto di genitorialità, che tende a integrare (e non a sostituire) la concezione tradizionale di famiglia, filiazione e di relazioni familiari e affettive con significati e dimensioni ulteriori (genitorialità sociale, intenzionale). Dal punto di vista fenomenologico, ciò può essere considerato irreversibile e tendenzialmente fisiologico, restando evidentemente aperta la questione relativa all'*an* ed eventuale *quomodo* della sua traducibilità in termini giuridici. Anche alla luce della giurisprudenza costituzionale italiana[7], è possibile individuare nel legislatore il principale "metronomo" della giuridificazione di forme "altre" di genitorialità. Quest'ultimo, infatti, può selezionare i modelli di famiglia e di procreazione sulla base dei quali disciplinare i canali empirici o giuridici di espressione del pluralismo in ambito familiare o procreativo (ad es., escludendo le persone singole o le coppie omosessuali dall'adozione o dall'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita; o vietando specifiche pratiche di PMA, quali la maternità surrogata), venendo eventualmente stimolato o orientato dalla giurisprudenza ordinaria, costituzionale o convenzionale.

Successivamente, si opererà una "*s-composizione*" interna al concetto di genitorialità sociale, il quale può essere apprezzato – e disciplinato in termini giuridici – alternativamente secondo una prospettiva "adultocentrica" o "paidocentrica"[8], le quali identificano come centrali rispettivamente la dimensione orizzontale (il diritto alla genitorialità della coppia o della persona adulta) o quella verticale (il diritto alla genitorialità dei nati) delle relazioni familiari-affettive. A tali prospettive corrispondono, evidentemente, modalità differenziate di disciplina, tanto nell'*an* quanto nel *quomodo* del riconoscimento normativo, con una centralità crescente – nel moto verticale – delle esigenze di tutela effettiva del preminente interesse del minore rispetto alle istanze

[7] Sul punto, si rinvia alle riflessioni ospitate nei paragrafi successivi.

[8] Cfr. M. Sesta, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, n. 7/2021, 763-775.

di riconoscimento della genitorialità della persona o delle coppie coinvolte[9].

Infine, la "*contestualizzazione*" delle caratteristiche concrete delle diverse espressioni della genitorialità sociale verrà proposta al fine di evidenziare come le concrete caratteristiche dei singoli casi possono incidere in modo decisivo sulle forme di riconoscimento giuridico delle medesime. In tale prospettiva, sono identificabili dei fattori "variabili" (ad esempio, orientamento sessuale, tipo di tecnica riproduttiva, migliore interesse del minore, legame biologico o genetico con il nato), che possono rilevare rispetto all'attribuzione di rilevanza giuridica delle diverse relazioni familiari createsi attraverso l'utilizzo di tecniche di procreazione assistita. Questi elementi contestuali possono pertanto orientare la selezione delle forme giuridiche concretamente adottate, venendo inoltre ad assumere un rilievo diverso se valutati giuridicamente "a monte" o "a valle" dell'evento nascita.

Dal punto di vista metodologico, si adotterà un approccio comparato, al fine di esprimere la complessità del fenomeno e la variabilità delle soluzioni concretamente adottabili dal punto di vista giuridico. Si vuole in tal senso evidenziare in particolare come l'esperienza comparata sembra dimostrare l'esistenza di una elevata discrezionalità politica nella definizione dei modelli familiari e procreativi prima dell'evento nascita (relativamente ad esempio ai soggetti legittimati ad accedere all'adozione o alla procreazione assistita; o all'esclusione di determinate pratiche procreative, come la maternità surrogata), la quale tende progressivamente se non a ridursi quantomeno a "qualificarsi" nel momento in cui la valutazione politica avvenga successivamente alla nascita (paradigmatico il tal senso è il caso della tutela del diritto alla genitorialità dei nati da maternità surrogata all'estero).

§ 2. – *Processi di giuridificazione della genitorialità sociale: dal fatto al diritto*

In assenza di una formale definizione giuridica[10], il concetto di genitorialità sociale (o d'intenzione, come a volte viene definita) può essere riconosciuto da una prospettiva sociologica o fattuale, identificandosi con tale termine «chi si assume il compito di curare la crescita e l'educazione di un figlio che non ha generato»[11]. Attraverso tale lemma, quindi, si identificano «[…] tutte le ipotesi in cui si instauri tra

[9] Questi aspetti verranno trattati nel paragrafo dedicato alla fase della s-composizione del concetto di genitorialità sociale.

[10] M. Velletti, *Interesse del minore e genitorialità*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, Treccani, 2018.

[11] Vocabolario Treccani, (voce) *Genitore sociale*, Neologismi, 2008.

un adulto e un minore un profondo vincolo affettivo, assimilabile in concreto al legame genitoriale, in mancanza di un titolo giuridico»[12], rientrando in tale categoria casi ormai consolidati a livello sociale, come quello delle famiglie ricomposte o allargate e di prolungato affidamento familiare del minore, ma anche di più recente emersione, come le relazioni familiari sorte in relazione a nascite all'estero avvenute mediante maternità surrogata.

La giurisprudenza, in particolare quella della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ha contribuito a individuare alcuni elementi connotativi del concetto in esame, i quali possono potenzialmente assumere rilievo al fine di determinare la rilevanza anche giuridica di rapporti di filiazione consolidatisi nel contesto familiare. In tal senso, la Corte EDU si riferisce all'esistenza di un profondo vincolo affettivo assimilabile al legame genitoriale, in assenza di un titolo giuridico; al tempo trascorso assieme e alla qualità delle relazioni familiari vissute in concreto; all'esercizio di un ruolo genitoriale nei confronti del bambino da parte di chi non possa vantare un legame genetico con quest'ultimo[13].

Si tratta di un fenomeno multi-fattoriale, che risulta da almeno due processi di mutamento: sociale, da un lato, e tecnico-scientifico, dall'altro lato. Come rilevato in dottrina, l'attestarsi di una nuova forma di genitorialità sociale accanto a quella biologica rappresenta ormai un fenomeno consolidato e «[…] connesso con l'evoluzione dei modelli familiari, ma intimamente collegato coi progressi della scienza e della tecnica rispetto alla possibilità di manipolare e di disporre del proprio corpo»[14]. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) e la maternità surrogata, in particolare, hanno messo in crisi in modo irreversibile la possibilità di declinare in termini di esclusività – dal punto di vista giuridico – ciò che è stato definito «il paradigma dominante e tradizionalmente ordinatore della genitorialità biologica, composta da eterosessualità, derivazione genetica, gestazione e parto»[15]. In questa prospettiva, la volontà politico-legislativa di ricondurre – fin dove possibile (cfr. la giurisprudenza costituzionale italiana in materia di PMA) – le forme alternative di procreazione (e quindi di genitorialità) agli schemi e concetti tradizionali appena richiamati non appare

[12] M. Velletti, *Interesse del minore e genitorialità*, cit.

[13] *Ex plurimis*, M. Caielli, *La Corte EDU torna sulla maternità surrogata e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?*, in *DPCE Online*, n. 1/2023, 1495-1502; L. Poli, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, in M. Caielli, B. Pezzini e A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, Università degli Studi di Torino, 2019, 162-177, 164-168.

[14] A. Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, 15.

[15] *Ibidem*.

ex se incompatibile con il quadro costituzionale di riferimento, ma esiste evidentemente un punto di rottura normativo, oltrepassato il quale la legittima finalità di imporre a livello legislativo modelli genitoriali basati su caratteri quali la natura eterosessuale della coppia e, fin dove possibile, il carattere "naturale" della gestazione e della procreazione, ai quali ricondurre le forme "artificiali" di realizzazione di queste ultime[16], tracima inevitabilmente nella illegittimità (come nel caso del divieto di fecondazione eterologa) o nella insostenibilità[17] costituzionale.

L'equilibrio è evidentemente sottile, dal punto di vista sociale quanto giuridico, ma niente affatto inedito. Nella dottrina costituzionalistica, da tempo si è messo in evidenza la distinzione, ma anche la loro intima correlazione, tra "significato sociale del fatto" e "assunzione di senso" giuridico di quest'ultimo[18]. In tale prospettiva, l'eventuale selezione di senso che possa avvenire a livello legislativo – come nel caso della disciplina delle tecniche di PMA e della maternità surrogata – non è destinata a chiudere «la competizione per la determinazione del senso del fenomeno»[19], evocando pertanto l'esistenza di canali alternativi attraverso i quali la giuridificazione possa concretamente avvenire. Evidentemente tale approccio richiama la questione del rapporto tra funzioni delle quali ciascun potere – in particolare legislativo e giudiziario – risulta titolare, assumendo una speciale centralità il ruolo svolto in tal senso dalla Corte costituzionale, la quale ha espressamente qualificato le modalità di esercizio della funzione di controllo di costituzionalità in termini di leale collaborazione nei confronti del legislatore[20].

La genitorialità sociale costituisce quindi un "fatto", che «spinge per una qualificazione giuridica diversa», giustificata da un mutamento legislativo o dall'evoluzione della coscienza sociale[21]. Si pone quindi, dal punto di vista del diritto, la questione dell'esistenza di un dovere giuridico di farsi carico di tali "aspettative normative" emer-

[16] Cfr. la sentenza della Corte costituzionale che ha escluso l'illegittimità del requisito della natura eterosessuale della coppia per accedere alla PMA (sent. 221 del 2019).

[17] Come si tenterà di dimostrare, il caso dell'essenza di un quadro giuridico *ad hoc* di riconoscimento della genitorialità sociale nell'ambito della maternità surrogata; di «regola sostanzialmente insufficiente», riferendosi al divieto di tale pratica introdotto dalla legge n. 40 del 2004, parla A. Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, cit., 15.

[18] G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, 192.

[19] *Ivi*, 194.

[20] Cfr. ordinanza n. 207 del 2018 e anche, successivamente, l'ordinanza n. 132 del 2020, in cui la Corte costituzionale si esprime in termini di «spirito di leale collaborazione istituzionale» e di «rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni». In tema, cfr. M. Picchi, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, 1412-1423.

[21] R. Bin, *Normatività del fattuale*, Modena, Mucchi, 2021, 28.

genti a livello sociale, e di quale istituzione – il Parlamento, la magistratura – debba eventualmente svolgere la funzione di dare forma giuridica a tale realtà. Evidentemente, una volta sussunte alla categoria della genitorialità sociale, le recenti vicende normative relative alla determinazione dello *status filiationis* dei nati da maternità surrogata all'estero, in particolare relativamente al genitore sociale privo di un legame di natura biologica o genetica, rappresentano un esempio paradigmatico in tal senso. Dopo queste premesse, si svolgerà l'analisi tripartita proposta, che si articolerà in tre momenti, rispettivamente di destrutturazione, scomposizione e contestualizzazione del concetto di genitorialità (sociale).

§ 3. – *La "destrutturazione" del concetto giuridico di genitorialità*

Per destrutturazione, concetto che si applicherà al significato giuridico di genitorialità, si può intendere la «scomposizione di una struttura negli elementi che la costituiscono, per avviarne una riorganizzazione»[22] o per «liberare nuove potenzialità espressive»[23]. Finalità di tale processo non è quindi di operare un superamento o smantellamento di categorie o strutture, anche sociali o normative, esistenti, quanto piuttosto di reinterpretarle al fine di ricavarne inedite possibilità di espressione e di sviluppo, che risultino coerenti rispetto alla *ratio* originaria.

Applicato all'ambito oggetto di analisi, un'operazione di destrutturazione del concetto giuridico di genitorialità – se considerato alla luce delle sue concrete espressioni a livello sociale – assume natura irreversibile e fisiologica, tenuto conto della necessità di adeguare le categorie normative all'evoluzione della realtà sociale, in particolare delle strutture sociali e del pluralismo che caratterizza ormai i modelli familiari. Destrutturare il significato giuridico, quindi, per proporne una ricostruzione che sia capace di aumentare la capacità del diritto di metabolizzare forme sociali "altre" di genitorialità, in funzione integrativa e alternativa – e non sostitutiva o suppletiva – dei modelli genitoriali e familiari "tradizionali" (filiazione per nascita o adozione) o che godono di una formale copertura giuridica (filiazione da PMA).

Dal punto di vista della dottrina, si è da tempo riconosciuto come «[…] tanto nella regolazione normativa e giuridica quanto nelle pratiche sociali, la rappresentazione naturalistica della filiazione e della genitorialità si trovi affiancata, e talora entri in conflitto, con l'altra rappresentazione di tipo volontaristico, che si esprime, nella sua forma

[22] Definizione tratta dal dizionario Treccani.
[23] Cfr. il Dizionario della lingua italiana Garzanti.

più radicale, con il diniego del biologico»[24]. Sarebbe avvenuta una evidente scissione – d'altra parte solo eventuale – tra elemento naturalistico della maternità, da un lato, ed elemento volontaristico o intenzionale del progetto familiare e della costruzione del legame genitoriale[25], ponendosi quindi la questione della adeguatezza delle regole e degli schemi normativi esistenti in materia, costruiti sostanzialmente sul paradigma biologista, ad "accogliere" modelli alternativi[26]. In realtà, vi sarebbe una questione preliminare, relativa alla configurabilità di un dovere giuridico di assicurare copertura a modelli genitoriali alternativi, ed eventualmente alla determinazione del margine di apprezzamento attribuibile agli organi titolati a svolgere tale funzione, siano essi il legislatore, i giudici, o la Corte costituzionale. In tal senso, a livello di riconoscimento giuridico di forme alternative di genitorialità, non fondate sulla dicotomia *favor legimitatis* e *favor veritatis*, pare possibile identificare una sorta di monopolio del legislatore, rispetto al ruolo di "trasformatore" o "filtro" tra i due ambiti di evoluzione, sociale da un lato e normativa dall'altro lato. Ciò pare confermato anche dalla giurisprudenza costituzionale italiana, dalla quale sembra possibile derivare il riconoscimento di uno spazio di discrezionalità politica pressoché assoluto relativamente alla definizione dei modelli normativi di famiglia e di genitorialità, rispetto ai quali valutare ed eventualmente validare schemi alternativi emergenti dalla realtà sociale[27].

Come noto, a livello legislativo, la scelta di non estendere l'istituto matrimoniale a relazioni affettive omosessuali, riservando a queste ultime una forma alternativa di riconoscimento giuridico (le unioni civili), risulta sostanzialmente fondata sulla volontà politica – supportata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale – di garantire comunque la natura eterosessuale del matrimonio, in funzione anche di assicurare una determinata concezione di genitorialità e di filiazione[28]. Il paradigma eterosessuale tende a imporsi anche relativa-

[24] P. Ronfani, *I nuovi scenari della filiazione e della genitorialità*, in *Sociologia del diritto*, n. 1/2020, 88, evidenziando anche i rischi potenziali di tale fenomeno, ad esempio quello «[…] che la filiazione, da *status* indisponibile, diventi assimilabile ad un ruolo che può essere definito, cambiato e negoziato a seconda delle diverse configurazioni, spesso scelte dagli attori sociali, ma talora anche contingenti, che possono assumere le relazioni familiari e genitoriali nelle società occidentali contemporanee» (*ivi*, 89).

[25] A. Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, cit., 14.

[26] *Ivi*, 16.

[27] Sull'influenza della giurisprudenza costituzionale e sulla centralità del legislatore nella disciplina dell'evoluzione socio-giuridica nell'ambito del diritto delle relazioni familiari, si veda recentemente G. Puccini, *Legislatore e giudici nella recente evoluzione del diritto di famiglia*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019, in particolare 35 ss.

[28] Seppur tenendo conto della spesso imprevedibile variabilità dei casi, come dimostrano le decisioni in materia di divorzio imposto a seguito di rettificazione del sesso di uno dei due coniugi. Significativamente, B. Pezzini, *Oltre il "caso Bernaroli": tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio*, in

mente al riconoscimento dei rapporti di filiazione, che porta al prevalere dell'opzione legislativa di escludere le coppie omosessuali dall'accesso all'istituto della adozione piena[29], nonché alle tecniche di PMA. A tale approccio, in riferimento alla PMA, si affianca una concezione esclusivamente "medica" delle finalità che possono giustificare l'accesso a tali tecniche, delle quali non viene assunto a livello legislativo l'ulteriore potenziale declinazione, in grado di esprimere il paradigma volontaristico del progetto genitoriale.

Proprio la disciplina della PMA, prevista dalla ormai "*ex*"[30] legge 40 del 2004, esprime pertanto paradigmaticamente la tendenza alla imposizione *ex lege* di una determinata concezione di famiglia e genitorialità. Ciò rappresenta, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale che ha avuto modo di pronunciarsi su questioni di legittimità che miravano a "scardinare" tale approccio, un modello legislativo costituzionalmente legittimo ma non – mutuando tale terminologia dall'ambito dell'ammissibilità del referendum abrogativo – costituzionalmente vincolato, o imposto. Secondo la Corte costituzionale, infatti, la scelta di ritagliare la disciplina in materia di PMA in modo da riprodurre e garantire anche in tale contesto "artificiale" le caratteristiche tipiche – o legislativamente selezionate a tale fine – di una concezione "naturale" di famiglia e di riproduzione rappresenta una soluzione non incompatibile con il quadro dei diritti e dei principi costituzionali, risultando giustificata la scelta di prevedere il requisito della natura eterosessuale della coppia ai fini dell'accesso a tali tecniche dalla volontà di tutelare il diritto del nascituro a una famiglia *ad instar naturae*, da un lato, e dall'inesistenza di un diritto assoluto alla genitorialità[31].

Tuttavia, la stessa Corte riconosce che, per quanto giustificata e legittima, essa non rappresenta una scelta costituzionalmente imposta[32], potendo il legislatore – e unicamente quest'ultimo attraverso un intervento legislativo – modificarne i caratteri «[…] in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale del fenomeno»[33]; tale mutamento

GenIUS, n. 1/2015, 91 ss., si chiede «Che ne è del paradigma eterosessuale del matrimonio dopo la sentenza 8097?», riferendosi alla sentenza della Corte di Cassazione che ha "risposto" alla sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 2014. Cfr. anche P. Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in S*tudium iuris*, n. 10/2010, 997-1008.

[29] Analizza tale questione C. Giunta, *Le strade impervie della omogenitorialità: i silenzi della legge e la "supplenza" dei giudici*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2022, 146 ss.

[30] Si richiama l'efficace espressione di A. D'Aloia, *L'(ex) 40*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2015, 997-999.

[31] Corte costituzionale, sentenza n. 33 del 2021.

[32] Utilizza analoga espressione A. Schillaci, *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in *GenIUS*, n. 2/2021, 74-101.

[33] Corte cost., sent. n. 221 del 2019. Sottolinea questo inciso, ponendolo in relazione con il margine di discrezionalità legislativa rispetto all'eventuale apertura delle tecniche di PMA anche alle coppie omosessuali, L. Del Corona, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legi-*

non potrebbe legittimamente avvenire per via giurisprudenziale, ma non sarebbe automaticamente incompatibile con il quadro dei principi costituzionali, confermandosi in tal senso che si tratterebbe di un modello giuridico di genitorialità legittimo, ma non costituzionalmente obbligato. In una successiva occasione, la Corte costituzionale ha ribadito la pluralità dei percorsi giuridicamente percorribili in tale ambito[34]. Pur dichiarando inammissibile una questione relativa ai limiti posti dall'ordinamento rispetto alla piena trascrivibilità in Italia di certificati di nascita formati all'estero da parte di una coppia di donne a seguito di PMA, la Corte ha affermato che la Costituzione, se non impone il riconoscimento della omogenitorialità, all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, essa tuttavia non è chiusa a soluzioni di segno diverso, che però potranno essere introdotte eventualmente «[…] in base a valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata»[35].

Tale risultato, quindi, non può essere raggiunto attraverso il sindacato di costituzionalità, ma «è, viceversa, perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta», così come – inferendo da tale affermazione – non risulta imposto nemmeno il modello legislativo attualmente in vigore[36]. Richiamando un principio ormai consolidato all'interno della propria giurisprudenza in tale ambito, la Corte costituzionale riconduce un'eventuale modifica dell'assetto attuale «all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre […] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale» (sentenza n. 84 del 2016)»[37].

Volgere lo sguardo a ordinamenti diversi da quello italiano risulta utile a comprendere come, in ordinamenti connotati in senso pluralista e personalista, possano trovare spazio anche approcci legislativi alla genitorialità, alternativi a quello – tendenzialmente conservatore

slativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2020, 227-247.

[34] Corte cost., sent. n. 230 del 2020.

[35] Ruggeri sulla Costituzione "muta" rispetto a queste questioni.

[36] Ricorda I. Rivera, *Le ragioni del pluralismo e della complessità. La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 4/2021, 349, riferendosi alle sollecitazioni favorevoli ad un intervento legislativo operato dalla Corte costituzionale nelle sentenze appena ricordate, che «[…] Non si tratta, infatti, semplicemente di stabilire la prevalenza di un interesse sull'altro ma di operare un'analisi più matura della pluralità dei risvolti nelle dinamiche della socialità, con lo scopo di perseguire il pieno sviluppo della persona e della propria identità».

[37] Corte cost., sent. n. 221 del 2019.

– adottato in Italia. Ciò avviene tanto rispetto alla disciplina delle adozioni, rispetto alle quali l'atteggiamento escludente che caratterizza l'ordinamento italiano nei confronti delle famiglie omosessuali (nonché delle persone single) rappresenta una sorta di *unicum* a livello comparato, quanto alla disciplina delle tecniche di PMA, rispetto alle quali si assiste a una tendenza volta a adottare una concezione non solo medica ma anche volontaristica della procreazione "artificiale".

Recentemente il criterio della volontà procreativa quale criterio alternativo e ulteriore rispetto a quello medico-sanitario – la condizione di sterilità o infertilità o il rischio di trasmissione di malattie genetiche gravi – ai fini dell'accesso alle tecniche di PMA è stato introdotto nell'ordinamento francese dalla Loi n. 2021-1017[38]. La legge appena citata ha infatti modificato la *Loi de Bioéthique*, prevedendo che il ricorso alla PMA sia subordinato all'esistenza di un progetto genitoriale, superando pertanto la totale coincidenza tra accesso alle tecniche e finalità di natura esclusivamente medico-sanitaria[39]. Sono stati infatti eliminati i requisiti relativi all'infertilità patologica medicalmente accertata e alla trasmissione di una malattia particolarmente grave, che in precedenza condizionavano l'accesso alla PMA. Preliminarmente alla prestazione, i medici responsabili dovranno limitarsi a verificare, attraverso un colloquio disciplinato dall'art. L. 2141-10 del *Code de la santé publique*, la motivazione di entrambi i membri della coppia o della donna non sposata, oltre che a effettuare una valutazione medica di entrambi i membri della coppia o della donna non sposata.

La modifica della matrice concettuale e teleologica che giustifica l'accesso alle tecniche ha quindi condotto il legislatore francese a estendere l'ambito delle persone legittimate a richiederlo, fino a ricomprendervi anche la donna single (analogamente a quanto accade fin dal 1990 nell'ordinamento spagnolo) e le coppie omoaffettive composte da due donne, escludendo al contempo quelle composte da due uomini[40]. La nuova formulazione dell'articolo L. 2141-2 del *Code de la santé publique* consente pertanto l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie compo-

[38] Su tale aspetto, G. Préveraud de Vaumas, *Parenthood standards underlying medically assisted reproduction regulation in France in the wake of 2021 Bioethics law*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2024, 199 ss., che sottolinea come la riforma in oggetto «[…] depathologized infertility, by asserting the primacy of a "parental project" over" the physical impossibility of procreation, so far as to admit same-sex and non-couple-based parental projects» (*Ibidem*).

[39] Per un commento sulla riforma, T. Penna, *PMA pour toutes, anonimato di donatori e donatrici di gameti e potenziali conseguenze discriminatorie dell'esclusione della GPA. Prime riflessioni sulla riforma della loi de bioéthique in Francia*, in *Rivista di BioDiritto – BioLaw Journal*, n. 3/2021, 439-456.

[40] Cfr. la sentenza del *Conseil Constitutionnel* che ha riconosciuto la legittimità di tale esclusione.

ste da un uomo e una donna, da due donne e alle donne non sposate[41], specificando al comma successivo che l'accesso alla PMA non possa comportare alcuna differenza di trattamento, in particolare per quanto riguarda lo stato civile o l'orientamento sessuale delle persone che ne facciano richiesta. L'apertura alle donne single e alle coppie di donne esprime la volontà politica del legislatore francese di aprire canali normativi di riconoscimento di modelli familiari e forme di genitorialità ulteriori rispetto a quelli tradizionali, ammettendo la legittimità di schemi genitoriali che prescindono almeno parzialmente dal paradigma biologico e genetico per l'attribuzione dello *status filiationis* e della relazione genitoriale[42]. L'apertura alle coppie omoaffettive composte da due donne, infatti, esprime il riconoscimento del rilievo giuridico della genitorialità intenzionale, anche in riferimento alla componente della coppia che non abbia portato a termine la gestazione. Madre gestante e madre intenzionale vengono equiparate *ex lege*, ai fini dell'attribuzione dello *status* di genitore, essendo previsto un procedimento di riconoscimento congiunto e anticipato, fondato sulla verifica della volontà procreativa e genitoriale e sulla irrilevanza del vincolo genetico[43].

L'evoluzione legislativa avvenuta nell'ordinamento francese conferma paradossalmente quanto affermato in riferimento al caso italiano: spetta esclusivamente al legislatore definire i modelli familiari e genitoriali giuridicamente ammissibili, godendo in tal senso di un ampio margine di discrezionalità, che trova unicamente nella evidente arbitrarietà o manifesta irragionevolezza un eventuale argine. Tale impostazione ha trovato conferma nella sentenza n. 2022-1003 QPC, du

[41] Di «cambio di paradigma notevole» parla G. Terlizzi, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, in *GenIUS*, *online first*, 11, novembre 2022, 7. Si riporta il testo dell'articolo citato: «L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation après les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinico-biologique pluridisciplinaire effectués selon les modalités prévues à l'article L. 2141-10».

[42] Un quadro analogo è stato introdotto nel 2016 in Portogallo, quando nella legge in materia di PMA è stato introdotto il principio secondo cui le tecniche di PMA possono essere utilizzate da tutte le donne indipendentemente dalla diagnosi di infertilità (art. 1) e si è esteso l'accesso alle tecniche anche alle coppie omoaffettive femminili, oltre che tutte le donne indipendentemente dal loro stato civile e dal loro orientamento sessuale.

[43] G. Terlizzi, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, cit., 15, sottolinea l'incoerenza interna a tale procedura, dal momento che «Se infatti, l'atto del riconoscimento in oggetto è "congiunto" per quanto riguarda la forma, non lo è per quanto attiene agli effetti, poiché produce conseguenze solo nei confronti della donna che non ha partorito», in quanto «la donna che ha partorito il bambino è la madre in virtù del parto, (come previsto dall'articolo 311-25 c.c.), l'altra donna sarà la madre in virtù del riconoscimento comune anticipato» (*Ibidem*). Evidenzia i profili critici connessi a tale soluzione, anche in termini di uguaglianza nei confronti delle coppie eterosessuali, A.M. Lecis Cocco Ortu, *La "PMA pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, in *GenIUS*, n. 2/2021, 111.

8 juillet 2022, del *Conseil Constitutionnel* francese, che ha ritenuto legittima la scelta operata dal legislatore di escludere delle coppie omoaffettive maschili dall'accesso alle tecniche di PMA[44], differenziandole in questo modo da quelle femminili. Dopo avere individuato la *ratio* della modifica legislativa[45] e la differenza di situazione tra uomini e donne, in termini di norme di stato civile, quale elemento che giustifica la differenza di trattamento, in relazione allo scopo della legge, riservata alle coppie omoaffettive femminili, il *Conseil* ribadisce i limiti del proprio scrutinio, il quale non si può estendere fino a sostituire la propria valutazione a quella del legislatore per quanto riguarda la necessità di tenere conto di tale differenza di situazione (§ 8).

Si avverte la consonanza di argomentazioni, pur a fronte di modelli legislativi evidentemente diversi per approccio, con quanto sancito dalla Corte costituzionale italiana, relativamente all'esclusione delle coppie omoaffettive (nel caso di specie, femminile) dall'accesso alla PMA.

A delineare una tendenza in via di consolidamento a livello europeo, anche l'ordinamento spagnolo, da tempo caratterizzato per ammettere ogni donna – a prescindere dal proprio status civile ("*toda mujer*" recita la legge) – alle tecniche di PMA, ha recentemente riformato la legge n. 14 del 2006, in materia di PMA, garantendo l'accesso della donna alle tecniche «indipendentemente dallo stato civile o dall'orientamento sessuale»[46]. Inoltre, art. 16 della legge n. 4/2023[47] ha ribadito che l'accesso alle tecniche di PMA devono essere garantite anche alle donne omosessuali, bisessuali e single, in condizioni di eguaglianza con le altre donne, prevedendone il godimento anche alle persone transessuali, che abbiano conservato la capacità di procreare, senza che ciò possa causare discriminazioni basate sull'identità sessuale di queste ultime.

Volendo proporre una prima conclusione provvisoria, relativa alla determinazione del perimetro della giuridificazione di nuove forme di genitorialità sociale, è possibile affermare che rispetto alla definizione giuridica dei modelli di famiglia, genitorialità e riproduzione, il canale normativo attraverso la quale si esprime la giuridificazione è rappresentato in maniera pressoché esclusiva da quello legislativo. Un limitato spazio viene occupato dalla giurisprudenza, in particolare

[44] Oltre alle persone nate femmine allo stato civile che hanno subito un cambiamento di sesso pur mantenendo la capacità gestazionale.

[45] Quest'ultima consisterebbe, secondo il *Conseil*, nel consentire alle donne un accesso paritario alla procreazione medicalmente assistita, senza distinzioni basate sullo stato civile o sull'orientamento sessuale.

[46] L'articolo prevede che «La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual».

[47] Si tratta della *Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*.

costituzionale, la quale però tende ad applicare un rigido *self-restraint* – richiamando i limiti posti dal rispetto della discrezionalità del legislatore quale interprete della società – nel momento in cui sia chiamata a valutare le scelte politiche relative all'*an* e al *quantum* del riconoscimento dei rapporti genitoriali e delle forme riproduttive, alternativi a quelli tradizionalmente tipizzati a livello codicistico.

In tal senso, riferendosi alla giurisprudenza costituzionale italiana, la Corte costituzionale può modificare la "topografia" interna al modello legislativo, ma rispettandone i confini tracciati *ex lege*, operando quindi un giudizio di coerenza interna a quest'ultimo ma senza metterne in discussione il fondamento costituzionale. Tale approccio ha finito ad esempio per giustificare il diverso approccio assunto dalla Corte, da un lato, relativamente alla legittimità del divieto assoluto di fecondazione eterologa, originariamente previsto dalla legge 40, il quale si poneva in irrimediabile contrasto con le finalità dichiarate dalla medesima legge; e, dall'altro lato, quello relativo al requisito della natura eterosessuale della coppia, al fine di accedere alle tecniche di PMA, che invece risulterebbe – secondo la Corte – coerente e giustificato dalla volontà di tutelare un determinato modello di famiglia e di genitorialità, la ridefinizione dei quali spetta in via esclusiva al legislatore, a meno di una evidente arbitrarietà o manifesta irragionevolezza dello schema legislativo.

Pertanto, la valutazione "in astratto" compiuta dal legislatore finisce con il costringere la realtà sociale nelle forme giuridiche tipizzate, escludendo dall'ambito del giuridicamente rilevante (ma che resta, di fatto, socialmente tangibile) tutto ciò che non vi si adatta, che ne fuoriesce (come nel caso dell'accesso alla PMA, o del divieto di maternità surrogata). Almeno, fintantoché un ulteriore evento – quello della nascita di un figlio mediante forme "artificiali" di procreazione – non riapra ciò che è stata definita la competizione per la determinazione del senso del fenomeno e costringa a una s-composizione del significato normativo della genitorialità sociale.

§ 4. – *La "s-composizione" del concetto di genitorialità sociale: dalla statica dei modelli alla dinamica delle relazioni*

Il verificarsi dell'evento della nascita introduce una variabile decisiva al fine di orientare la percezione – tanto sociale quanto giuridica – degli effetti derivanti dall'utilizzo di tecniche di PMA, in particolare quando quest'ultime prevedano la donazione di gameti da parte di persone esterne alla coppia o l'accesso a pratiche di surrogazione di maternità. La nascita contribuisce a rendere ulteriormente compo-

sito, ed inevitabilmente più complesso, il fascio di diritti e interessi che viene sollecitato in tale contesto, producendo il tal modo una moltiplicazione delle "aspettative normative" emergenti dal contesto sociale. La topografia dei bilanciamenti da operare viene modificata di conseguenza, pur all'interno dei modelli normativi di famiglia e genitorialità definiti a livello legislativo, risultando caratterizzata da una scissione tra la dimensione orizzontale – o adulto-centrica – e una verticale – o paido-centrica – della genitorialità. A modelli legislativi di procreazione e genitorialità invariati, gli interessi e i diritti coinvolti possono assumere contenuti giuridici differenziati, se apprezzati e valutati in una fase precedente o successiva al realizzarsi della nascita. Gli interessi connessi ai soggetti coinvolti – in particolare la pretesa della coppia alla genitorialità, i diritti del minore, che sono orientati dal principio del suo *best interest* – interagiscono in modo differenziato, a seconda del momento nei quali si richiede un loro apprezzamento in termini normativi, con criteri e parametri fattuali o giuridici, quali l'orientamento sessuale della coppia, la sussistenza di un legame genetico con il nato, o la presenza di divieti legislativi (relativi, come nel caso dell'ordinamento italiano, alla pratica della maternità surrogata). Su tali aspetti ci si soffermerà nel paragrafo successivo, nel quale si opererà una contestualizzazione della genitorialità sociale.

In termini generali se il riconoscimento di un diritto alla genitorialità degli adulti, che compongano una famiglia del medesimo genere, è *de iure condito* condizionato alla sussistenza di elementi di carattere fattuale (ad esempio, l'esistenza di un legame biologico) e limitato nelle forme e negli effetti giuridici (l'adozione in casi particolari a favore del genitore sociale[48]), al contrario il diritto alla genitorialità dei nati, anche attraverso tecniche vietate dall'ordinamento giuridico, come nel caso della maternità surrogata, viene riconosciuto e garantito nella sua pienezza, anche oltre i modelli tradizionali, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata dei medesimi. In sintesi, l'ordinamento italiano risulta caratterizzato – alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità – da due elementi che assumono un particolare rilievo tanto nella prospettiva del controllo di costituzionalità dell'attuale quadro giuridico in materia, quanto, a livello legislativo, in quella di eventuali interventi di riforma.

Da un lato, tanto la Corte costituzionale quanto quella di Cassazione negano di poter ricavare dall'ordinamento l'esistenza di un «diritto alla genitorialità, inteso come aspirazione a procreare e a crescere dei figli»[49]; allo stesso tempo, mutando prospettiva per assu-

[48] Recentemente, in termini generali, A. Spangaro, *Genitorialità giuridica e genitorialità affettiva: nuove forme e funzioni dell'adozione*, in *Federalismi.it*, n. 20/2023, 63-78.

[49] *Ex* art. 2 Cost., Corte cost., sent. n. 33 del 2021; cfr. anche sent. n. 221 del 2019.

mere quella del nato, la Corte di Cassazione ha ribadito la configurabilità di un «diritto fondamentale al riconoscimento giuridico del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale»[50]. In tale prospettiva, pertanto, emerge un'esigenza di riconoscimento legislativo di tale relazione, la quale – anche alla luce della giurisprudenza appena citata – può trovare copertura normativa meramente parziale e temporanea attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale o le prassi amministrative degli Uffici dello stato civile. Appare quindi costituzionalmente necessario un intervento legislativo, che adegui il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata[51] e che, più in generale, introduca «una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale»[52].

Se si riconosce la rilevanza normativa del processo di s-composizione della genitorialità sociale, che richiede di distinguere tra dimensione orizzontale e verticale della medesima, il protrarsi di una situazione di inerzia legislativa non risulta più tollerabile, «[…] tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore»[53], anche in considerazione del fatto che il vigente quadro giuridico applicabile risulta – sempre secondo la Corte costituzionale – non del tutto adeguato al metro dei principi costituzionali e sovranazionali[54]. Pur avendo ben presenti le differenze, fattuali quanto normative, tra fecondazione eterologa e maternità surrogata realizzate all'estero da parte di coppie "etero-" o "omo-" affettive, non appare arduo riconoscere una comune esigenza di tutela e di riconoscimento – organico, *ad hoc*, unitario e non frazionato (a seconda della natura – genetica o sociale – della relazione) – del legame genitoriale sorto e vissuto tra le persone che compongono la coppia che abbia condiviso, realizzato e sviluppato il progetto parentale e i nati.

Dall'altro lato, in un difficile equilibrio di ordine logico e giuridico, nella prospettiva orizzontale della genitorialità (adulto-centrica) la scelta di riconoscere e dotare di forza normativa forme familiari e di genitorialità ulteriori rispetto a quelle tradizionali, in quanto emergenti a livello sociale anche alla luce dell'evoluzione delle applicazioni medico-scientifiche, rientra nell'ambito di esercizio della discrezio-

[50] Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 30 dicembre 2022, n. 38130.
[51] Cfr. il monito della Corte cost., sent. n. 33 del 2021.
[52] Corte cost., sent. n. 32 del 2021.
[53] Corte cost., sent. n. 32 del 2021.
[54] Corte cost., sent. n. 33 del 2021.

nalità politica del legislatore, ponendosi pertanto – quantomeno alla luce della giurisprudenza costituzionale – quale opzione costituzionalmente non necessaria anche se costituzionalmente non impedita. Infatti, la Corte costituzionale afferma ad esempio la neutralità della Costituzione rispetto alla teorica ammissibilità di forme di maternità surrogata, sancendo al contempo il monopolio del canale legislativo nel compiere tale eventuale modifica. Nella sentenza n. 230 del 2020, la Corte afferma in tal senso che il riconoscimento della omogenitorialità non sia imposto dalla Costituzione, ma chiarisce al contempo come quest'ultima non sia chiusa «[…] a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata, non potendosi escludere la "capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali" (sentenza n. 221 del 2019)»[55].

La potenziale idoneità della Costituzione ad accogliere ulteriori schemi familiari e genitoriali, che emergano e si consolidino a livello sociale e fattuale, rappresenta un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte costituzionale, così come l'attribuzione "in via primaria" al legislatore della funzione di predisporre adeguati schemi normativi al fine di riconoscervi rilevanza giuridica[56]. Ciò emerge anche nella sentenza n. 221 del 2019, nella quale la Corte riconosce la ragionevolezza della scelta legislativa di adeguare le condizioni di accesso alle tecniche di PMA al rispetto di una determinata concezione («*ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile») di famiglia e di procreazione (naturale), senza però giungere a negare il fatto che la materia resta «aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»[57].

In tale contesto giuridico e argomentativo, pertanto, la pressante esigenza di tenore costituzionale è rappresentata dal garantire la certezza dei diritti e dello status dei nati, mediante un corpus normativo adeguato e organico, lasciando alla variabile della discrezionalità legi-

[55] Sottolinea tale aspetto, proprio in riferimento alla sentenza citata, F. Paterniti, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, 231.

[56] Sviluppa questo aspetto, sottolineando in tal senso la centralità del legislatore nel compiere tali scelte, E. Olivito, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non pag*a, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2021, 148 ss.

[57] Per un commento, M. Picchi, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, in particolare 146 ss. M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020, 347 ss., offre una approfondita analisi degli effetti in termini di tutela dei diritti di tale opzione legislativa.

slativa l'eventuale adeguamento alla realtà sociale degli schemi giuridici di famiglia, procreazione e genitorialità (orizzontale)[58].

§ 5. – *La "contestualizzazione" delle diverse caratteristiche della genitorialità sociale: un concetto variabile e plurale*

È stato già rilevato come la genitorialità sociale possa esprimere connotati diversi nel suo concreto manifestarsi. Dal punto di vista dell'apprezzamento giuridico del fenomeno, le caratteristiche delle relazioni affettive e familiari che possono venire a consolidarsi nelle concrete relazioni sociali possono incidere sull'*an* e sul *quomodo* del riconoscimento normativo di modelli familiari o procreativi diversi da quelli tradizionalmente accolti a livello codicistico. Inoltre, tali elementi connotativi tendono a subire una attribuzione di significato giuridico, che è caratterizzata da una discrezionalità legislativa più o meno ampia, a seconda del momento nel quale si manifestano, in particolare secondo due direttrici: da un lato, il momento precedente o successivo alla nascita; dall'altro lato, la natura orizzontale o verticale della genitorialità. Si pongono, quindi come variabili, valutabili dal punto di vista della loro rilevanza giuridica in modo non automatico o costante, ma dipendente dal concreto contesto di emersione. La costante dal punto di vista del moto del bilanciamento è peraltro rappresentata dalla tendenza secondo la quale più ci si allontana dalla centralità della genitorialità in senso orizzontale e subentrano altre valutazioni relative alla genitorialità in senso verticale, più lo spazio riservato alla discrezionalità del legislatore tende a ridursi, fino a scomparire in relazione all'*an* del riconoscimento della relazione genitoriale, nella prospettiva della garanzia del miglior interesse del nato.

La discrezionalità subisce invece una dilatazione, nel momento della scelta della concreta "veste" giuridica da attribuire a tale relazione. A tale livello, relativo al *quomodo* del riconoscimento, la discrezionalità legislativa, pur risultando costituzionalmente orientata o qualificata dall'esigenza di prevedere meccanismi celeri ed effettivi per assicurare al nato la continuità stabilità e certezza delle relazioni

[58] Anche B. Pezzini, *La Corte costituzionale ammonisce sull'indifferibilità di una tutela effettiva delle e dei minori nei confronti dei genitori intenzionali*, in *giudicedonna.it*, n. 1/2021, 7-8, riferendosi alle sentenze nn. 32 e 33 del 2021 della Corte costituzionale, riconosce che «Nelle due pronunce si conferma che la Corte continua a manifestare estrema prudenza, se non ritrosia, rispetto alla possibilità di intervenire sul quadro normativo a monte (profilo che attiene alla regolamentazione della riproduzione e genitorialità dal lato dei genitori), concentrandosi di conseguenza sul riconoscimento dell'indispensabilità e dell'urgenza di un intervento a valle, che rimuova gli effetti di tale quadro normativo in pregiudizio dei diritti dei minori (osservando riproduzione e genitorialità dal lato dei figli)».

affettive e familiari[59], è destinata fisiologicamente ad espandersi, risultando vincolata esclusivamente all'obiettivo appena richiamato. In tal senso, la differenziazione tra le modalità e le forme del riconoscimento della relazione genitoriale tra genitore e genitore sociale, nonché – ad esempio – la previsione, come accade all'interno della procedura prevista per l'adozione in casi particolari, di meccanismi di verifica in concreto del miglior interesse e di accertamento della idoneità della persona che abbia manifestato e attuato la volontà di prendersi cura del nato, non sembra risultare incompatibile con la tutela effettiva dell'interesse del minore a mantenere relazioni di fatto già consolidate, alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale[60].

In sintesi, saremmo di fronte a una attività normativa costituzionalmente necessaria rispetto all'*an* del riconoscimento, ma a contenuto non costituzionalmente vincolato nella concreta definizione del *quomodo*. Pertanto, in assenza di una riforma legislativa in materia, gli obiettivi di tutela possono legittimamente essere garantiti attraverso l'interpretazione evolutiva – financo *praeter legem* – dell'istituto dell'adozione in casi particolari, per come riconfigurata dall'azione – concretamente sussidiaria rispetto a un auspicabile ed auspicato intervento legislativo organico (cfr. i moniti sistematici della Corte costituzionale) – della Corte di cassazione e della Corte costituzionale (da ultimo, sent. n. 79 del 2022), che – come noto – ne hanno eliminato i più evidenti elementi critici[61].

In tale quadro complesso, alcune variabili di natura fattuale[62] e giuridica[63] svolgono una decisiva funzione conformativa della disciplina applicabile, entrando queste ultime in relazione diretta con l'esi-

[59] Anche se non automatica, almeno per il genitore sociale: secondo la Corte costituzionale (sent. n. 79/2022) «Anche questa Corte – confrontandosi con il diritto vivente – ha ritenuto che l'adozione in casi particolari, lungi dal dare rilevanza al solo consenso e dall'assecondare attraverso automatismi il mero desiderio di genitorialità, dimostri una precipua vocazione a tutelare "l'interesse del minore […] a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate" (sentenze n. 32 del 2021, n. 221 del 2019; nello stesso senso, sentenza n. 272 del 2017). L'adozione in casi particolari presuppone, infatti, un giudizio sul miglior interesse del minore e un accertamento sull'idoneità dell'adottante, fermo restando che non può una valutazione negativa sull'idoneità all'assunzione della responsabilità genitoriale fondarsi sul mero "orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962)" (sentenza n. 221 del 2019)» (sentenza n. 230 del 2020).

[60] Cfr. Corte cost., sent. n. 79 del 2022.

[61] Per un commento C. Ingenito, *La tutela dei legami di parentela nell'adozione in casi particolari: note a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 79/2022*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2023, 417-436, nel quale si evidenzia la centralità del rapporto tra Corte e legislatore (*ivi*, 434).

[62] Ad esempio, l'orientamento sessuale della coppia o il luogo di realizzazione del progetto genitoriale.

[63] Quali ad esempio la presenza di un divieto legislativo relativo ad una determinata tecnica procreativa, come nel caso dell'ordinamento italiano in materia di maternità surrogata, o di requisiti che limitano l'accesso alle tecniche di PMA, come nel caso della natura eterosessuale della coppia; il principio del dovere di tutelare il miglior interesse del minore.

genza di assicurare un ragionevole bilanciamento tra gli interessi costituzionali coinvolti. Allo stesso tempo, la portata normativa di tali variabili finisce con l'esprimersi in modo diverso a seconda del momento – del contesto – rispetto al quale vengono assunte all'interno dell'argomentazione giuridica (giurisdizionale in particolare). L'evento nascita rappresenta – come già anticipato – lo spartiacque all'interno di tale processo di adeguamento del dato giuridico esistente al concreto progetto genitoriale. Limitandosi a osservazioni inevitabilmente generali, si prenderanno in considerazione brevemente due tra le variabili – extra- e endo-giuridiche – che si rivelano paradigmatiche nello svelare la complessità di rinvenire nel diritto vigente soluzioni operative e istituti capaci di offrire una garanzia pienamente soddisfacente degli interessi giuridici in gioco.

La prima variabile è costituita dall'orientamento sessuale della coppia, che – anche alla luce della giurisprudenza costituzionale – sembra esprimere una rilevanza normativa differenziata a seconda del fatto che tale caratteristica venga valutata in una fase precedente o successiva alla nascita di un figlio, in particolare quando quest'ultima avvenga mediante l'accesso a tecniche vietate in via generale (maternità surrogata) o impedite a determinate categorie di coppie e famiglie, anche in base alla natura etero- od omo-affettiva di queste ultime (accesso alle tecniche di PMA). Tale andamento discontinuo, che caratterizza il processo di attribuzione di significato giuridico all'orientamento sessuale della coppia ai fini rispettivamente della definizione di modelli normativi di famiglia e procreazione, da un lato, e di genitorialità, dall'altro lato, emerge in modo chiaro se posto in relazione con la concreta ampiezza del margine di discrezionalità politica riconosciuto al legislatore, soprattutto in relazione al momento – anteriore o successiva alla nascita di prole – nella quale avviene ciò che nelle pagine introduttive di questo contributo è stata definita come selezione di senso (significato) normativo di un fatto sociale.

Prima della eventuale nascita di figli mediante tecniche vietate o limitate (anche) sulla base dell'orientamento sessuale della coppia che vi acceda, quest'ultimo elemento risulta liberamente apprezzabile da parte del legislatore, il quale può – alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia – legittimamente proporre una costruzione normativa di "matrimonio", quale istituto tipico a copertura costituzionale esplicita e diretta sul quale fondare una famiglia ai sensi dell'art. 29 Cost., o di "procreazione", anche quando quest'ultima avvenga mediante tecniche di PMA, che siano caratterizzate in positivo dal requisito della natura etero-sessuale della coppia. Evidentemente, il libero apprezzamento attribuito al Parlamento non può coincidere con una chiusura assoluta al riconoscimento a livello legislativo di forme

ulteriori di famiglia e di unione affettiva, il quale però – a partire dalla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana – deve fondarsi su parametri costituzionali (art. 2 Cost.) altri (rispetto all'art. 29 Cost.), al fine di assicurare una costruzione costituzionale di matrimonio esclusivamente eterosessuale.

Allo stesso tempo, le modalità, i tempi e le forme di siffatto riconoscimento non possono essere imposte *ab esterno* al legislatore, che ne può liberamente disporre nell'esercizio della propria discrezionalità. Pertanto, la decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale passa esclusivamente attraverso la legislazione[64], pur non potendosi qualificare tale elemento come costituzionalmente imposto, lasciando aperta il tessuto costituzionale la strada anche a soluzioni alternative, plurali e in grado di integrare – senza sostituirlo – il richiamato paradigma.

Analoghe considerazioni possono essere svolte, forse in modo ancor più favorevole alla piena discrezionalità del legislatore, in riferimento alla volontà politica di attribuire valore legittimante, nell'ambito dell'accesso alle tecniche di PMA, al requisito della natura eterosessuale della coppia che voglia accedervi, il quale assume la natura di elemento costitutivo del modello legislativamente imposto di procreazione e di genitorialità. Il superamento di tale caratteristica quale "argine" al godimento di tali prestazioni sanitarie resta nella assoluta disponibilità del legislatore, anche se – come richiamato *supra* – la Costituzione non esprime una posizione di radicale e aprioristica apertura alla capacità di coppie omo-affettive di scegliere, assumere e svolgere funzioni genitoriali.

Come dimostra il panorama di diritto straniero analizzato nel terzo paragrafo di questo contributo, un approccio neutro in riferimento all'orientamento sessuale della coppia (o delle persone) che intenda(no) realizzare un progetto procreativo anche mediante l'utilizzo di tecniche di PMA rappresenta un'opzione tendenzialmente diffusa – e recentemente adottata ad esempio dall'ordinamento francese – a livello comparato. In tali casi, il legislatore statale giuridifica modelli "altri" di famiglia, procreazione e genitorialità (anche dal punto di vista dell'accesso all'istituto dell'adozione da parte di persone single o coppie omo-affettive), parificandoli ai modelli tradizionalmente positivizzati a livello legislativo. L'elemento che accomuna esperienze tanto conservatrici (in senso oggettivo-descrittivo) quanto riformatrici (rispetto al quadro giuridico tradizionale) è rappresentato dalla centralità della fonte legislativa quale canale privilegiato – esclusivo – del

[64] M. Manetti, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2019, 2613 ss.

mutamento giuridico in tale ambito, quando gli effetti di quest'ultimo siano destinati ad alterare i modelli esistenti in materia.

Una volta verificatosi l'evento "nascita" e coerentemente con lo spostamento dell'asse della rilevanza costituzionale delle relazioni affettive sorte di conseguenza dalla dimensione orizzontale a quella verticale della genitorialità, l'elemento dell'orientamento sessuale della coppia perde rilievo, fino a divenire giuridicamente irrilevante nel momento della valutazione o verifica della capacità di svolgere in concreto le funzioni associate alla genitorialità[65]. Ma un approccio neutrale, che tende a neutralizzare la carica ideologica del paradigma dell'orientamento sessuale, si esprime – in termini forse paradossali, in quanto coincide con un aspetto che indubbiamente introduce un elemento di forte differenziazione tra posizione del genitore biologico e genitore sociale – anche a livello operativo. Infatti, in riferimento alla fase di «[…] accertamento di idoneità dell'adottante»[66], alla quale deve sottoporsi il genitore sociale del nato da tecniche di PMA vietate (surrogata), la Corte costituzionale ha chiarito come l'orientamento sessuale dell'adottante (genitore sociale) venga a porsi come qualità irrilevante ai fini della valutazione, dal momento che una eventuale valutazione negativa sull'idoneità all'assunzione della responsabilità genitoriale non potrebbe fondarsi sul mero orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner[67].

Analoga impostazione assume la variabile del principio della tutela del miglior interesse del nato, la protezione in concreto del quale può assumere configurazioni molto diverse prima o dopo l'avverarsi della nascita della prole, nel contesto delle tecniche di PMA. Assumendo sempre la giurisprudenza costituzionale come criterio di analisi, appare evidente come la *ratio* di assicurare la protezione agli interessi del minore – alla identità, allo sviluppo, a crescere in un ambiente familiare idoneo – possa essere richiamata per giustificare scelte politico-legislative che limitano l'accesso a determinate tecniche o impediscono il riconoscimento giuridico di modelli genitoriali non tradizionali. Infatti, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, schemi legislativi quali il divieto di maternità surrogata, il requi-

[65] Cfr. *supra*, Corte cost. n. 230 del 2020. Chiarisce questo aspetto anche A. Schillaci, *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, cit., 85.

[66] Corte cost. sent. n. 79 del 2022.

[67] *Ibidem*. Sul punto, A. Lorenzetti, *Le nuove sfide della genitorialità: il caso dell'omogenitorialità e il ruolo della Costituzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, *Special Issue*, n. 2/2019, 637, la quale ricorda in termini più generali come «Per quanto sia un elemento certo che la Costituzione – anche soltanto per il periodo storico nel quale fu redatta – aveva come paradigma di riferimento un determinato modello di famiglia e di relazione genitoriale, non può affermarsi che vi sia in essa una preclusione nel tutelare forme di relazioni genitoriali differenti dallo schema-base implicitamente assunto quale riferimento, per cui una vita nasce a seguito di un rapporto sessuale fra un uomo e una donna» (*ivi*, 638).

sito della natura eterosessuale della relazione quale requisito per l'accesso alle tecniche di PMA o all'istituto dell'adozione piena, nonché la formalizzazione della natura eterosessuale del matrimonio, possono rinvenire legittimamente un fondamento costituzionale anche nella comune esigenza, comunque veicolata da una precisa volontà politica, di garantire – tutelare e salvaguardare – la posizione giuridica del nato (anche solo potenziale) o del minore (adozione). Risulta in tal senso paradigmatico quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 221 del 2019 (avente ad oggetto il requisito della natura eterosessuale della coppia per accedere alla PMA), nella quale la natura eterosessuale della coppia viene compresa tra quelle «[…] condizioni ritenute [dal legislatore] migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato" che il legislatore ha identificato – in modo non irrazionale né ingiustificato, secondo la Corte – quali requisiti per accedere alle tecniche di PMA. Non risulterebbe quindi arbitrario o irrazionale, nella prospettiva della garanzia del migliore interesse del nato, veicolare legislativamente l'idea che "una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il "luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato"»[68]. Quando si tratti, pertanto, di definire legislativamente le matrici – culturali e sociali, prima che giuridiche – del concetto normativo di famiglia e genitorialità, l'esigenza di assicurare – in termini teorici e valoriali – l'interesse dei nati (prima che si verifichi l'evento della nascita) ammette scelte limitatrici del concomitante interesse alla genitorialità delle persone e delle coppie, in particolare omo-affettive.

La prospettiva è destinata a mutare radicalmente, nel momento in cui l'avverarsi dell'evento della nascita trasferisca la valutazione – il bilanciamento – dalla tutela della posizione del nato rispetto alla definizione dei modelli legislativi astratti di famiglia e genitorialità, alla tutela in concreto dei diritti e dello *status* delle persone nate a seguito della realizzazione di pratiche non ammesse dall'ordinamento giuridico statale[69]. In tale situazione, il prevalente interesse del minore è individuato a livello giurisprudenziale nella esigenza di assicurare al nato il diritto al riconoscimento giuridico dei legami familiari e affettivi, che siano sorti e si siano consolidati di fatto, anche in presenza di modelli legislativi di genitorialità, procreazione e famiglia che formalizzano (impongono) una determinata – tendenzialmente chiusa e tra-

[68] Corte cost., sent. n. 221 del 2019.

[69] La stessa sentenza richiamata chiarisce subito dopo il passaggio citato appena *supra* come ciò prescinda «dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali».

dizionale – concezione di tali istituti. Tale diritto deve essere garantito nella sua pienezza, quindi anche rispetto al rapporto affettivo instaurato e vissuto non solo con il genitore biologico, ma anche con colui che abbia condiviso il disegno genitoriale, pur in assenza di un legame di natura genetica o biologica, a prescindere – come detto – dall'orientamento sessuale della coppia e anche in presenza di un divieto legislativo relativo alla pratica utilizzato al fine di realizzare il progetto procreativo.

Allo stesso tempo, gli elementi appena richiamati, ad eccezione dell'orientamento sessuale della coppia, tornano a rilevare nella fase di determinazione delle concrete modalità e forme di riconoscimento del legame con il genitore sociale, finendo con il legittimarne – dal punto di vista costituzionale – una differenziazione rispetto alla trascrizione automatica dell'atto di nascita garantita al genitore biologico. In particolare, l'esigenza di assicurare l'effettività del divieto previsto in materia di maternità surrogata ammette e addirittura richiede[70] modalità differenziate di riconoscimento, in quanto tale scelta – ermeneutica e non legislativa, stante l'assenza di una disciplina *ad hoc* – risulterebbe coerente con l'obiettivo di disincentivare l'accesso a tale pratica in ordinamenti nei quali sia consentita. L'individuazione, operata dalla giurisprudenza, dell'istituto dell'adozione in casi particolari come (unica) – a diritto vigente immutato – forma di riconoscimento della genitorialità sociale risponderebbe pertanto a una logica di bilanciamento tra interessi concorrenti, nessuno dei quali – nemmeno il prevalente interesse del minore – può essere considerato come "tiranno" (Corte cost., sent. n. 33 del 2021[71]). Pur nella tendenziale autonomia nella individuazione delle forme, il riconoscimento della relazione genitoriale deve in ogni caso avvenire attraverso procedure che possano essere attuate in modo celere ed efficiente[72].

Ampliando la prospettiva a ordinamenti che prevedono un divieto in materia di maternità surrogata, occorre rilevare che la giuri-

[70] Afferma in tal senso la Corte costituzionale (sent. n. 33/2021) che «Gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità».

[71] Richiama questa immagine anche M. Caldironi, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile*, in *Consulta Online*, n. 3/2021, 1053 ss. Secondo la Corte costituzionale nella citata sentenza «La frequente sottolineatura della "preminenza" di tale interesse ne segnala bensì l'importanza, e lo speciale "peso" in qualsiasi bilanciamento; ma anche rispetto all'interesse del minore non può non rammentarsi che "[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri […]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona" (sentenza n. 85 del 2013)».

[72] Cfr. Advisory Opinion No. P16-2018-001, 2019, §§ 51-55.

sprudenza tende ad assumere un ruolo centrale nella determinazione in concreto delle modalità del riconoscimento della relazione tra nati all'estero e genitore sociale, potendo giungere a soluzioni ermeneutiche non del tutto coincidenti, pur caratterizzate da una tendenziale variabilità. Il caso francese risulta in tal senso paradigmatico, in quanto a fronte di un'evoluzione giurisprudenziale (Corte di Cassazione) che è giunta ad affermare la piena trascrivibilità dell'atto di nascita straniero, anche nei confronti del genitore sociale, il legislatore ha modificato la normativa in materia, chiarendo che la trascrizione deve avvenire alla luce della legislazione francese, nel tentativo di imporre *ex lege* l'istituto della adozione quale forma di riconoscimento della relazione con il (solo) genitore sociale. L'attuale versione dell'art. 47 del codice civile francese prevede infatti che la veridicità del contenuto di un atto di stato civile straniero, condizione per la sua trascrizione, «sarà valutata in conformità alla legislazione francese». Non pare eccessivo rinvenire la *ratio* sottesa alla riforma legislativa nella volontà politica di rafforzare il divieto previsto a livello statale, limitando la natura automatica del riconoscimento al solo genitore biologico e disincentivando in tal modo il fenomeno del c.d. turismo procreativo[73].

§ 6. – *Riflessioni conclusive: un "moto" inarrestabile e la proposta di rinunciare alle qualificazioni*

L'analisi svolta consente di proporre alcune riflessioni conclusive. L'evoluzione della giurisprudenza italiana in materia e le riforme legislative a livello comparato richiamate in precedenza (relativamente all'esigenza di de-strutturazione del concetto giuridico di genitorialità) sembrano dimostrare come gli ordinamenti costituzionali presi in considerazione consentano – in alcuni casi, richiedano – di integrare i tradizionali modelli di famiglia, procreazione e genitorialità, tendenzialmente fondati sulla prevalenza di un determinato orientamento sessuale e sulla sussistenza di un legame biologico e genitori tra nati e adulti. Tale processo tende ad assumere forme e tempi differenziati, nel rispetto di un ampio margine di discrezionalità legislativa.

In riferimento all'ordinamento italiano, sarebbe possibile rinvenire, all'interno della richiamata giurisprudenza costituzionale, degli indizi di potenziale apertura verso modelli genitoriali basati non tanto

[73] Secondo A.M. Lecis Cocco Ortu, *La "PMA pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, cit., 14, l'obiettivo della riforma sarebbe quello di «impedire, in sede di trascrizione, l'indicazione del genitore intenzionale che non abbia un legame biologico col figlio, con la conseguenza che il legame di filiazione con quest'ultimo non possa essere riconosciuto che tramite la via dell'adozione, con tutti i problemi che ciò comporta per la tutela della vita familiare di genitori e figlio e soprattutto del diritto del minore ad un identità anagrafica».

su fatti naturalistici (il parto, il legame biologico o genetico), quanto su elementi volontaristici, che esprimono la rilevanza giuridica della manifestazione di volontà procreativa e genitoriale unitamente all'assunzione di responsabilità di instaurare e consolidare una relazione affettiva quotidiana con il nato. La Corte costituzionale, a conferma del rilievo giuridico della genitorialità sociale, anche quando non coincidente con quella biologica, ha riconosciuto in tal senso che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia»[74]. In altro contesto, nella sentenza n. 161 del 2023 la Corte costituzionale ha ulteriormente valorizzato il nesso tra manifestazione del consenso quale espressione dell'intenzione di avere un figlio, nel caso di specie nell'ambito di un trattamento di PMA, e assunzione di responsabilità nei confronti del nato, che riveste un ruolo centrale ai fini dell'acquisizione dello *status filiationis*[75].

Occorre peraltro chiarire come i riferimenti compiuti a concetti quali volontà procreativa, responsabilità genitoriale o genitorialità sociale, vengono sempre effettuati in funzione al riconoscimento non tanto del diritto degli adulti a diventare genitori, quanto piuttosto alla tutela in concreto dell'interesse prevalente del nato. In tal senso, il rilievo attribuito alla volontà genitoriale, anche quando disgiunta da legami genetici o biologici, risulta funzionale a garantire il diritto dei nati al riconoscimento giuridico e alla continuità esistenziale delle relazioni familiari esistenti in concreto[76]. La tutela e il rilievo anche costituzionale attribuito alla dimensione orizzontale del diritto alla genitorialità si esprime quindi in termini solo indiretti e funzionali alla effettiva tutela degli interessi del nato, in assenza di un intervento legislativo che – come avvenuto in altri ordinamenti – incida sui modelli familiari e procreativi "tradizionali", affiancandoli a schemi ulteriori, che trovano concreta realizzazione nel libero e plurale svolgersi delle relazioni umane e sociali e rispetto alla giuridificazione dei quali, comunque riservata all'esercizio di discrezionalità politica del legislatore, la Costituzione sembra porsi in termini neutri e, quindi, potenzialmente

[74] Ci si riferisce alla sentenza n. 32 del 2021, che richiama le precedenti decisioni n. 272 del 2017 e n. 162 del 2014.

[75] Si rinvia sul punto al contributo di Benedetta Liberali ospitato in questo Volume.

[76] *De iure condendo*, G. Barbato, *Genitorialità intenzionale e status filiationis*, in *GenIUS*, 2024, online first, 2 aprile 2024, 31, ritiene che «[…] per assicurare certezza in termini di diritti riconosciuti ai minori in questione è necessario un intervento ad hoc del formante legislativo che regoli in maniera puntuale e omnicomprensiva i rapporti di filiazione sorti in seguito a tecniche procreative diverse da quelle tradizionali, indi-pendentemente dalla loro eventuale contrarietà a legge». Tale modello dovrebbe fondarsi sul principio di autoresponsabilità, «[…] attraverso la predisposizione di un apparato dispositivo che attribuisca irrevocabilmente la responsabilità genitoriale non solo del genitore biologico, ma pure del genitore intenzionale a partire dal momento in cui ha prestato il consenso consapevolmente e liberamente alla procedura di procreazione medicalmente assistita eletta, a prescindere che quest'ultima venga giudicata *secundum* o *contra legem*».

aperti e "accoglienti". Nella prospettiva di una eventuale riforma legislativa che prenda sul serio le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2021 e in particolare il riferimento alla responsabilità (politica) di individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco, sarebbe auspicabile che una siffatta tutela sia assicurata – parafrasando le parole della Corte – attraverso un procedimento (di adozione) effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione (tra adottante e adottato), allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino.

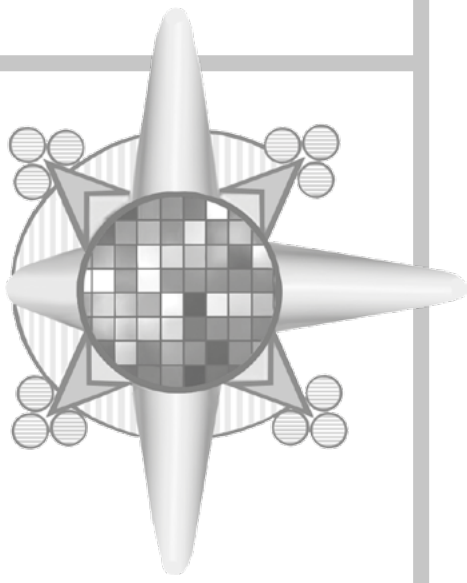
In conclusione, se la discrezionalità del legislatore rappresenta il metronomo del processo di giuridificazione di modelli alternativi – consolidatisi a livello sociale – di genitorialità, ciò non comporta automaticamente che il "moto" di quest'ultimo possa risultare impedito in modo definitivo da una inerzia legislativa. Le aspettative normative espresse dalla realtà sociale, e dalle persone e formazioni sociali che la animano e la rendono plurale, sono destinate a trovare risposte – forma giuridica – altrove (nella giurisprudenza, attraverso la pubblica amministrazione), secondo un andamento che coincide e viene cadenzato dai processi di de-costruzione, s-composizione e contestualizzazione del concetto giuridico di genitorialità, anche sociale, che si è tentato di analizzare in precedenza. Sotto l'agire coordinato della pressione prodotta dal farsi della realtà sociale e della spinta ermeneutica della giurisprudenza, che sta contribuendo indiscutibilmente a riconfigurare la topografia interna ai modelli legislativi di famiglia, procreazione e genitorialità, anche la riperimetrazione concettuale e normativa di questi ultimi potrebbe essere destinata a mutare. Un primo passo in questa direzione, da un punto di vista culturale prima che giuridico, potrebbe essere rappresentato dalla progressiva rinuncia alle qualificazioni giuridiche (sociale, intenzionale, biologica, genetica, artificiale, …) tipicamente associate alla genitorialità come "fatto". Condividere un'idea normativa "senza aggettivi" di genitorialità[77] consentirebbe di concentrarsi sugli effettivi obiettivi di riconoscimento e tutela che sono tipici di questo ambito della realtà sociale, la configurazione concreta della quale è destinata ad assumere forme, schemi e contenuti sempre nuovi e tendenzialmente imprevedibili, rispetto ai quali le categorie giuridiche devono essere pronte ad adattarsi al fine di accoglierne gli sviluppi, senza perdere la propria natura e *ratio* garantista. *Just parents*, appunto.

[77] Sulla falsariga della idea di filiazione "senza aggettivi", cfr. ad esempio G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del Convegno dell'Associazione "Gruppo di Pisa". Catania Dipartimento di Giurisprudenza 7-8 giugno 2013*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 121.

Abstract

The article analyses the process of juridification of so-called social parenting, in the light of both its constitutional foundation and the normative instruments of recognition and protection. This will be done by exposing the legal concept of parenthood, also in its social declination, to a three-fold process of de-structuring, s-composition and contextualisation, with particular attention to the comparative legal dimension.

II. Social Parenthood



5. *Non-recognition of social parenthood in same-sex families – reform proposals for countries that are lagging behind in protecting children*
di Jakub Pawliczak

6. *La frammentazione della figura genitoriale e i criteri di attribuzione dello* status filiationis
di Diletta Giunchedi

7. *Genitorialità affine nel* código de las familias. *Doveri e poteri nelle famiglie ricomposte cubane*
di Nicolò Cevolani

8. *Le nuove famiglie: le sfide della trasformazione*
di Elvira Martini, Paolo Palumbo, Alessia Sabatini

II.5. *Non-recognition of social parenthood in same-sex families – reform proposals for countries that are lagging behind in protecting children*

di Jakub Pawliczak*

Summary: § 1. – Introduction. § 2. – The Dutch model of attributing parental responsibility by court order. § 3. – The French regulation on delegation of parental authority. § 4. – The Irish regulation of non-parent guardianship. § 5. – Regulation of *de facto* care of the child. § 6. – Final remarks and conclusions.

§ 1. – *Introduction*

In recent decades, socio-cultural factors that have transformed family structures and formats, accompanied by advances in medically assisted reproduction, have led to an increase in the number and visibility of children being raised by caregivers in same-sex relationships[1]. Broadly defined same-sex families[2], like all families, can be very diverse. They may include two parental figures as well as reconstituted (blended, patchwork) and more complex structures where the child is cared for by more than two adults[3]. The growth of same-sex families has led to a large body of research, including long-term studies, showing that raising children by caregivers in same-sex relationships (same-sex parenting) does not have any negative impact on children's welfare and development[4]. However, many countries in Europe still do not allow same-sex adoption or other arrangements that would protect chil-

* University of Warsaw.

This article is a result of the research project No. 2024/08/X/HS5/00082 financed by the National Science Center, Poland.

[1] See, e.g., D. Chambers, P. Gracia, *A sociology of family life: change and diversity in intimate relations*, Cambridge, Polity Press, 2022, 83-86; J. Mizielińska, *Queer Kinship on the Edge? Families of Choice in Poland*, London, Routledge, 2022, 124-125; P. Tomalski, *Nietypowe rodziny. O parach lesbijek i gejów oraz ich dzieciach z perspektywy teorii przywiązania*, Warsaw, WUW, 2007, 101-102, 131-134.

[2] For distinctions between the terms 'family', 'parentage', 'parenthood' and 'parents', see L. Bracken, *Same-Sex Parenting and the Best Interests Principle*, Cambridge, CUP, 2020, 8-10.

[3] See, e.g., D. Chambers, P. Gracia, *op. cit.*, 85; S. Golombok, *Parenting. What really counts?*, London, Philadelphia, Routledge, 2000, 45-60; J. Mizielińska, M. Abramowicz, A. Stasińska, *Families of Choice in Poland. Family Life of Non-heterosexual People*, Warsaw, Institute of Psychology of the Polish Academy of Sciences, 2015, 122-145.

[4] See, e.g., American Psychological Association, *Lesbian and Gay Parenting*, Washington, APA, 2005, 15; T.J. Biblarz, J. Stacey, *How does the Gender of Parents Matter?*, in *Journal of Marriage and Family*, n. 72/2010, 3-14; S. Golombok, *Parents and Children in New Family Forms*, Cambridge, CUP, 2015, 32, 198-214.

dren raised by same-sex partners by formally recognizing both caregivers as parents. These countries include Belarus, Bulgaria, Cyprus, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland, Romania, Russia, Serbia and Slovakia. Whereby in Italy, limited recognition of same-sex parenthood is possible through a judicially developed stepparent adoption[5].

Poland is an example of a country where same-sex families receive no form of legal protection[6]. Under Polish law, a child can have no more than two parents who must be of the opposite sex (a mother and a father). Parental authority may only be vested in the child's legal or adoptive parents. A person who is not the child's legal parent can obtain any parental rights over the child of their partner only through adoption. However, both of these options, joint and stepparent adoption, are open only to opposite-sex married couples[7]. In Poland even medically assisted procreation is only available to opposite-sex couples[8]. In a recent judgement of the Supreme Administrative Court, it was summarised that: «Polish law does not recognise the institution of same-sex parenthood – it does not acknowledge the possibility for a child to be descended from two persons of the same sex and for two persons of the same sex to exercise parental authority over the child»[9]. Furthermore, the Polish society at large and political groups are deeply divided on the issue of adoption by same-sex couples. This division is one of the reasons why Poland has not yet institutionalised same-sex unions, despite a recent ruling by the European Court of Human Rights that mandates Poland to do so[10].

In legally conservative countries like Poland, one of the child's same-sex *de facto* parents is a legal stranger to the child. In legal discourse this type of a caregiver is referred to as a 'social parent' and their relationship with the child is described as 'social parenthood'[11]. In the larg-

[5] See C.S. Guerzoni, *Same-Sex Parents: A Case Study from Italy*, in C. Huntington, C.G. Joslin, C. von Bary (eds.), *Social Parenthood in Comparative Perspective*, New York, NYU Press, 2023, 34-46.

[6] See for more: B. Bugajski, A. Wysocka-Bar, *Families with Children in the Polish Legal System*, in J. Heaton, A. Kemelmajer (eds.), *Plurality and Diversity in Law: Family Forms and Family's Functions*, Cambridge, Intersentia, 2023, 377-394; M. Drapalska-Grochowicz, *Families of choice with no choice: remarks concerning the situation of families of choice in Polish law*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, n. 1(37)/2023, 3-19.

[7] See Art. 1, 114 and 115 of the Polish Family and Guardianship Code of 1964, as amended (FGC).

[8] See, e.g., M. Drapalska-Grochowicz, *Women in Law from the Law & Emotions Perspectives. Case Study of the Infertility Treatment Act*, in *Studia Iuridica*, n. 99/2022, 67-73.

[9] Judgement of 28 February 2024, case No. II OSK 1303/21.

[10] Judgement of the ECHR of 12 December 2023, *Przybyszewska and others v. Poland*, app. nos. 11454/17 and 9 others.

[11] See, e.g., C. Huntington, C.G. Joslin, C. von Bary, *Introduction*, in C. Huntington, C.G. Joslin, C. von Bary (eds.), *Social Parenthood in Comparative Perspective*, cit., 1; J. Pawliczak, *How should family law recognize social parenthood?*, in F. Swennen, E. Goossens, T. Van Hof (eds.), *Rethinking Law's Families and Family Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2024, 213-214.

est Polish sociological study on same-sex families, a social parent was defined as «a person who participates in the upbringing of his/her partner's children, although they are neither his/her biological nor adopted children»[12]. This research has demonstrated that it would be beneficial for a child to have their relationship with the social parent legally protected[13]. This observation is in line with the results of research carried out in other countries[14]. In legal systems such as Poland's, same-sex couples are deprived of the opportunity to utilise two legal mechanisms that, for opposite-sex couples, could lead to the recognition of social parenthood: adoption and acknowledgement of parentage. Consequently, while social parenthood exists across all family types, children raised by social parents in same-sex families are particularly vulnerable.

Comparative research has shown that several models for regulating social parenthood have developed in various countries over the years[15]. These include the recognition of a social parent as a (legal) parent, adoption, the granting of parental responsibility or limited rights and responsibilities to the social parent in relation to the child, the establishment of contact and guardianship over the child, powers of attorney and similar instruments[16]. This chapter continues that research aiming to propose and analyse regulatory methods that would provide effective legal protection for children raised in same-sex families. It focuses on approaches that are feasible to implement in legally conservative jurisdictions that have not yet started recognizing same-sex parenthood. In countries where strong opposition to recognizing same-sex parenthood and adoption persists, the main proposed regulatory model is attributing parental responsibility to a non-legal (social) parent. This approach aligns with the global trend of prioritising the best interests of the child by allowing parental responsibility to be vested in caregivers who are not the child's legal parents[17]. This article will analyse three national schemes of this kind which initiated the process of recognizing social parenthood in the Netherlands, France and Ireland. An additional regulatory model is proposed to provide a minimum level of protection for social parenthood by operation of law. This model involves regulation of *de facto* care of a child as recognized in English, Scottish, and Dutch law.

[12] J. Mizielińska, M. Abramowicz, A. Stasińska, *op. cit.*, 9.
[13] *Ibidem*, 150-151.
[14] See, e.g., E. Goldberg, *A Psychological Perspective on the Significance of Legal Recognition of Diverse Social Parent Relationships for Children*, in C. Huntington, C.G. Joslin, C. von Bary (eds.), *Social Parenthood*, cit., 24; L. Bracken, *Same-Sex, cit.*, 76-77; 236-240.
[15] See J. Pawliczak, *op. cit.*, 215-228. Cf. C. Huntington, C.G. Joslin, C. von Bary, *Introduction*, cit., 1-10.
[16] J. Pawliczak, *op. cit.*, 215.
[17] *Ibidem*, 229.

§ 2. – *The Dutch model of attributing parental responsibility by court order*

The origins of the Dutch model of attributing parental responsibility to persons other than legal parents are associated with the legal recognition of non-marital unions. The Netherlands was one of the first countries to provide for registered partnerships and was the first to make this scheme available regardless of the sex of partners[18]. On 1 January 1998, the law amending the *Burgerlijk Wetboek* (Dutch Civil Code, DCC) to introduce registered partnerships entered into force[19]. This law did not address the issue of partners bringing up children nor did it provide for a presumption of parenthood[20]. At that time both, the stepparent adoption and the joint adoption by same-sex partners were rejected[21]. Nevertheless, the Dutch legislator was aware of changes in family structures. Another amendment to the Dutch Civil Code came into force on the same day as the provisions on registered partnerships[22]. That amendment reformed the shared exercise of parental responsibility and with the introduction of Article 1:253t made it possible for parental responsibility to be attributed by court order to an individual who is not the legal parent of the child[23]. This was a notable step forward, as Dutch law had begun to recognise social parenthood. However, this regulatory model has many limitations.

Article 1:253t(1) DCC provides that on the joint request of the child's parent and a person who is not the child's parent but has a close personal relationship with the child, the court may award joint parental responsibility over the child to both applicants. This is only allowed if the child has only one legal parent or if only one parent has parental responsibility. As a result, a child can potentially have one legal parent with parental responsibility, one legal parent without that responsibility, and have a family relationship with a "caregiver parent" with parental responsibility given by the court[24]. Dutch law clearly states that the court may reject the application for joint parental responsibility if, also considering the interests of the other (non-applicant) parent, there are justified reasons to fear that the interests of the child would be neglected if the request were so awarded[25].

[18] See for more: W. Schrama, *Registered partnership in the Netherlands*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, n. 3(13)/1999, 315–327; I. Curry-Sumner, *All's Well That Ends Registered? The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationships in Europe*, Antwerp, Intersentia, 2005, 117-123.

[19] Act of 5 July 1997, Staatsblad Van Het Koninkrijk der Nederlanden (Stb.) 1997, 324.

[20] See I. Curry-Sumner, *All's Well*, cit., 138-139; W. Schrama, *Registered*, cit., 320.

[21] W. Schrama, *Registered*, cit., 320.

[22] Act of 30 October 1997, Stb. 1997, 506.

[23] See W. Schrama, *Registered*, cit., 320-321.

[24] N. Cammu, *Intent to Parent is What Makes a Parent? A Comparative Analysis of the Role of Intent in Multi-Parenthood Recognition*, in *Canadian Journal of Family Law*, n. 32/2019, 295.

[25] Art. 1:253t(3) DCC.

The Dutch Civil Code lays down additional requirements for granting joint parental responsibility to a parent and a non-legal parent if the child has another parent who does not have parental responsibility[26]. Firstly, the applicants must have been caring for the child together for a continuous period of at least one year on the date of filing the request. Secondly, the parent submitting the request must have had sole parental responsibility over the child for a continuous period of at least three years on the day the request was filed. Thirdly, joint parental responsibility cannot be granted in circumstances specified in Articles 1:253q(1) and 1:253r DCC. These provisions primarily apply to situations in which the other parent does not have parental responsibility but can regain it by operation of law (e.g. upon regaining legal capacity), where the other parent's parental responsibility is suspended or where the whereabouts of that parent are unknown[27]. In situations not covered by these provisions, and even though the other parent's consent is not required for the award of joint parental responsibility, their objections may be considered by the court[28].

The provisions on the exercise of parental responsibility by the legal parents apply accordingly to the exercise of joint parental responsibility by one parent and a person who is not the legal parent of the child, but with certain exceptions[29]. An important consequence of the award of joint parental responsibility is that the non-legal parent becomes responsible for the child's maintenance[30]. The court order may also result in the change of the surname of the child[31]. The court can decide on the termination of the awarded joint parental responsibility. If the legal parent and the non-legal (social) parent separate and no longer wish to continue exercising parental responsibility together, the court decides who will exercise it. After the death of a parent who, together with another person, had parental responsibility for a child, that other person shall have the guardianship of the child by operation of law[32]. However, at the request of the other surviving parent, the court may entrust parental responsibility for the child to the other parent who has the legal capacity to exercise that responsibility[33].

[26] Art. 1:253t(2) DCC.
[27] Art. 1:253q(1) and 1:253r DCC. See also M. Vonk, *Children and their parents*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2007, 123; J. Pawliczak, *op. cit.*, 220.
[28] See M. Vonk, *Children*, cit., 123.
[29] Art. 1:253v DCC. See also W. Schrama, *Registered*, cit., 321; I. Curry-Sumner, *All's Well*, cit., 145; M. Vonk, *Children*, cit., 116.
[30] Art. 1:235w DCC. See W. Schrama, *Registered*, cit., 321; I. Curry-Sumner, *All's Well*, cit., 144.
[31] Art. 253t(5) DCC, as amended by the Act of 24 March 2023, Stb. 2023, 116.
[32] Art. 1:253x(1) DCC. See W. Schrama, *Registered*, cit., 321.
[33] Art. 1:253x(2) DCC.

In most cases, a person seeking to share parental responsibility with the legal parent will be in a committed relationship with that parent. However, that person could also be a relative of the child or someone who has formed a close bond with the child through other circumstances[34]. At the time of its introduction, Article 1:253t DCC was particularly useful for same-sex couples who were raising a child born by one of them as a result of medically assisted reproduction, or whose paternity had not been established for other reasons[35]. Same-sex partners could, for the first time, have their social relationship with a child legally recognized. However, Article 1:253t of the Dutch Civil Code soon lost its significance. On 1 April 2001 the Netherlands became the first country in the world to allow same-sex couples to legally marry and adopt children, regardless of whether they were in a formal or informal relationship[36]. The possibilities offered by Article 1:253t DCC were superseded in practice by stepparent adoption. Furthermore, on 1 January 2002 Article 253sa DCC came into force[37]. It provides that when a child has only one legal parent and that parent is in a formalised relationship, the partner of that parent acquires joint parental responsibility for the child by operation of law, i.e. without the need to apply to the court as in the case of the mechanism provided for in Article 1:253t DCC[38]. Finally, in 2014 provisions on co-motherhood were introduced, allowing same-sex parentage to be established by operation of law, recognition or through court proceedings[39].

§ 3. – *The French regulation on delegation of parental authority*

The second proposal for attributing parental responsibility to persons other than legal parents is the French concept of delegation of parental authority (in French: *la délégation de l'autorité parentale*). Following a major reform of the law on parental authority in France since 1 January 1971 there have been provisions in force governing the transfer of the exercise of parental authority from the parent to another person or authority (body) by judicial decision[40]. However, these pro-

[34] See I. Curry-Sumner, *All's Well*, cit., 144; M. Vonk, *Parent-child relationships in Dutch Family Law*, in I. Schwenzer (ed.), *Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2007, 290.

[35] See M. Vonk, *Parent-child*, cit., 290.

[36] See, e.g., I. Curry-Sumner, *All's Well*, cit., 146-147.

[37] See Act of 7 November 2001, Stb. 2001, 468.

[38] See I. Curry-Sumner, *All's Well*, cit., 143; N. Cammu, *Intent*, cit., 295.

[39] See for more I. Curry-Sumner, M. Vonk, *Dutch Co-Motherhood in 2014*, in *International Survey of Family Law*, 2014, 361-376; M. Vonk, W. Schrama, *Social Parenthood in the Netherlands*, in C. Huntington, C.G. Joslin, C. von Bary (eds.), *Social Parenthood*, cit., 188-190.

[40] See Articles 376 – 377-3 of *Code civil* – French Civil Code (FCC), introduced by the Act No. 70-459 of 4 June 1970, Journal officiel de la République française (JORF) of 5 June 1970.

visions were not suitable for reconstructed or same-sex families as the delegation resulted in the parent losing all or part of the exercise of parental responsibility (Article 377 FCC). The need for a new approach to parental responsibility has become particularly pressing since the introduction of the civil solidarity pacts – PACS (*pacte civil de solidarité*)[41]. This framework was available to couples regardless of sex, but the law neither addressed the issue of partners bringing up children nor allowed them to jointly adopt the child[42].

Provisions on the delegation of parental authority were modernised in 2002 to allow the joint exercise (sharing) of all or part of this authority by the parents and a third party (Article 377-1 FCC). This type of delegation requires the consent of parents with parental responsibility and a court judgment. The will of the parents alone, or the conclusion of an agreement between them and a third party, is insufficient to produce such an effect[43]. Under general rules on delegation of parental authority, it is permissible provided that it is required by circumstances (in French: *lorsque les circonstances l'exigent*)[44]. The delegation resulting in the parent or parents sharing the exercise of parental responsibility with a third party may be ordered to meet the needs of the upbringing (education) of a child (in French: *pour les besoins d'éducation de l'enfant*)[45]. These conditions are very general and can be interpreted differently in various circumstances[46]. The case law of the Court of Cassation emphasises that, in each case, the child's best interests is a decisive factor[47].

The court should indicate which elements of the exercise of parental authority are delegated to a third party or that it is fully delegated. For example, only the right and duty to supervise the child (in French: *le droit et devoir de surveillance*)[48] may be delegated. The French law is clear that the right of parents to consent to the adoption of a minor cannot be delegated (Article 377-3 FCC). The shared exercise of parental authority doesn't end when the legal and social parent separate. If, following the delegation, difficulties arise in the shared exercise of parental authority, any of the child's parents, a third-party delegate and the public pros-

[41] Act No. 99-944 of 15 November 1999, JORF of 16 November 1999.

[42] See, e.g., C. Brunetti-Pons, *Couple, concubinage et PACS: de l'émergence d'une hiérarchie des couples?*, in *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris, LGDJ, 2002, 71; L. Francoz Terminal, *From Same-Sex Couples to Same-Sex Families? Current French Legal Issues*, in *Child and Family Law Quarterly*, n. 4(21)/2009, 491-492.

[43] See Art. 376 FCC, and A. Bénabent, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, 2014, 456; G. Cornu, *Droit civil. La famille*, Paris, LGDJ, 2006, 192.

[44] Art. 377(1) FCC.

[45] Art. 377-1(2) FCC.

[46] See H. Fulchiron et al., *France. A Chronicle of Family Law in 2011*, in *International Survey of Family Law*, 2012, 101.

[47] P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, 2020, 831.

[48] See G. Cornu, *op. cit.*, 193.

ecutor may request the court to resolve them. This may include determining the conditions of the shared exercise of parental authority or revoking the decision on the delegation of parental authority[49].

The French reform of provisions on the delegation of parental authority aimed to enable a person who is already actively involved in co-parenting the child (such as a grandparent or the parent's partner) to do so with legal authority, without depriving the parent who is properly caring for the child of the exercise of parental authority[50]. However, this mechanism proved to be particularly important for same-sex couples, including those bringing up children in reconstituted (patchwork) families, to recognize and preserve the relationship between the child and their social parent[51]. The practical significance of that framework for same-sex families was possible due to the case law of the French courts, in particular the Court of Cassation (*Cour de cassation*).

The Court of Cassation, in its judgement of 1 February 2006[52], ruled that French law did not prevent a mother who had sole parental authority from requesting that all or part of that authority be shared with a woman with whom she was in a permanent and stable relationship. The Court of Cassation agreed that this may be justified if the children raised in such a relationship were happy and the legal mother, because of the nature of her work, travelled frequently and was concerned about the welfare of the children in the event of her death or inability to exercise parental authority. Furthermore, in the judgement of 16 April 2008[53], the Court of Cassation, ordered, at the request of the father of two children, that parental authority be shared between him and the children's late mother's same-sex partner, with whom the children lived. A rival application was made by the sister of the children's mother, who believed that the children should live with her. The Court of Cassation considered the fact that the children had stayed with their mother's partner since her death, they were well integrated into the environment in which they lived and clearly expressed their wish to continue living with their late mother's partner. The Court ruled that there was no priority based solely on blood relations when deciding on the delegation of parental authority[54]. Following a ruling by the Paris Court of Appeal on 1 December 2011[55], the children's mother and

[49] Art. 377-1(3) FCC.

[50] P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit*, cit., 831; D. Fenouillet, C. Goldie-Genicon, F. Terré, *Droit civil: la famille*, Paris, Dalloz, 2018, 1192-1194; J. Pawliczak, *op. cit.*, 221.

[51] L. Francoz Terminal, *Registered Partnerships in France*, in J.M. Scherpe, A. Hayward (eds.), *The Future of Registered Partnerships Family Recognition Beyond Marriage?*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2017, 179

[52] Judgment No. 04-17.090: *https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052082/*.

[53] Judgment No. 07-11.273: *https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000018683203/*.

[54] See L. Francoz Terminal, *From,* cit., 492.

[55] Judgment No. 11/06495. See L. Francoz Terminal, *Registered,* cit., 179.

her former same-sex partner were granted a shared exercise of parental authority. This judgement is seen as an expression of the judiciary's position that, even in case of shared parental authority with a non-legal parent, the principle applies that the breakdown of the relationship between the child's legal caregivers should not deprive the child of the possibility of being co-parented[56]. Furthermore, on 7 January 2022, the *Tribunal judiciaire de Paris*[57] decided, in two related cases, to delegate the joint exercise of parental authority to the parents and their respective spouses. The decision was made based on the best interests of children raised in reconstituted families.

The French model of delegating parental authority is more innovative than its Dutch counterpart which was introduced four years earlier, because it allows more than two people to share parental responsibility. It could be useful not only for families with two same-sex carers, but also for more complex parenting arrangements, including reconstituted families. This is particularly important, because in Poland[58], as in France[59], the rule is that parental authority is vested in both legal parents after their separation. The French provisions and case law on the delegation of parental authority have laid the foundations for reforms aimed at recognizing same-sex parenthood. These included the opening of marriage and adoption to same-sex spouses in 2013[60] and adoption to couples in civil solidarity pacts or cohabiting in 2022[61], as well as the possibility of recognising two people of the same sex as the legal parents of a child in the context of medically assisted procreation since 2021[62].

§ 4. – *The Irish regulation of non-parent guardianship*

Until 2015, Irish family law did not recognize social parenthood or same-sex families. One of the reasons for this situation was the constitutional framework that protected parental rights and upheld the traditional family based on marriage[63]. Therefore, developments in Irish law concerning same-sex families are particularly relevant for

[56] Cf Art. 373-2 FCC, and H. Fulchiron et al., *France*, cit., 102.

[57] Judgments Nos. 20/37273 and 20/37274: *https://www.labase-lextenso.fr/gazette-du-palais/GPL435i2*.

[58] Art. 58 and 107 FGC.

[59] Art. 373-2 FCC.

[60] Act No. 2013-404 of 17 May 2013, JORF of 18 May 2013.

[61] See Art. 343 FCC, amended by the Act No. 2022-219 of 21 February 2022, JORF of 22 February 2022, and Ordonnance No. 2022-1292 of 5 October 2022, JORF of 6 October 2022.

[62] Cf. Articles 342-9 – Art. 342-13 FCC, introduced by the Act No. 2021-1017 of 2 August 2021, JORF of 3 August 2021.

[63] See, e.g., D. McGowan, F. Ryan, *What is the 'Family' in Irish Law?*, in M. Harding, D. McGowan (eds.), *Family Law in Context*, Dublin, Clarus Press, 2023, 15-27; L. Bracken, *Same-Sex*, cit., 5-6.

countries with similar constitutional principles, with Poland being one of them. Like the Netherlands and France, Ireland has seen changes in this area following the recognition of same-sex unions. Irish law on civil partnerships for same-sex couples came into force on 1 January 2011[64]. It was completely devoid of the parental dimension of the union between the partners[65]. It has not been possible to register new civil partnerships since 16 November 2015, when the law opening marriage to same-sex couples came into force following an amendment to the Irish Constitution[66].

At the same time as the civil partnership legislation was enacted, the Irish Law Reform Commission proposed modernisation of provisions governing parenthood and guardianship[67]. Some of the Commission's recommendations were implemented by the Irish Parliament as part of the Children and Family Relationships Act 2015 (CFRA 2015)[68]. This Act amended the Guardianship of Infants Act 1964 (GIA 1964)[69]. Most of the changes came into force on 18 January 2016[70]. The CFRA 2015 also regulates Donor Assisted Human Reproduction and as of 4 May 2020 it allows for the recognition of same-sex parenthood, albeit under strict formal conditions[71]. Further changes were introduced by the Adoption (Amendment) Act 2017[72] which extended the categories of people who can apply for joint and stepparent adoption to civil partners and same-sex or opposite-sex cohabiting couples[73]. Following the reforms, Irish law retained the legal concept of guardianship which encompasses the rights and duties of parents and other guardians in relation to the upbringing of a child as well as decision-making powers[74]. This is, in a sense, a functional equivalent of parental responsibility (authority) known in other jurisdictions[75]. After implementation

[64] Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010 (Act No. 24 of 2010).

[65] See, e.g., C. Murray, *Recognising the Modern Family: Extending Legislative Guardianship Rights in Ireland*, in *Irish Journal of Family Law*, n. 15(2)/2012, 42.

[66] It also resulted in opening adoption to same-sex spouses. See for more: F. Ryan, *The Rise and Fall of Civil Partnership*, in *Irish Journal of Family Law*, n. 19(3)/2016, 50-62; G. Shannon, *Child and family law*, Dublin, Round Hall, 2020, 573-574.

[67] Law Reform Commission, *Report on Legal Aspects of Family Relationships* (LRC 101 – 2010), Dublin, 2010.

[68] Act No. 9 of 2015.

[69] Act No. 7 of 1964.

[70] See B. Tobin, *The Legal Recognition of Same-Sex Relationships: Emerging Families in Ireland and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2023, 81-83.

[71] See for more: L. Bracken, *Same-Sex*, cit., 8-9; M. Harding, B. Tobin, *Children and Parents*, in M. Harding, D. McGowan (eds.), *Family Law in Context*, Dublin, Clarus Press, 2023, 204-209.

[72] Act No. 19 of 2017.

[73] See amended s 33-34 of the Adoption Act 2010 (Act No. 21/2010). See also B. Tobin, *The Legal*, cit., 84-85; G. Shannon, *op. cit*., 573-576.

[74] See, e.g., M. Harding, B. Tobin, *Children,* cit., 212-213.

[75] See L. Bracken, *Challenging normative constructions of parentage in Ireland*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, n. 3(39)/2017, 329, footnote 1; L. Bracken, *Same-Sex*, cit., 80-85.

of the CFRA 2015 there are at least seven types of situations in which a particular person (including the child's parent) can be recognised as the child's guardian[76]. One of them is a new concept called 'non-parent guardianship'[77]. It allows an adult who is not the child's parent to be appointed by the court as the child's guardian, even if the child already has one or more parents who are guardians[78].

Application for non-parent guardianship may be filed especially by a person who on the day of applying is married to or is in a civil partnership with, or has been for over three years a cohabitant of, a parent of the child. Additionally, the applicant must have shared with that parent responsibility for the child's day-to-day care for more than two years[79]. Applications on this basis are most often filed by the spouse of the legal parent of the child in situations where the other biological parent has no parental role in the child's life[80]. An application for guardianship may also be made by a person who, on the day of the application, has provided for the child's day-to-day care for a continuous period of more than twelve months, if the child has no parent or guardian who is willing or able to exercise the rights and responsibilities of guardianship in respect of the child[81]. This legal basis is particularly useful for the child's relatives or foster parents[82]. Therefore, in every case, a prerequisite for becoming a non-parent guardian is the exercise of actual care for the child for an extended period.

In deciding whether to appoint the non-legal parent as the child's guardian, the court should have the best interests of the child as its primary consideration[83]. At the same time, the court should ensure that the child concerned, to the extent possible given their age and understanding, has the opportunity to make their views on that matter known, and have regard to those views[84]. Irish law recognises that granting guardianship of a child to several people may create difficulties in providing a coherent upbringing and effective decision-making in the child's affairs[85]. As a result, in deciding on the appointment of the guardian, the court should have regard to the number of per-

[76] B. Cronin, *Children and Family Relationship Act 2015: review of certain commenced provisions*, in *The Irish Social Worker*, 2016 (spring), 4: *https://www.lenus.ie/handle/10147/617863*. See also M. Harding, B. Tobin, *Children*, cit., 213-223; L. Bracken, *Child Law in Ireland*, Dublin, Clarus Press, 2018, 93-108.

[77] GIA 1964, s 6C. See G. Shannon, *op. cit.*, 628, 854-856; L. Bracken, *Same-Sex*, cit., 90-93.

[78] GIA 1964, s 9(1) GIA. See, e.g., M. Harding, B. Tobin, *Children*, cit., 222-223.

[79] GIA 1964, s 6C(2)(a).

[80] G. Shannon, *op. cit.*, 854.

[81] GIA 1964, s 6C(2)(b).

[82] See B. Cronin, *op. cit.*, 5; M. Harding, *LGBT+ Family Rights in Ireland: Stretching Traditional Conceptions of Parenthood*, in *International Survey of Family Law*, 2022, 219.

[83] GIA 1964, s 3(1).

[84] GIA 1964, s 6C(8)(a).

[85] See J. Pawliczak, *op. cit.*, 222.

sons who are guardians of the child concerned and the degree to which those persons are involved in the upbringing of the child[86]. The law clearly states that, when one or both of the parents of the child are alive, the non-parent appointed as a guardian of the child shall enjoy the rights and responsibilities of a guardian only if the court expressly so orders, as well as to the extent and with limitations specified in the court order[87]. In making that decision the court should have regard to the relationship between the child concerned and the person appointed as a guardian of the child and the best interests of the child[88]. Section 6C(11) GIA 1964 lists the respective rights and duties of the guardian. These provisions were added to «mitigate a risk of undermining the guardianship rights of a parent»[89]. As a result, only some of the typical rights and duties of a parent may be vested in the non-parental guardian. It has been noted in the Irish legal literature that the law almost creates a presumption in favour of restricting the rights and responsibilities of the court-appointed guardian[90] who, if the legal parents are present, will be given powers limited to decisions on day-to-day matters depending on the relationship with the child and the best interests of the child[91].

Under Irish law any existing guardian of the child should consent to the order appointing the non-legal parent as the child's guardian. However, the main difference, as compared to the Dutch and French law, is that the court can dispense with this consent if it is satisfied that it has been unreasonably withheld and that it is in the best interests of the child to appoint a new guardian[92]. The appointment of a non-parent guardian does not affect the prior appointment of another person as a guardian of the child, unless the court orders to the contrary[93]. There are no limits in the legislation as to how many additional guardians may be appointed[94]. The breakdown of the relationship between the legal parent and the non-parent guardian doesn't in itself affect the manner in which the guardianship is exercised. In all cases, any person who is a guardian may apply to the court for its direction on any question affecting the welfare of the child and the court may order as it thinks proper[95]. Furthermore, the court may revoke the guardianship[96].

[86] GIA 1964, s 6C(8)(b).
[87] GIA 1964, s 6C(9).
[88] GIA 1964, s 6C(10).
[89] G. Shannon, *op. cit.*, 855.
[90] L. Bracken, *Same-Sex*, cit., 93.
[91] B. Cronin, *op. cit.*, 5.
[92] GIA 1964, s 6C(6)-(7).
[93] GIA 1964, s 6C(5).
[94] L. Bracken, *Child,* cit., 105-106.
[95] See GIA 1964, s 11(1).
[96] GIA 1964, s 8(4). See for more: M. Harding, *LGBT+*, cit., 219.

§ 5. – *Regulation of* de facto *care of the child*

The Dutch, French and Irish models of judicial attribution of parental responsibility to a non-legal parent are not suited to all the different relationships between a social parent and a child and have many limitations that may result in the factual carer of the child not acquiring parental rights and responsibilities. They should be supplemented by the general regulation of *de facto* care of the child which applies by operation of law, i.e. without the need for a court order. This regulatory model is aimed at providing the minimum protection to the relationship between the child and their every factual carer. It is particularly useful for reconstituted same-sex families where the social parent who is the partner of the child's legal parent cannot adopt the child or assume parental responsibility, especially if the child's other parent objects. The explicit regulation of the situation of any *de facto* carer by operation of law is recognised in English and Scottish law whereas some continental European systems, notably the Netherlands, have more limited schemes.

Section 3(5) of the Children Act 1989 (CA 1989), applicable in England and Wales, provides that every person who does not have parental responsibility for a particular child but has care of the child may, with some exceptions specified by that statute, do what is reasonable in all the circumstances of the case to safeguard or promote the child's welfare. This framework is particularly useful if the child is looked after by a stepparent, grandparent, teacher, foster carer or a family friend[97]. What is reasonable depends upon the urgency and gravity of the situation and whether it is possible to consult a person with parental responsibility[98]. It has been pointed out that the *de facto* carer is not empowered to make "major", as opposed to "minor" or day-to-day, decisions concerning the child, except in cases of urgency[99]. In the judgment of 18 December 1996[100] the Court of Appeal explained that section 3(5) CA 1989 «does not clothe the carers with control over the child other than the minimum necessary to provide for the day-to-day welfare of the child». However, there is a common opinion that a factual carer is entitled to make decisions regarding emergency medical treatment[101]. It is also generally accepted that a person relying on

[97] See, e.g., R. George, S. Thompson, J. Miles, *Family Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, OUP, 2023, 718; P. Morgan, *Family law*, Oxford, OUP, 2024, 514.

[98] N. Lowe, G. Douglas, E. Hitchings, R. Taylor, *Bromley's Family Law*, Oxford, OUP, 2021, 496.

[99] A. Bainham, S. Gilmore, *Children. The Modern Law*, Bristol, Family Law, 2014, 191-192. See also J. Pawliczak, *op. cit.*, 224.

[100] *Re S (Abduction: Hague and European Conventions)*, 1997 1 FLR 673.

[101] N. Lowe, G. Douglas, E. Hitchings, R. Taylor, *op. cit.*, 496; R. George, S. Thompson, J. Miles, *op. cit.*, 719; R. Probert, L. Smith, R. Pimm-Smith, J. Harwood, *Cretney and*

this framework cannot overrule a decision of a person with parental responsibility, however there is no explicit provision to this effect[102]. Furthermore, it stems from English statutory law that anyone caring for a child is prohibited from assaulting, ill-treating, neglecting, abandoning or exposing the child in a manner likely to cause unnecessary suffering or injury to health[103].

The English regulation of *de facto* care was the inspiration for the Scottish Law Commission which in 1992 recommended that a similar solution be introduced into Scots law as it would be useful for a stepparent, foster parent, relative or a friend caring for the child.[104]. Section 5(1) of the Children (Scotland) Act 1995 highlights that it shall be the responsibility of a person who has attained the age of sixteen years and who has care or control of a child under that age, but in relation to him either has no parental responsibilities or parental rights or does not have the parental responsibility to safeguard and promote the child's health, development and welfare[105], to do what is reasonable in all the circumstances to safeguard the child's health, development and welfare. Scottish law makes it clear that, in discharging this responsibility, the actual carer may give consent to any surgical, medical or dental treatment or procedures where the child is unable to give such consent and the carer is not aware that a parent would refuse consent. The scope of this regulation is broad as it covers informal temporary arrangements such as weekends with grandparents and friends, a neighbour looking after a child while a parent is in hospital, a relative taking a child on holiday as well as longer-term arrangements such as a child being looked after jointly by a parent and a social parent (including stepparent)[106]. However, this regulation does not apply to a person who has care or control of a child in a school as this issue is covered by separate regulations[107].

The Scottish regulation is more child-centred than its English counterpart emphasising the responsibilities rather than the rights of *de facto* carers[108]. It is aimed to protect the child and not to confer the right to bring up the child[109]. It is rightly argued, however, that since a

Probert's Family Law, London, Sweet & Maxwell, 2023, 242.

[102] J. Herring, *Family Law*, Harlow, Pearson, 2021, 398.

[103] The Children and Young Persons Act 1933, s 1 and 17. See N. Lowe, G. Douglas, E. Hitchings, R. Taylor, *op. cit.*, 497; J. Pawliczak, *op. cit.*, 224.

[104] Scottish Law Commission, Report on family law (SLC 135), Edinburgh, HMSO, 1992, 17.

[105] See C(S)A 1995, s. 1(1)(a).

[106] See, e.g., K. McK. Norrie, *Children (Scotland) Act 1995*, Edinburgh, Thomson/W. Green, 2006, 19-20; A.B. Wilkinson, K. McK. Norrie, *The Law Relating to Parent and Child in Scotland*, Edinburgh, W. Green, 2013, 203.

[107] See Education (Scotland) Act 1980.

[108] J. Pawliczak, *op. cit.*, 224-225.

[109] K. McK. Norrie, *Children,* cit., 19; A.B. Wilkinson, K. McK. Norrie, *The Law,* cit., 204.

degree of responsibility is imposed on any *de facto* carer of the child, the power or right to act in a manner necessary to discharge that responsibility is implicitly conferred[110]. The extent of the duty to safeguard the child's health, development and welfare will vary with the circumstances[111]. Scottish regulation is particularly noteworthy in this regard as it explicitly imposes on the child's factual carer an obligation to give the child an opportunity to express the child's views and have regard to any views expressed by the child, taking into account the child's age and maturity[112]. Currently, section 6(1) C(S)A 1995 includes a statutory presumption that a twelve years old or older child is of sufficient age and maturity to form a view. The protection of the right of the child to be heard will be strengthened with the implementation of section 1 of the Children (Scotland) Act 2020[113]. One of the changes is to replace that presumption with a new section 6(1)(C) which provides that «in considering whether the child is capable of forming a view, the person is to start with the presumption that the child is».

Continental European legal systems do not envisage the regulation of the *de facto* care of the child or the solutions they offer are more limited than in England and Scotland. The Dutch law provides that certain provisions relating to the exercise of parental authority apply to carers of children who do not have it. Article 1:247(2) DCC clarifies that parental authority includes caring for and taking responsibility for the mental and physical well-being and safety of the child as well as promoting (fostering) the development of the child's personality. It also stresses out that parents may not use mental or physical violence or any other degrading treatment when caring for and raising their child. Article 1:247(2) DCC applies accordingly to the guardian of a minor and to the person who cares for and raises a minor without having authority over that child (Article 1:248 DCC). It is explained that in this way the Dutch law stipulates «general obligation for anyone who looks after a child to take care of the child and their well-being and to promote their development»[114]. This type of regulation applicable to every *de facto* carer should be distinguished from schemes that confer limited rights and responsibilities by operation of law solely to the spouse or partner of the child's legal parent[115]. That regulatory

[110] K. McK. Norrie, *Children*, cit., 19.
[111] See A.B. Wilkinson, K. McK. Norrie, *The Law*, cit., 204.
[112] See C(S)A 1995, s 6(1).
[113] See E.E. Sutherland, *Child and Family Law. Volume 2: Intimate Adult Relationships*, Edinburgh, W. Green/Sweet & Maxwell, 2022, 555-556.
[114] M. Vonk, W. Schrama, *Social*, cit., 187.
[115] See fore more: J. Pawliczak, *op. cit.*, 222-224.

model is known, inter alia, in German[116] and Czech[117] law. However, it is insufficient to address the needs of contemporary blended families, including same-sex families. This is because the right to co-decide in daily matters relating to the child applies only for the duration of the adult relationship and provided that the other parent lacks parental responsibility or does not raise any objections[118].

§ 6. – *Final remarks and conclusions*

Recognition of social parenthood in same-sex families can be achieved through various legal means. There is no "one size fits all" solution in this respect[119]. The regulatory models proposed in this chapter which allow for the attribution of parental responsibility to the non-legal (social) parent of the child (the Dutch, French and Irish scheme) and regulate the situation of any *de facto* carer of the child (the English and Scottish scheme), should be analysed by stakeholders in legally conservative countries that have not yet begun to regulate same-sex and social parenthood. The introduction of these mechanisms could be justified as protecting children raised by social parents in all types of families. However, as the French experience in particular shows, they would be most beneficial to children raised in same-sex families who are particularly vulnerable in jurisdictions where there is no possibility of recognising their relationship with their social parents.

The comparative research shows that it is difficult to regulate parenting in same-sex families at a time when same-sex unions are not yet formally recognised. Legislators in the Netherlands, France and Ireland compromised by not including child-related issues in the legislation on registered partnerships, even though it would have made more sense from the perspective of social research and the best interests of the child to recognise the parental dimensions of this union. However, recognition of same-sex parenting soon followed. In these countries, with some minor exceptions, the possibility of transferring parental responsibility was introduced first (Netherlands 1998, France 2002, Ireland 2016), then same-sex adoption (Netherlands 2001, France 2013 and 2023[120], Ireland

[116] *Bürgerliches Gesetzbuch* – German Civil Code, § 1687b.

[117] Czech Act No. 94/1963 on Family (repealed), § 33; Czech Civil Code (Law No. 89/2012), Article 885.

[118] See J. Pawliczak, *op. cit.*, 229-230.

[119] See L. Bracken, *Same-Sex*, cit., 112-113; J. Pawliczak, *op. cit.*, 230-231.

[120] In 2013 for married couples (Act No. 2013-404 of 17 May 2013, JORF of 18 May 2013), and in 2022 for civil partners and cohabitants (Act No. 2022-219 of 21 February 2022, JORF of 22 February 2022, and Ordonnance No. 2022-1292 of 5 October 2022, JORF of 6 October 2022).

2015 and 2017[121]), and finally same-sex parenthood by operation of law in the context of medically assisted reproduction (Netherlands 2014, France 2021, Ireland 2020). As a result, the first steps towards fuller recognition of same-sex families were the institutionalisation of same-sex unions and the introduction of court-ordered joint exercise of parental responsibility by the social and legal parent.

Attribution of parental responsibility falls short of recognition as a legal parent, however, it enables a social parent to effectively carry out responsibilities they have assumed and protects the child by imposing obligations on the caregiver[122]. It was noticed in the Irish legal literature that the introduction of provisions on non-parent guardianship was an «important reform»[123] which, if properly applied, could bring «stability and formality»[124] to the situation of children raised by social parents[125]. Granting all or some of the rights and responsibilities that make up parental responsibility is a flexible tool for dealing with modern family constellations[126]. In many cases, especially in reconstituted families, extension of parental responsibility to a social parent is more appropriate than stepparent adoption[127]. Furthermore, it appears that some policymakers who are reluctant to introduce same-sex adoption may be willing to grant social parents in same-sex families parental responsibility. From this perspective, the French model may be particularly attractive, as it makes a distinction between holding parental authority which is based on filiation (i.e. available only to the legal parent of the child) and the exercise of parental authority which can be delegated to third parties in certain circumstances.

The common feature of the Dutch, French, and Irish models is that the attribution of parental responsibility (authority) to a non-legal (social) parent requires a court order. This is a reasonable requirement as it allows the court to assess whether the attribution is in the best interests of the child and to ensure the child's right to be heard. It is also the safest option in countries where parental rights are constitutionally protected. The Dutch regulation of Article 1:253t DCC is the most limited as it allows the attribution of parental responsibility to a third party (social parent) to be exercised jointly with the legal par-

[121] In 2015 for married couples (Marriage Act 2015, No. 35 of 2015), and in 2017 for civil partners and cohabitants (Adoption (Amendment) Act 2017, No. 19 of 2017).

[122] See J.M. Scherpe, *Social Parenthood in England and Wales*, in C. Huntington, C.G. Joslin, C. von Bary (eds.), *Social Parenthood*, cit., 146, 150; Idem, *Breaking the Existing Paradigms of Parent-Child Relationships*, in G. Douglas, M. Murch, V. Stephens (eds.), *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Antwerpen, Cambridge, Intersentia, 356-358; J. Pawliczak, *op. cit.*, 229.

[123] G. Shannon, *op. cit.*, 628.

[124] M. Harding, B. Tobin, *Children*, cit., 220.

[125] See also L. Bracken, *Same-Sex*, cit., 78-79.

[126] J.M. Scherpe, *Social*, cit., 148.

[127] L. Bracken, *Same-Sex*, cit., 112-113; J. Pawliczak, *op. cit.*, 217.

ent, solely if the child has only one legal parent or the other legal parent doesn't have parental responsibility and cannot regain it by operation of law. Thus, the Dutch law consistently maintains the position that only two persons can have parental responsibility. This model would be relatively easy to implement in conservative family law systems. However, it does not provide adequate protection for children raised in reconstituted families. The French concept of delegation of parental responsibility allows for its joint exercise, fully or partially, by both parents with a third person. Similarly, under the Irish framework, the guardianship may be entrusted to a non-legal parent if the child already has both parents who are guardians. As a result, in France and Ireland, more than two people can have parental responsibility for the same child, which is known as 'multi-parenting rights'[128]. Under French law, where the consent of both parents having parental responsibility is necessary for the delegation of parental responsibility, it might be assumed that serious conflicts in exercising it will be rare. In contrast, Irish law, where a social parent can exceptionally be appointed a guardian without the consent of one or even both parents, requires the court to give careful consideration to the rights and responsibilities that should be vested in the guardian.

Dutch, French and Irish laws establish varying requirements for attributing parental responsibility to a social parent. However, a common denominator that emerges from legislation and case law is that the best interests of the child are paramount. The philosophy underlying the French regulation appears to be that if all parties agree and the court oversees the process, no other special requirements are necessary. In contrast, the Dutch and Irish regulations impose time-related demands that are too onerous. Dutch law prescribes, among other things, that if the child has two parents, the applying parent must have had sole parental responsibility for the child for an uninterrupted period of at least three years prior to the date of the application. This requirement was designed to protect the opportunity for the other parent to assume parental responsibility, but it unduly delays the possibility of providing the child with the necessary legal protection, especially in many cases where it is clear right from the outset that the other parent has no interest in caring for the child. Whereas Irish law requires not only that a non-parent who is the spouse or partner of the child's legal parent at the time of the application must have shared responsibility for the child's day-to-day care with that parent for more than two years, but also, if the non-parent is cohabiting with the parent, that the relationship must have existed for three years at the time of the application. In Ireland these burdensome requirements have not been harmonised

[128] See N. Cammu, *Intent*, cit., 309; J. Pawliczak, *op. cit.*, 218.

with the requirements for applying for stepparent adoption which is open to cohabitants[129]. In this case it is sufficient that the child has had a home with their parent's cohabitant for a continuous period of at least two years[130]. What is more, under Irish law the application for adoption may be accepted, taking into account the particular circumstances of the case, if the statutory time limit has not been met[131]. This type of exception should be included in any mechanism allowing for the attribution of parental responsibility (guardianship), if it requires a specific period of care of the child by a social parent[132].

The fundamental difference between the Dutch and French models, on the one hand, and the Irish model, on the other, is that only the latter allows, as an exception, for the attribution of parental responsibility to a social parent without the consent of the legal parents having parental responsibility. The Dutch and French regulations are the result of very careful reforms in matters of parental responsibility as they concern the problem of parental rights. However, this approach has many drawbacks when analysed from the perspective of children's rights. This problem resonated in the Dutch case law. In some judgments, the requirement for the social parent to apply jointly with the legal parent for parental responsibility was found to be in violation of Articles 6(1) and 8(1) of the European Convention on Human Rights[133]. The Irish law, allowing the court to dispense with the consent of one or both parents to appoint the non-parent guardian, provides a solution that strikes a better balance between the rights of the parents and the best interests of children. The possibility of attributing parental responsibility to a social parent without the consent of one or both parents is supported by the results of social research. These results show that if a relationship of adults jointly raising a child of one of them functions properly, they usually do not decide or postpone sanctioning such a factual situation by legal means[134]. The most serious decision-making problems and threats to the child's well-being arise in connection with a crisis in the personal relationship of the child's caregivers. Therefore, the social parent should be able to ask the court for protection of their relationship with the child.

The judicial procedure of attributing parental responsibility to a non-legal parent may not be suitable or available for all same-sex fam-

[129] See M. Harding, *LGBT+*, cit., 222.
[130] Adoption Act 2010, s 37(5).
[131] Adoption Act 2010, s 37(6).
[132] See also L. Bracken, *Same-Sex*, cit., 111.
[133] See for more: M. Vonk, *Children,* cit., 189-190.
[134] See, e.g., P. Russell, *Research: an empirical exploration of parental responsibility for stepparents*, in *Child and Family Law Quarterly*, n. 3/2014, 301-320; N. Cammu, *'Legal Multi-parenthood' in Context: Experiences of Parents in Light of the Dutch Proposed Family Law Reforms*, in *Family & Law*, July 2019: *https://www.familyandlaw.eu/tijdschrift/fenr/2019/07/FENR-D-18-00009*.

ilies. It was rightly noted in the Scottish legal literature that many people who are not legal parents of a child and who have care of that child may not have any intention of applying for parental responsibilities and rights. It is therefore important that the person who has actual care of the child has a legal basis for taking responsibility and making decisions about the child[135]. Thus, the English and Scottish regulations of *de facto* care of the child deserve special attention, whereas the similar Dutch solution seems to be too limited. Although every caregiver should be obliged by operation of law to ensure the child's safety and proper development as well as to consider the child's wishes when making decisions regarding their day-to-day activities and acting in emergencies[136], this type of regulation would be most beneficial for children raised in same-sex families where social parenthood is most visible. The main problems with the application of provisions relating to *de facto* care include a not entirely clear scope of the decision-making authority of the caregiver and the possible reluctance of third parties, including educational authorities and medical professionals, to accept their authority[137]. However, the responsibilities and powers of *de facto* carers need to be formulated in general terms to cover different situations.

Abstract

Many countries do not allow same-sex adoption or offer other legal arrangements that acknowledge the upbringing of children in same-sex families. In these jurisdictions, one of the child's caregivers is a social parent who has no legal relationship with the child. Research indicates in the best interests of children is to have their relationship with the social parent legally protected. The purpose of this chapter is to propose and analyse regulatory models that would both, provide effective legal protection for children raised in same-sex families and be feasible to implement in legally conservative jurisdictions that have not yet begun recognizing same-sex parenthood. The main model proposed is the attribution of parental responsibility to a non-legal (social) parent. Three national schemes are analysed, the introduction of which has begun the process of recognizing social parenthood in same-sex families in the Netherlands, France and Ireland. The additional model proposed is regulation of de facto care of a child by operation of law which is known in English, Scottish and Dutch law.

[135] A. Griffiths, J.M. Fotheringham, F. McCarthy, *Family Law*, Edinburgh, Sweet & Maxwell, 2013, 177-178. See also R. Probert, L. Smith, R. Pimm-Smith, J. Harwood, *op. cit.*, 242.

[136] J. Pawliczak, *op. cit.*, 229-230.

[137] See, e.g., the judgment of the High Court (Family Division) of 18 March 1992 r., *B v B (A Minor) (Residence Order)*, [1992] 2 FLR 327.

II.6. *La frammentazione della figura genitoriale e i criteri di attribuzione dello* **status filiationis**

di Diletta Giunchedi*

Sommario: § 1. **–** Introduzione. § 2. – Le cause giuridiche e sociali della frammentazione della figura genitoriale. § 2.1. – Il genitore biologico, legale e intenzionale-sociale. § 3. **–** I criteri di attribuzione della genitorialità. § 3.1. – La madre gestante. § 3.2. – La procreazione medicalmente assistita eterologa. § 3.2.1. – Il valore e la natura del consenso espresso in sede di PMA. § 3.3. – La procedura adottiva e l'omogenitorialità. § 4. – Lo stato di figlio nato da maternità surrogata e l'adozione in casi particolari. § 5. La genitorialità intenzionale e/o sociale. § 6. – Conclusioni.

§ 1. – *Introduzione*

Al termine degli anni Novanta, Andrew Bainham intitolava una delle sue opere più celebri: "*What is a parent*?"[1].

La domanda veniva posta al fine di sollecitare una riflessione collettiva sulla definizione tradizionale di *genitore*, con ciò intendendosi una figura genitoriale plasmata in aderenza ad un modello riproduttivo "naturale", poi sussunto a matrice minima del vincolo legale riconosciuto dall'ordinamento[2]. In massima sintesi, Bainham dubitava della coerenza logica e sistematica del permanere di un modello genitoriale unico, che non tenesse conto delle evoluzioni delle tecniche riproduttive e delle nascenti esigenze dei singoli individui in materia di procreazione e di famiglia.

Nel solco tracciato da Bainham, si pone il presente contributo, dedicato all'analisi del fenomeno della c.d. frammentazione della figura genitoriale, nell'intento di saggiare, alla luce del mutato contesto sociale e normativo, la coerenza sistematica e la eventuale adattabilità dei criteri di attribuzione dello *status* di figlio, così come codificati nella normativa vigente.

* *Alma Mater Studiorum* Università di Bologna.

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

[2] L. Bruscuglia, *Diritti dei minori e procreazione artificiale*, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, Cedam, 1989, 169 ss.; A. Sassi, *La filiazione tra responsabilità* e favor veritatis, in G. Perlingieri (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, *Atti del 12º Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, Napoli, ESI, 2018, 438 ss.

§ 2. – *Le cause giuridiche e sociali della frammentazione della figura genitoriale*

I presupposti sui quali si fonda la riflessione in merito alla frammentazione della genitorialità sono plurimi e necessitano di essere seppur sinteticamente menzionati.

In primis, le novelle hanno affiancato al modello familiare fondato sul matrimonio una pluralità di modelli familiari: alla luce della normativa vigente, infatti, l'orientamento sessuale e il tipo di struttura comunitaria/familiare rappresentano elementi di caratterizzazione del tipo di unione. Possiamo annoverare infatti il matrimonio quale forma istituzionale e ancora in parte favorita dall'ordinamento, l'unione civile tra persone dello stesso sesso e le convivenze composte da persone di sesso diverso e uguale, nelle forme previste dall'art. 1 commi 36 e seguenti della legge del 20 maggio 2016 n. 76 oppure in forma spontanea.

Dinnanzi ad un moltiplicarsi di formazioni sociali familiari, sussistono altrettante modalità di dissoluzione del vincolo matrimoniale-sentimentale, a cui il ricorso è sempre più frequente[3]: da ciò consegue la configurazione di numerosi modelli familiari c.d. "ricostruiti", ove i componenti sono uniti da legami fondati su abitudini di vita condivisa, spesso non di sangue e non sempre riconosciuti legalmente.

Da un punto di vista scientifico, invece, si rileva come l'evoluzione delle tecniche riproduttive ha promosso una tendenziale scissione tra il legame genetico e/o biologico ed il vincolo legale genitoriale, permettendo l'attribuzione di uno *status* genitoriale non corrispondente alla matrice naturale[4].

[3] Nel 2008, i matrimoni erano 246.613 a fronte di 54.00 divorzi, mentre nel 2019 solamente 184.088 a fronte però di 84.000. Cfr. *https://www.istat.it/it/files/2021/02/Report-matrimoni-unioni-civili-separazioni-divorzi_anno-2019.pdf*.

[4] All'indomani della pubblicazione della l. n. 40/2004, la dottrina più accorta si interrogava circa gli effetti giuridici da attribuire alla "scelta procreativa": E. Del Prato, *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in *Familia*, 2001, 1035 ss.; G. Ferrando, *La procreazione assistita tra regole e principi. Contributo al dibattito sulla nuova legge*, in M. Fortino (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita atti del convegno internazionale di Messina 13-14 dicembre 2002*, Torino, Giappichelli, 2005, 155; C. Cavajoni, *Procreazione assistita e* status filiationis, in M. Dossetti, M. Lupo, M. Moretti (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2010, 103; M. 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, 89; F. Santosuosso, *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, Giuffrè, 2004, 128.

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, Giappichelli, 2004, 126 ss.

Più recentemente, U. Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, 3735; R. Villani, *La "nuova" procreazione medicalmente assistista,* in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II; L. Lenti, M. Mantovani (a cura di), *Il nuovo diritto della filiazione*, Mila-

Tale innovazione, affiancata alle ricerche sull'identità genetica, ha influito, seppur indirettamente, sul progressivo affievolimento del principio del *favor veritatis*, secondo il quale la corrispondenza del dato biologico a quello giuridico garantisce un migliore soddisfacimento dell'interesse del minore.

La tematica sinteticamente esposta assume una portata maggiore se si considera il fenomeno circolatorio che coinvolge i provvedimenti recanti rapporti di genitorialità insorti da pratiche vietate dall'ordinamento interno[5], quali la maternità surrogata e la PMA tra persone dello stesso sesso[6], *post mortem*[7] e di *single*[8].

In via di prima approssimazione e dinanzi allo scenario brevemente tratteggiato, è possibile individuare alcune tendenze: da un lato, l'insorgere di rapporti giuridicamente rilevanti, basati su un elemento affettivo-intenzionale; dall'altro, in una prospettiva uguale e contraria, la perdita di centralità del legame biologico e/o genetico sotteso allo *status* genitoriale.

§ 2.1. – *Il genitore biologico, legale e intenzionale-sociale*

In considerazione dello scenario illustrato e delle tendenze evidenziate, l'indagine pare doversi sviluppare secondo la direttrice tracciata dal fenomeno della c.d. frammentazione della figura genitoriale, in cui è possibile scindere almeno tre elementi, tutti e tre riconducibili *latu sensu* alla figura genitoriale, ma non necessariamente coincidenti

no, Giuffrè, 2019, 331-333; M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., Padova, Cedam, 2023, 413.

[5] 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 altresì si pongono in una posizione di estraneità e difformità rispetto alla normativa ordinaria vigente, con particolare attenzione per 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.

[6] Tra i recenti e noti provvedimenti si v. Trib. Roma, 30 luglio 2014, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1533, con nota di R. Carrano, M. Ponzani, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico delle famiglie omogenitoriali*; R. Ronfani, *L'omogenitorialità. Una categoria realizzata*?, in P. Bosisio, R. Ronfani (a cura di), *Le famiglie omogenitoriali, responsabilità, regole, diritti*, Roma, Carocci, 2015, 43 ss. A. Alghrani, J. Harris, *Reproductive liberty: should the foundation of families be regulated*, in *Child & Family Law Quarterly*, 2006, 18, 210.

[7] A. Natale, *I diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 526; D. Giunchedi, *Procreazione* post mortem *tra responsabilità genitoriale e* favor stabilitatis, in *Fam. e dir.*, 2020, 27.

[8] N. Cipriani, *Famiglie omogenitoriali e adozione*, in F. Dell'Anna Misurale, F.G. 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, ESI, 2017, 95 ss. In una prospettiva internazionalprivatistica: M.M. Winkler, *Adozione legittimante del single, stepchild adoption e famiglia monoparentale: aspetti internazionalprivatistici*, in G.O. Cesaro, P. Lovati, G. 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, Giuffrè, 2014, 102.

e coesistenti, ossia: il legame biologico/genetico, il vincolo legale ed il rapporto sociale/affettivo.

In tale prospettiva, può essere un valido strumento di ricognizione sistematica della materia la tripartizione linguistica e giuridica della figura genitoriale, adottata dalla letteratura giuridica inglese e non suscettibile di una fedele traduzione letterale.

I tre componenti o, meglio, i tre legami genitoriali possono essere così brevemente sintetizzati: (1) *parentage,* (2) *parenthood* e (3) *parental responsibility*.

Il primo termine esprime il rapporto biologico e/o genetico intercorrente tra genitore e figlio; gli archetipi della definizione di *parentage* sono, in un contesto riproduttivo naturale o assistito omologo, la madre gestante ed il padre genetico, i quali, in caso di procreazione medicalmente assistita eterologa, possono essere sostituiti dalla donatrice o dal donatore, anonimi e giuridicamente estranei al nascituro.

In questa prospettiva, i genitori sono coloro che hanno generato il nato e che condividendo con lo stesso il medesimo patrimonio genetico. É facilmente 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[9].

Il rapporto c.d. "naturale" conosce una sub-distinzione al suo interno tra legame genetico e legame biologico-gestazionale, proprio della maternità.

Introducendo al sistema descritto 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 *natural parent*, nozione che rievoca la preminenza e l'esclusività del legame di sangue e che le tecniche riproduttive moderne hanno alterato. L'alterazione del patrimonio genetico e l'intervento di un soggetto terzo non solo pongono dubbi sulla morfologia e la struttura del genitore biologico, estraneo giuridicamente alla vita del nato, ma altresì aprono alla problematica del diritto all'identità genetica e alla conoscenza delle origini del figlio.

Il secondo concetto di *parenthood* appare essere più ampio, in quanto include i rapporti che hanno ottenuto un legale riconoscimento, siano essi esito di una procedura riproduttiva autonoma/naturale, assistita o quale sito di una procedura adottiva.

Esso riassume tutti i rapporti che la legge, prescindendo dalla matrice originaria del vincolo, qualifica come genitoriali, in forza ed in

[9] J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit, *Beyond the best interest of the child*, London, Free Press, 1979, 17.

conformità della normativa vigente in materia di attribuzione dello *status filiationis* previsto, nell'ordinamento italiano, dalla disciplina codicistica, dalla legge sull'adozione e dagli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004.

Infine, la *parental responsibility*[10], in gran parte assimilabile all'istituto della responsabilità genitoriale del diritto italiano[11], rappresenta gli obblighi e i doveri che gravano sia su chi ha ottenuto lo stato giuridico genitoriale e sia su chi ha una posizione di prossimità privilegiata con il minore, compendiabile nella figura del genitore sociale.

La genitorialità sociale, come noto, 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 perpetuata nel tempo un adulto in contatto con il minore può diventare un *psychological parent*[12].

§ 3. – *I criteri di attribuzione della genitorialità*

Dinanzi alla possibilità di scomporre e frammentare il procedimento procreativo, così come la figura genitoriale e le obbligazioni su essa gravanti, l'interprete si deve porre la domanda se le definizioni di madre e padre e, soprattutto, i criteri di attribuzione dello *status* genitoriale, che si analizzeranno a campione nei prossimi paragrafi, siano ancora paradigmatici della realtà contemporanea, strutturalmente creati per aderire al dato "naturale".

§ 3.1. – *La madre gestante*

I criteri di attribuzione dello *status* genitoriale, siano essi di matrice codicistici o appartenenti alle leggi speciali, sono stati modellati dalla tradizione giuridica per aderire ad un procedimento procreativo e ad una figura genitoriale, materna e paterna, unitaria.

Riflettendo sulla definizione di maternità, si osserva che seppur l'ordinamento non offra una definizione, 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.

[10] R. Lamont, *Family law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 335; J. Herring, *Family law*, VIII ed., London, Pearson, 2017, 335; J. Sendall, *Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 248.

[11] L. Lenti, *Dalla responsabilità genitoriale alla responsabilità genitoriale*, in L. Lenti, M. Mantovani (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*. *Le riforme 2012-2018*, diretto da P. Zatti, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, Milano, Giuffrè, 2019, 375 ss.

[12] J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit, *Beyond the best interest of the child*, cit., 17 ss.

Tale disciplina appare quale conseguenza della sussunzione dell'evento naturale del parto ad elemento giuridico costitutivo e fondante il legame giuridico; in coerenza con il brocardo latino, "*mater semper certa est*", la norma suggerisce che la madre possa essere esclusivamente la gestante.

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 nella formazione dell'atto di nascita deve tenersi in considerazione la volontà della madre a non essere 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 nascita[13].

La regolamentazione italiana stabilisce che la gravidanza e dunque il parto siano l'unico modo attraverso cui una donna possa diventare e ricevere il trattamento riservato alla madre, sia che sia coniugata, e in tal caso tramite automatismo, salvo la facoltà di non essere nominata, sia che sia convivente, in questo caso però mediante le forme del riconoscimento.

Ciò esposto, si devono ricordare le osservazioni di attenta dottrina secondo cui "una volta ammessa la scissione delle fasi riproduttive, la fecondazione e la gestazione, su dei soggetti diversi, la prevalenza della fase gestazionale in quanto "naturale", non ha più una giustificazione assoluta"[14].

In tale prospettiva, il celebre caso dell'Ospedale Pertini ha portato all'attenzione degli studiosi e dell'opinione pubblica la controversia insorta tra una madre gestazionale ed una madre genetica, conclusasi con la vittoria della prima sulla seconda in ragione della preferenza in favore del rapporto gestazionale[15].

La scissione del legame gestazionale e genetico porta a riflettere su altre circostanze che rimangono prive di tutela in ragione della unicità del criterio attributivo della maternità richiamato: quale, ad esempio, la partner, donatrice, della madre gestazionale, che abbiano insieme fatto accesso a pratiche di procreazione medicalmente assistita eterologa all'estero, caso di cui si avrà modo di approfondire oltre.

---

[13] R. 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, 1056; G. Angelozzi, *Stato civile*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Milano, Giuffrè, 2015, 2868; A. Ianelli, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Napoli, ESI, 1984; A. Cicu, *Azione di rettificazione di atti di stato civile e azioni di stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 50.

[14] C. Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 52.

[15] Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1565 ss.; in *Dir. fam. pers.*, 2015, 186 ss., 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, 929, con nota di M.N. Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*.

§ 3.2. – *La procreazione medicalmente assistita eterologa*

La legge n. 40 del 2004[16] risponde all'esigenza di offrire una soluzione ai problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, consentendo il ricorso alla procreazione medicalmente assistita[17], alle condizioni e secondo le modalità previste, assicurando i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito (art. 1).

L'analisi dei requisiti permette di individuare un duplice ordine di presupposti.

In primo luogo, possono accedere alle pratiche assistite solo le coppie di sesso diverso, sposate o conviventi, sulla falsariga di quanto stabilito dalla disciplina che governa l'adozione, ispirata al principio dell'*imitatio naturae*. Così come evidenziato 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»[18].

Lo scenario normativo originario, come noto, ha subito interventi caducatori ed additivi per mano della Corte costituzionale[19] che ha consentito il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche 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[20].

I giudici delle leggi sono poi intervenuti una seconda volta sul dettato normativo, dichiarando l'illegittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa[21], riconducendo la materia "a ragionevolezza". La pronuncia rappresenta un passaggio cruciale ai fini della "riforma" della disciplina sulla PMA non solo nella prospettiva della ridefinizione della genitorialità e alla luce della distinzione tra

[16] Interessanti le riflessioni di V. Zambrano, *La fecondazione assistita e il mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica*, in P. Stanzione, G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, Giuffrè, 2004, 293 ss., in part. 299; U. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1360.

[17] Rapporto nascite ISTAT. La percentuale di donne che ricorre alla fecondazione in vitro è passata dal 37% del 2012 al 48% dell'anno 2022, con una crescita del 73%. Consultabile: *https://www.epicentro.iss.it/pma/aggiornamenti*.

[18] S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, il Mulino, 1995, 159.

[19] Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *costituzionalismo.it*, 2015, 12, con nota di C. 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, 382 ss., con nota di G. Ferrando, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*.

[20] 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, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*.

[21] Per una nota critica a questa sentenza, C. Tripodina, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost*., 2014, 2593.

genitorialità genetica e legale, ma altresì di una più generale riconsiderazione della normativa nel suo complesso.

§ 3.2.1. – *Il valore e la natura del consenso espresso in sede di PMA*

La disciplina regolatrice l'accesso alle tecniche di PMA è stata modellata sulla struttura del consenso informato[22], assimilando un trattamento riproduttivo ad un intervento medico, sebbene non produca effetti curativi in senso stretto[23].

L'art. 6 è espressione del binomio su cui si fonda il principio del consenso informato[24]: il diritto di scelta, speculare e compatibile con il diritto di informazione[25], 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 una specifica disposizione costituzionale e fortemente influenzata da eteronome valutazioni di natura etica e psicofisica[26].

Tra i primi commentatori, vi è stato chi ha intravisto 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, esigenza prioritaria di una tutela dinamica che deve accompagnare il tumultuoso evolversi di processi inarrestabili»[27].

---

[22] P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 1 ss.

[23] 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, 40 ss.; L. Rossi Carleo, *Le informazioni per il "consenso" alla procreazione assistita*, in *Familia*, 2004, 712; F. Santosuosso, *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, Giuffrè, 2004, 33 che prevedeva che «il banco di prova della nuova normativa dipenderà in buona parte dalla politica di prevenzione e di informazione».

[24] 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, 83; in *Giust. civ*., 2008, 1724; in *Riv. dir. civ*., 2008, 363. In dottrina: G. 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, Utet, 2006, 243.

[25] «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 civ. comm.*, 2018, 49 ss.

[26] M. Carducci, *Consenso informato*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, III, Napoli, ESI, 2010, 424 ss., in part. 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».

[27] L. Rossi Carleo, *Le informazioni per il "consenso" alla procreazione assistita*, in *Familia*, 2004, 717.

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 legge 40 del 2004, relative all'attribuzione dello *status filitionis* del figlio nato a seguito di PMA[28].

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 legge, dovendosi desumere che debba considerarsi figlio nato nel matrimonio colui che viene generato in un contesto di coppia matrimoniale, mentre deve essere considerato "figlio riconosciuto", colui che è concepito da genitori non coniugati.

L'art. 9 invece detta ai commi 1 e 2 una disciplina preclusiva destinata ai genitori e finalizzata a garantire la stabilità dello stato del figlio nato da PMA eterologa e inibisce, ai sensi del comma 3, la formazione di qualsiasi rapporto giuridicamente rilevante tra il nato e il donatore.

La disposizione, in combinato disposto con l'art. 9 della medesima legge, è stata poi applicata anche ai figli nati a seguito di trattamento eterologo.

Ciò che se ne trae è un sistema attributivo costruito in adesione e in replicazione del dato naturale. In un recente contributo si è parlato anche di "alibi naturalistico", secondo cui è degno ciò che è conforme a natura per cui ogni manomissione produce un'offesa[29].

§ 3.3. – *La procedura adottiva e l'omogenitorialità*

La discrasia tra verità legale e legame biologico nel rapporto di filiazione era conosciuta dall'ordinamento, prima dell'introduzione della legge n. 40/2004 e la caduta del divieto di fecondazione eterologa, quale conseguenza dell'istituto dell'adozione, procedimento giurisdizionale che conferisce la possibilità di offrire 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 famiglia giustificano l'intervento statale nella struttura familiare inidonea alla cura e all'educazione del minore e altresì la deroga alla coincidenza tra verità legale e quella biologica. E in questo mutato contesto

[28] R. Villani, *La "nuova" procreazione medicalmente assistista*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, L. Lenti, M. Mantovani (a cura di), *Il nuovo diritto della filiazione*, Milano, Giuffrè, 2019, 329.

[29] M.R. Marella, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2023, 2.

trova conferma l'assunto di Cicu secondo cui «dalla procreazione non discende necessariamente il vincolo giuridico di genitorialità»[30].

Come noto, il dettato normativo impone stringenti requisiti per poter accedere alla procedura dell'adozione piena, in particolare l'art. 6 della legge n. 184/1983 stabilisce che l'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni, o per un numero inferiore di anni se i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, e ciò sia accertato dal Tribunale per i minorenni. I requisiti soggettivi e oggettivi per l'adozione e il procedimento adottivo conducono, come è noto, ad un modello ispirato all'*imitatio naturae*, ossia al modello genitoriale eterosessuale e matrimoniale, almeno per quanto concerne l'adozione c.d. legittimante.

Sia l'adozione legittimante sia quella debole, fermo restando che i recenti interventi giurisprudenziali stanno conducendo ad un avvicinamento delle due figure[31], si sorreggono su di una matrice intenzionale e consensuale, sebbene sottoposta a vaglio soggettivo e oggettivo. Per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome.

Per quanto riguarda in particolare l'adozione in casi particolari, il ricorso a tale istituto assume particolare rilevanza alla luce della giurisprudenza di legittimità in materia di riconoscimento degli atti di nascita insorgenti da pratiche vietate nell'ordinamento domestico, ma previste da paesi stranieri.

In tali contesti, la Corte di cassazione ha ritenuto infatti che la genitorialità c.d. intenzionale, quindi priva di legame biologico e genetico, possa trovare legittimazione e riconoscimento solo attraverso il sindacato dell'autorità pubblica, proprio del procedimento adottivo, come meglio si esplicherà in dettaglio nel prossimo paragrafo.

§ 4. – *Lo stato di figlio nato da maternità surrogata e l'adozione in casi particolari*

La Cassazione a Sezioni unite si è espressa, nella sentenza del 30 dicembre 2022 n. 38162[32], in termini negativi avverso il riconoscimento dell'atto di nascita insorgente da maternità surrogata, denunciando la

[30] A. Cicu, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, III, 2, Torino, Utet, 1939, 9.

[31] Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Giur. Cost*., 2022, 1685; Cass., ord. 5 gennaio 2023, n. 230, in *Fam e dir.*, 2023, n. 397.

[32] Precedenti conformi: Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Corr. giur*., 2019, 1212. *Contra* Cass., 30 settembre 2016, n. 19599 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 362; Cass., 15 giungo 2017, n. 14878, in *articolo29.it*.

violazione della dignità della donna, dell'ordine pubblico, e ha riconfermato il ricorso alla procedura adottiva per il genitore intenzionale quale strumento elettivo di riconoscimento della genitorialità.

In sintesi la pronuncia, ponendosi in linea di continuità con la giurisprudenza maggioritaria in materia, nega l'esistenza di una genitorialità intenzionale, imponendo il ricorso all'adozione, ritenuto l'unico strumento che nell'ordinamento legittima una genitorialità priva di rapporto biologico e soprattutto che permetta una verifica sulla genitorialità intenzionale.

L'interrogativo intorno al quale si sviluppa la pronuncia citata riguarda l'adeguatezza o meno dell'adozione particolare a garantire la piena tutela dell'interesse del minore al riconoscimento, sociale e giuridico, del legame con il c.d. genitore intenzionale.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nella sua composizione plenaria, ha cercato di offrire una soluzione che tenesse conto del necessitato bilanciamento tra la discrezionalità legislativa in materia familiare degli Stati membri e l'esigenza di tutela dell'interesse del minore. La *Grande Chambre* ha infatti riconosciuto la libertà di ogni Stato di non consentire la trascrizione della sentenza delibata o dell'atto di nascita, a patto che sussista nell'ordimento una via alternativa che consenta di riconoscere con piena efficacia e prontamente il rapporto di filiazione rispetto al genitore intenzionale[33], potendo tale strumento coincidere anche con l'istituto dell'adozione.

A mente di ciò, le Sezioni unite non negano l'ineludibile esigenza di garantire al nato il riconoscimento dello *status* di filiazione in forza del superiore interesse del minore[34], ma affermano che «l'interesse del minore non può certo rappresentare un diritto tiranno rispetto alle altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute o protette, che costituiscono nel loro insieme espressione della dignità della persona»[35].

Pertanto la Corte di Cassazione nella sua composizione allargata ha stabilito che, per inquadrare giuridicamente il rapporto affettivo e sociale sussistente tra il minore e il genitore intenzionale, considerato padre a pieno titolo sin dalla nascita del bambino nel Paese in cui le pratiche procreative sono state poste in essere, l'ordinamento italiano offre la possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari, ai sensi

[33] Grande Chambre, Advisory opinion, P16-2018-001, 10th April 2019, in *Giur. it*., 2019, 1016.

[34] E. Lamarque, *Pesare le parole. Il principio dei best interests of the child come principio del miglior interesse del minore*, in *Fam. e dir*., 2023, 370, ove l'A. evidenzia la necessità di trovare una traduzione del principio del "best interest", più aderente al significato da attribuirsi che non veicola una superiorità o una prevalenza, quanto più una "soluzione ottimale per il minore", o una "soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore", o, ancora, un "principio del miglior interesse del minore".

[35] Ancora v. E. Lamarque, *op. cit*., 365.

della l. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d), ritenuta sufficiente a garantire la salvaguardia della continuità della relazione affettiva ed educativa eventualmente instauratasi.

Ad opinione delle Sezioni Unite, il ricorso alla procedura adottiva è da prediligersi in ragione di un duplice ordine di considerazioni: *i)* non esiste, nell'ordinamento italiano, un modello di genitorialità, diverso dall'adozione, alternativo a quello fondato sul legame biologico tra genitore e figlio[36]; *ii)* l'adozione in casi particolari offre la possibilità di garantire una verifica sulla genitorialità insorgente.

Con le parole della Corte «attraverso l'adozione in casi particolari, l'ordinamento italiano assicura tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico, *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, del suo rapporto con il genitore d'intenzione»[37].

§ 5. – *La genitorialità intenzionale e/o sociale*

Tutto quanto brevemente esposto pare lasciare spazio di riflessione sull'assunto secondo cui la disciplina attributiva dello *status* di filiazione vigente nell'ordinamento non contempli – escluso il procedimento adottivo – rapporti di filiazione non originati dal rapporto genetico, ma basati su di un condiviso disegno di genitorialità sociale[38].

La genitorialità sociale, coniata originariamente per fornire tutela ai rapporti instaurati, in contesti familiari ricostruiti[39], tra il partner del genitore biologico e i figli dello stesso, trova legittimazione nella giurisprudenza interna e internazionale[40], trovando poi in seguito fruibilità anche in vicende giurisprudenziali riguardanti il riconoscimento dello *status* genitorialità dell'adulto, c.d. *biological stranger*, coinvolto nel progetto genitoriale realizzato tramite gestazione per altri o fecondazione eterologa[41].

---

[36] *Contra* App. Trento, 23 febbraio 2017, in *articolo29.it*, ove il giudice trentino si trovò a decidere sul caso del parto gemellare di madre gestante con due padri genetici differenti. La Corte si espresse per il riconoscimento della genitorialità intenzionale, ritenendo che non sussista nell'ordinamento italiano un modello di genitorialità fondato solo sul legame biologico fra il genitore e il nato.

[37] Cfr. § 24 della Cass. sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162

[38] J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit, *Beyond the best interest of the child*, cit., 17 ss. La genitorialità sociale 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".

[39] E. Al Mureden, *Le famiglie ricomposte, tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 966 ss.

[40] CEDU, 19 febbraio 2013, X and Others c. Austria, ric. 19010/07, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 519.

[41] Si v. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Riv. dir. intern.*, 2018, 632; in *Dir. fam. pers.*, 2018, 15 ss; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.; Trib. Palermo, 13 aprile 2015 e App. Palermo, 17 luglio 2015, in *Corr. giur.*, 2015, 1549. Si v. S. Veronesi, *Le "nuove famiglie e la*

La giurisprudenza di merito, uniformandosi all'insegnamento della Corte di Cassazione[42], ha promosso in rapida successione una serie di provvedimenti in forza dei quali veniva ordinata 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 genitoriale[43].

Assume dunque rilevanza il consenso espresso dalla coppia e insorge il concetto di genitorialità "intenzionale"[44] contrapposta alla genitorialità "ordinaria", fondata al contrario sul dato biologico-genetico[45].

A fronte di un consenso prestato in sede di accesso alla PMA, manifestando dunque la condivisione di un progetto genitoriale[46], non è illogico pensare che il Legislatore abbia previsto un trattamento differenziato tra i figli nati da procreazione naturale e assistita[47] o quanto meno, che si possa attribuire una natura di «prericonoscimento del nascituro»[48].

---

posizione del genitore "sociale" rispetto ai figli del coniuge o del nuovo partner, in G.O. Cesaro, P. Lovati, G. 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, FrancoAngeli, 2014, 49 ss.; R.G. Bianco, *La tutela del genitore sociale nella famiglia ricostituita*, in F. Dell'Anna Misurale, F.G. Viterbo (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete*, cit., 157 ss.; V. 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*, cit., 90-91; A. 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, Giuffrè, 2013, 3945 ss.

[42] Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

[43] 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*.

[44] A. Sassi, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, in P. Perlingieri (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, 438 ss.; L. Lipari, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005; F.D. Busnelli, *Procreazione artificiale: una giurisprudenza "in trincea"*, in M. Comporti, S. Monticelli (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, Napoli, ESI, 2005, 281 ss.; Idem, *Procreazione artificiale e filiazione adottiva*, in M.F. Tomassini (a cura di), *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare. Atti del Convegno di studi (Copanello, 28-29 settembre 2001)*, Torino, Giappichelli, 2003, 46 ss.

[45] Trib. Pistoia 5 luglio 2018, in *articolo29.it*; M. Gattuso, *Un bambino e le sue mamme: dall'indivisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in *questionegiustizia.it*.

[46] G. Baldini, *Considerazioni introduttive*, in G. Baldini, G. Cassano (a cura di), *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.

[47] R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, Giappichelli, 2004, 102.

[48] Così si esprimeva la Relazione introduttiva alla Proposta di legge n. 1869. Cfr. R. Villani, *La procreazione assistita*, cit., 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.

Vi è chi segnala che il consenso espresso in sede di PMA non è una mera autorizzazione, ma è una volontà di filiazione[49]. 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 riconoscimento[50], aderendo al brocardo «*consensus facit filios*»[51]. Con le parole della Ferrando, «Nella PMA non è il sangue che rende genitori, ma la *scelta*»[52].

Pertanto, dinanzi alla possibilità di scomporre e frammentare il procedimento procreativo così come la figura genitoriale e le obbligazioni su essa gravanti, l'interprete si deve porre la domanda se le definizioni di madre e padre e i criteri di attribuzione dello *status* genitoriale vigenti siano ancora paradigmatici della realtà contemporanea ed altresì potrebbe dubitare della consistenza dell'affermazione secondo cui la genitorialità intenzionale sia estranea all'ordinamento nazionale.

Fermo restando la ricostruzione della disciplina di accertamento ed attribuzione dello *status filiationis*, le Sezioni Unite ritengono inoltre che l'adozione, istituto votato al soddisfacimento dell'esigenza del minore, abbia il pregio di non assecondare attraverso automatismi il mero desiderio di genitorialità degli adulti, ma al contrario permette di accertare l'idoneità di colui che insieme al padre biologico ha condiviso e attuato il progetto del concepimento del figlio e, assumendosi la responsabilità della cura e dell'educazione, ha altresì concorso in fatto a instaurare quella organizzazione di vita comune diretta alla crescita e allo sviluppo della personalità che è la famiglia[53].

A tal riguardo ci si chiede quando e in che circostanze si potrebbe verificare il caso in cui l'interesse del figlio – nato da GPA, non voluto dalla madre gestante, già giuridicamente riconosciuto come figlio di entrambi i genitori, compreso il padre intenzionale, sebbene in un paese straniero, inserito nella propria famiglia ove riconosce la propria

[49] G. Baldini, *Considerazioni introduttive,* in G. Baldini, G. Cassano (a cura di), *Persona, biotecnologie e procreazione*, Milano, Ipsoa, 2002, 150.

[50] M. Dogliotti, A. Figone, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, Ipsoa, 2004, 181. C. Cavajoni, *Procreazione assistita e status filiationis*, in M. Dossetti, M. Lupo, M. Moretti (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2010, 103. *Contra* M. 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, 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.

[51] Riportato da F. Santosuosso, *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, Giuffrè, 2004, 128. Si v. anche E. Del Prato, *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in *Familia*, 2001, 1035 ss., ove l'A. si interroga circa la natura e gli effetti giuridici da attribuire alla "scelta procreativa".

[52] G. Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 382.

[53] Trib. Roma, 11 febbraio 2020, n. 2991, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 1444.

identità[54] – non coincida con il riconoscimento del rapporto già acquisito, espressione di un progetto genitoriale condiviso e molto probabilmente già sviluppato sul piano affettivo con il genitore intenzionale[55].

Seguendo tale logica, espressione di un certo scetticismo, l'accertamento della meritevolezza del genitore intenzionale potrebbe essere richiesta anche al partner della donna che abbia partorito in seguito a PMA eterologa: si potrebbe dubitare infatti che l'attribuzione dello *status* di figlio coerente con un progetto familiare condiviso, ma privo di un sotteso legame genetico, possa corrispondere ai bisogni e agli interessi dello stesso.

Da ultimo, per quanto concerne invece i profili di criticità insorgenti ed intrinseci alla disciplina stessa della adozione in casi particolari, possono essere così di seguito sinteticamente inquadrati.

In primis, per quanto concerne il momento costitutivo del rapporto genitoriale, si ricorda che l'istituto dell'adozione, in tutte le sue forme, presuppone che il genitore assuma l'iniziativa, che, chiaramente, non compete mai all'adottando, che in ogni caso non può rivendicare la costituzione del rapporto genitoriale per il tramite dell'adozione.

Inoltre, fermo restando il recente intervento della Corte costituzionale che ha consentito di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e i familiari dell'adottante[56], si noti come tale rapporto, così come il legame genitoriale, insorgano dal momento della pronuncia della sentenza di adozione e non dalla nascita, creando un evidente vuoto di tutela in caso di premorienza dell'adottante prima della attivazione della procedura adottiva o nelle more della stessa.

Ancora, la disciplina dell'adozione (art. 46 della l. n. 184 del 1983) richiede per il suo perfezionamento il necessario assenso del genitore biologico, che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita.

Sebbene sia possibile superare la rilevanza ostativa del dissenso all'adozione, ciò non toglie che l'eventuale contrasto rischia di sacrificare uno dei rapporti sorti all'interno della famiglia nella quale il bam-

[54] Trib. Roma, 11 febbraio 2020, n. 2991, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 1444, ove i giudici attribuiscono rilievo al dato temporale della durata della vita del minore e del nucleo familiare.

[55] Si v. E. Messineo, *Principio di continuità dello status e divieto di maternità surrogata*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 1478.

[56] Corte Cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Giur. cost.*, 2022, 1685. Al pari dell'adozione "ordinaria" del minore di cui alla L. n. 184 del 1983, artt. 6 e ss., l'adozione in casi particolari non si limita a costituire il rapporto di filiazione con l'adottante, ma fa entrare l'adottato nella famiglia dell'adottante.

bino è cresciuto, privandolo di un apporto che potrebbe invece essere fondamentale per la sua crescita e il suo sviluppo.

§ 6. – *Conclusioni*

Tutto ciò premesso, non pare peregrina la riflessione relativa alla configurabilità in seno all'ordinamento di una genitorialità intenzionale, priva di legami di sangue ed estranea alla procedura adottiva, che la legittimi agli occhi dell'ordinamento.

Il regime di attribuzione della filiazione nel contesto di PMA eterologa mostra che il genitore *biological stranger*, ossia il padre che non abbia contribuito all'evento fecondativo, assume la qualifica di genitore solo perché ha partecipato con il proprio consenso alla pratica medica.

La genitorialità sociale, costruita su condotte volontarie, ha trovato frequente riconoscimento in giurisprudenza, come ad esempio in termini di diritto di visita a seguito della cessazione del legame sentimentale tra i partner o i coniugi. In altra prospettiva, la presenza di un adulto che si assuma delle responsabilità di fatto genitoriali senza aver alcun titolo è stato considerato valido motivo per concedere la diminuzione dell'assegno di mantenimento del padre[57].

L'individuazione del legame di filiazione appare peraltro centrale in un contesto socio giuridico ove si afferma l'idea secondo cui vi è famiglia ove c'è procreazione. Il rapporto di filiazione rappresenta difatti il nucleo fondante, il sintagma minimo costitutivo e caratterizzante la comunità familiare, anche nei casi in cui la stessa si sciolga.

In conclusione, si denota una certa scarsità di consistenza e un ristretto ambito di applicazione dei criteri attributivi della genitorialità fondati sul principio naturalistico, in favore di un più ampio spazio applicativo dell'intenzionalità della genitorialità, che prenda poi le forme giuridiche di un procedimento adottivo, piuttosto che di un procedimento medico o assistito o anche solo nel percorso affettivo su base quotidiana.

Abstract

In the light of the human fertilization and in consideration of the existence of genetical parents and the biological stranger, perhaps it is possible to begin to denote a certain narrowness – or narrowness of the scope – of application of the attributive criteria of parenthood based on the naturalistic principle, in

[57] Cass., 8 marzo 2020, n. 7555, in *Corr. giur*., 2020, 712.

favor of a broader area of application of parental intentionality, which actually takes only the legal forms of an adoption procedure, rather than a medical or assisted procedure or even just in the affective journey on a daily basis.

II.7. *Genitorialità affine nel* código de las familias. *Doveri e poteri nelle famiglie ricomposte cubane*

di Nicolò Cevolani*

Sommario: § 1. – Il *principio de pluralidad familiar* e le famiglie ricomposte a Cuba. § 2. – I genitori affini. Doveri. § 2.1. – Poteri. § 3. – I genitori affini e la multigenitorialità.

§ 1. – *Il* principio de pluralidad familiar *e le famiglie ricomposte a Cuba*

Per introdurre la genitorialità affine a Cuba è utile soffermarsi brevemente sull'habitat normativo che la circonda. Da qualche anno ha fatto notizia la ricodificazione, nell'ordinamento cubano, della materia familiare[1]: il dibattito ha preso piede con una serie di convegni[2] e ultimamente un'ampia iniziativa editoriale[3]. La costruzione della genitorialità affine, in particolare, muove dalla presa d'atto legislativa delle famiglie ricomposte, nella generale consacrazione del pluralismo a cifra denotativa della riforma. Un elemento, il pluralismo, già affermato saldamente dalla Costituzione del 2019, nel verso di un *principio de pluralidad familiar*[4]: il titolo III del testo costituzionale è dedicato proprio a «Las familias», al plurale, e la disposizione di apertura riporta alcuni passaggi significativi.

* *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna.

[1] Legge 22 luglio 2022, n. 156, ratificata con referendum il 25 settembre 2022. Sul provvedimento e sulla conferma, a Cuba, di un codice a sé per il diritto di famiglia v. M. Sesta, *Il nuovo* Código del las Familias *della Repubblica di Cuba*, in *Fam. dir.*, 2023, 1155 ss.

[2] Tra i vari organizzati, si possono ricordare quello di Roma il 4 aprile 2022, quello di Napoli il 17 novembre 2022, quello di Camerino il 30 novembre 2022, quello di Bologna il 13 dicembre 2022, quello di Venezia il 4 ottobre 2023 e quello nuovamente a Bologna dello scorso 22 novembre.

[3] Il volume di V. Barba, L.B. Pérez Gallardo (a cura di), *Manuale di diritto delle famiglie*, è in lavorazione e raccoglie contributi della dottrina italiana.

[4] L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada. La noción que ofrece el Código de las familias de Cuba*, in M. Herrera, L.B. Pérez Gallardo (diretto da), C. Beguiristan, N. de La Torre, F.P. Notrica (coordinato da), *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2023, I parte, 522. Sull'attenzione che la Costituzione cubana dedica al pluralismo, v. L.B. Pérez Gallardo, *El principio de pluralidad familiar en la Constitución cubana de 2019*, in *Revista Crítica de Derecho Privado*, n. 18/2021, 993-1028. La nuova carta costituzionale e l'impatto sortito sul diritto privato sono esaminati in A. Barenghi, L.B. Pérez Gallardo, M. Proto (a cura di), *Costituzione e diritto privato. Una riforma per Cuba*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

Così l'art. 81, paragrafo 1, Cost. cubana, accorda il riconoscimento e la protezione dello Stato alle famiglie, qualunque sia la loro conformazione[5]. Il primo periodo dello stesso paragrafo 1, da parte sua, chiarisce bene lo spirito delle norme costituzionali sulla famiglia: si concentra sull'individuo a scanso dell'istituzione familiare, e scolpisce in capo a ciascuno il diritto di formare la propria famiglia[6]. Il titolo III prosegue evitando il più possibile definizioni o classificazioni (preferisce demandarle alla legge ordinaria), con una propensione a legittimare le variegate ipotesi socialmente riconducibili al fenomeno familiare. Significativamente l'art. 82 contempla il matrimonio come «una de las formas de organización de las familias» e successivamente si occupa dell'unione di fatto, ma senza dichiarare esaurito il novero delle formazioni familiari.

In questo clima all'art. 84, paragrafo 3, della Costituzione trapela un primo accenno al coinvolgimento dei *parientes afines* nella cura della prole[7]. La norma estende il dovere di mantenere i minori dai genitori ai parenti, consanguinei o appunto affini, con un'apertura del tutto consonante rispetto alla declinazione che ne ha fatto il codice delle famiglie[8].

Il *código* riprende e sviluppa i motivi ispiratori della Costituzione cubana. L'innalzamento del pluralismo a principio portante[9] spiega l'uso del plurale per identificare la codificazione, «delle famiglie»[10], preso dal Titolo III della carta costituzionale. Tra le varie implicazioni del pluralismo all'interno del codice, l'emersione delle famiglie ricomposte costituisce il punto di collegamento tra lo stesso principio e la genitorialità affine.

In precedenza, l'ordinamento cubano non contemplava una regolamentazione strutturata della famiglia ricomposta. Il codice con il nuovo istituto ha inteso affrontare il mutamento della società cubana, e segnatamente la spaccatura della famiglia nucleare matrimoniale, con la necessità di superarne il monopolio normativo sulle relazioni

[5] «El Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera sea su forma de organización […]».

[6] «Toda persona tiene derecho a fundar una familia».

[7] «Las madres y los padres u otros *parientes* consanguíneos o *afines* que cumplan funciones de guarda y cuidado tienen el deber de dar alimentos a niñas, niños y adolescentes, respetar y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, protegerlos de todos los tipos de violencia y contribuir activamente al desarrollo pleno de su personalidad», corsivo di chi scrive.

[8] L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada*, cit., 523.

[9] M. Sesta, *Il nuovo* Código del las Familias *della Repubblica di Cuba*, cit., 1157.

[10] L.B. Pérez Gallardo, A.M. Alvarez Tabio Albo, *Motivi e caratteri del nuovo* Código de las familias *di Cuba*, traduzione di N. Cevolani, in *Fam. dir.*, 2023, 1180. Sulla voga contemporanea di «declinare gli istituti giuridici e le categorie al plurale», L. Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, II ed., Bologna, il Mulino, 2021, 15.

familiari[11]. La disciplina legislativa si è resa tanto più urgente proprio con la Costituzione del 2019, che proclama il diritto di ciascuno di costituire una famiglia (art. 81 Cost.), nel più ampio *milieu* costituzionale dedicato allo sviluppo della personalità dei singoli[12] (e la riferita marcata connotazione in senso pluralistico dell'ordinamento delle famiglie). Peraltro, questa estrinsecazione del principio della *pluralidad familiar* è riconducibile anche alle influenze delle esperienze costituzionali latinoamericane e delle pronunce della Corte Interamericana dei Diritti Umani, come notano gli stessi commentatori cubani[13] con un riferimento operativo al metodo comparatistico[14].

§ 2. – *I genitori affini. Doveri*

La genitorialità affine è racchiusa negli artt. 180-188 del codice delle famiglie. Siamo all'interno del titolo V (di undici che compongono il codice), dedicato alla responsabilità genitoriale (artt. 136 ss.).

L'art. 180 individua la madre e il padre affine[15] nel coniuge o nel convivente del genitore a seguito della formazione di famiglie ricostituite. Più propriamente, si tratta di ciascun partner dei genitori affidatari congiunti o del partner del genitore affidatario esclusivo. Devono essere uniti in matrimonio o formare una coppia affettiva di fatto[16]. Quanto ai figli affini, sono tali i minori d'età conviventi con il genitore affine.

[11] L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada*, cit., 522.

[12] *Ibidem*.

[13] *Ivi*, 523.

[14] Per l'influenza sortita dalla comparazione nella redazione del codice delle famiglie, cfr. M. Sesta, *Il nuovo* Código del las Familias *della Repubblica di Cuba*, cit., 1157.

[15] Si dà conto della differente scelta onomastica in Argentina per l'analoga figura, in quell'ordinamento, del «progenitore affine», che peraltro ha ispirato il legislatore cubano: L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada*, cit., 526. La preferenza per il termine "genitore" deriva dal carattere sociale e non biologico del legame (all'entroterra biologico sarebbe più vicino diversamente il termine "progenitore"): L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada*, cit., 524. Sulla differenza tra *padre* e *progenitor* v. anche I.M. Méndez Trujillo, *Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba*, in L.B. Pérez Gallardo, G. Cerdeira Bravo de Mansilla (diretto da), M. García Mayo (coordinato da), *Un nuevo Derecho para las familias (a proposito del nuevo Código de las Familias de Cuba)*, Santiago, Olejnik, 2023, 148. Approfondisce il confronto tra l'istituto argentino e quello cubano F.B. Notrica, *La figura de madre y padres afines. Un análisis comparado entre el Código Civil y Comercial argentino y el nuevo Código de familias cubano*, in M. Herrera, L.B. Pérez Gallardo (diretto da), C. Beguiristan, N. de La Torre, F.P. Notrica (coordinato da), *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2023, I parte, 497 ss.

[16] L'istituto è assimilabile alle convivenze in Italia ed è retto dagli artt. 306 ss. Va notato che nell'ordinamento argentino, come detto il modello utilizzato dal legislatore cubano, solo il matrimonio «genera vínculos de parentetico por afinidad», F.B. Notrica, *La figura de madre y padres afines*, cit., 500 (cfr. l'art. 536, código civil y comercial).

L'art. 181 passa a regolare il rapporto tra genitori e prole affine. Viene indicato preminente il dovere di «promover un vínculo afectivo significativo con las hijas y los hijos de su cónyuge o pareja de hecho afectiva» (gli affetti sono un *leitmotiv* della nuova codificazione[17]): da questo derivano i poteri concessi al genitore affine (li tratta il paragrafo di seguito) nei confronti dei figli affini e l'obbligo di collaborare alla loro educazione e istruzione.

Separatamente, all'art. 185, si specifica il dovere di prestare gli alimenti, in una sede differente da quella della promozione del legame affettivo, a enfatizzare, sembra, la distinzione tra profili assistenziali e profili affettivo-educativi. L'obbligo alimentare del genitore affine è residuale e si attiva solo se non possono farvi fronte i genitori del minore, i nonni e gli altri ascendenti (art. 28, paragrafo 1). Segue le sorti del legame tra il genitore affine e il genitore: viene meno in seguito alla crisi della coppia, con il divorzio o la rottura dell'unione affettiva di fatto (art. 185, paragrafo 2). La conformazione legislativa dell'unione affettiva di fatto, legata a «un progetto di vita in comune», «stabile e notorio e di durata almeno biennale»[18], manca, di per sé, di un necessario momento formale che ne sancisca la fine, come l'inizio (art. 307). Sussiste un accertamento notarile a posteriori (art. 309, paragrafo 2), ma serve l'accordo degli ex partner.

Negli altri casi, quando manca l'armonia tra gli ex partner e si ricorre al giudice, si tratta di risalire al momento esatto della crisi irreversibile, l'episodio capace di spezzare la coppia e la stessa genitorialità affine. Occorre predeterminare un tasso minimo di gravità della rottura. Quanto deve durare l'allontanamento dal tetto comune[19]? Anche eventuali rotture e conciliazioni intermittenti complicano l'operazione di circoscrivere la genitorialità affine e le pretese che sopra essa fanno leva[20].

D'altra parte, il dovere di prestare gli alimenti («obligación legal de dar alimentos») ai figli affini può sopravvivere al legame di cop-

[17] L.B. Pérez Gallardo, A.M. Alvarez Tabio Albo, *Motivi e caratteri del nuovo* Código de las familias *di Cuba*, cit., 1161; M. Sesta, *Il nuovo* Código del las Familias *della Repubblica di Cuba*, cit., 1157 (cfr. altresì le «Considerazioni conclusive», *ivi*, 1159). Sulla promozione della socioaffettività a principio v. I.M. Méndez Trujillo, *Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba*, cit., 141.

[18] L.B. Pérez Gallardo, A.M. Alvarez Tabio Albo, *Motivi e caratteri del nuovo* Código de las familias *di Cuba*, cit., 1169.

[19] Proprio nel trascorrere del tempo insieme si riconosce un fattore decisivo per «la cimentación y confirmación de la identidad de la familia ensamblada»: I.M. Méndez Trujillo, *Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba*, cit., 163.

[20] Argomenti variamente dubbiosi della scelta di applicare la genitorialità affine alle mere convivenze, con riferimento al codice civile e commerciale argentino (v. i riferimenti sopra, alle note 15 e 16) serba H. Fulchiron, *¿Un estatuto para el progenitor afín?*, in *Rivista de Derecho de Familia y de las Personas*, n. 1/2016, 37 ss.

pia per un certo periodo (art. 185, paragrafo 2). Se in passato il genitore affine si è fatto carico di mantenere la prole[21] (quindi non si è limitato ai mezzi minimi per la sussistenza) e il cambio di *ménage* implicato dalla separazione mina gli stessi figli, il giudice conserva l'obbligo alimentare. La sua durata risulta da tre parametri: condizioni economiche dell'obbligato, esigenze dei beneficiari, tempo trascorso insieme agli stessi[22].

Più in generale, il rapporto tra genitore e figlio affini può scampare allo sfaldamento della coppia, nel conflitto tra genitore e genitore affine, quando residui un «affidamento e un regime di comunicazione»[23] ordinato dal giudice (art. 186). La disposizione non scende nel dettaglio delle modalità o dei contenuti, lasciando, sembra, ampi margini all'ufficio che concede la misura[24].

La prosecuzione di questo contatto con il minore è subordinata all'esame di alcuni fattori: l'interesse superiore dello stesso minore; la consistenza della relazione affettiva tra genitore e figlio affini; la presenza di altri figli all'interno della coppia in crisi; la consistenza dell'interesse in capo al genitore affine verso la conservazione del rapporto; la gravosità degli impegni del genitore non affidatario. Queste condizioni sembrano elencate dalla disposizione in ordine decrescente e riflettono una gerarchia tra gli interessi: prima quello proprio del minore affine e di altri minori coinvolti dalla vicenda[25]; in secondo piano quello del genitore affine; per ultime vanno saggiate le contingenze del genitore sullo sfondo, non affidatario ma non decaduto dalla responsabilità genitoriale, in modo da verificare le chance della sua presenza (affiora la complementarietà della famiglia ricomposta rispetto alla famiglia di origine, ma su questo aspetto ci si diffonde a proposito delle prerogative riconosciute al genitore affine).

L'affidamento e il regime di comunicazione sono accessibili anche sulla scorta di una definizione consensuale dei rapporti tra genitore e genitore affine. Il loro accordo fonda il nuovo assetto, se sanzionato dal notaio previo parere del pubblico ministero e con il significativo intervento del genitore non affidatario e non decaduto dalla responsabilità genitoriale[26] (art. 187).

[21] Va tenuto presente l'art. 215, paragrafo 1, che obbliga a mantenere i figli del proprio coniuge con i quali si conviva.

[22] Sullo spessore del tempo v. sopra, nota 19.

[23] Nella rubrica dell'articolo si legge «La guarda, el cuidado y el régimen de comunicación a favor de la madre o el padre afín»; nel testo, invece: «régimen de guarda, cuidado y comunicación». Lo stesso per l'art. 187.

[24] Cfr. I.M. Méndez Trujillo, *Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba*, cit., 156.

[25] Sugli «hermanos afines», I.M. Méndez Trujillo, *Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba*, cit., 156-157.

[26] La previsione denota ancora un raccordo all'insegna della sussidiarietà tra la famiglia d'origine del minore e il suo genitore affine.

In sintesi, la ragione fondamentale dietro al perpetuarsi delle relazioni tra genitori e figli affini viene imputata alla protezione del legame socioaffettivo, scomponibile in vari versanti: il principio di eguaglianza dei figli; il costante possesso di stato dei figli affini; il principio di solidarietà familiare[27]. Va menzionata un'altra, più dirompente, possibilità, per tenere i rapporti. La genitorialità socioaffettiva, disposta dal giudice sull'onda di presupposti del tutto simili, implica la piena filiazione (art. 59, ci si torna nell'ultimo paragrafo). Il coordinamento tra i due istituti andrebbe letto sulla scorta della maggiore o minore intensità dei rapporti tra genitore e figlio affini, nel primo caso ci sarà la filiazione socioaffettiva, nel secondo l'affidamento e il regime di comunicazione.

La costante attenzione verso le persone con disabilità viene segnalata come tratto tra i più caratterizzanti del nuovo codice[28] e lo statuto del genitore affine non fa eccezione. Lo conclude l'art. 188, con l'indicazione, al giudice e al notaio, di tenere sempre conto della presenza di figli con disabilità.

§ 2.1. – *Poteri*

Il repertorio di attribuzioni dei genitori affini è ispirato alla complementarietà rispetto al ruolo della famiglia d'origine – ciò vale più in generale per tutti i rapporti incentrati sulla famiglia ricomposta cubana –[29], e questa logica si spiega bene con la cedevolezza davanti alle prerogative dei genitori affidatari. Il genitore affine non può superare il dissenso del genitore affidatario (art. 181, paragrafo 2) né interferire con i diritti dei titolari della responsabilità genitoriale (art. 181, paragrafo 3); si tratta insomma di un ruolo supplente. Da questo punto di vista la genitorialità affine viene definita come una cooperazione[30], o, alla maniera della dottrina argentina, una plurigenitorialità gerarchizzata[31].

L'art. 181 riconduce i poteri dei genitori affini agli atti quotidiani inerenti all'educazione dei minori nell'ambito domestico e alle deci-

[27] I.M. Méndez Trujillo, *Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba*, cit., 159.

[28] L.B. Pérez Gallardo, A.M. Alvarez Tabio Albo, *Motivi e caratteri del nuovo* Código de las familias *di Cuba*, cit., 1161.

[29] L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada*, cit., 519 ss.

[30] *Ivi*, 524.

[31] F.B. Notrica, *La figura de madre y padres afines*, cit., 503; L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada*, cit., 526, i quali ricordano M.B. Alesi, *Deberes y derechos de los padre e hijos afines. Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada*, ne *La Ley. Código Civil y Comercial. Familia: Filiación y responsabilidad parental*, 2015, *Suplemento Especial*, 204, 218. Adopera «pluriparentalidad jerarquizada» anche I.M. Méndez Trujillo, *Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba*, cit., 145.

sioni particolarmente urgenti: i commentatori le riportano al contesto sanitario, con interventi improrogabili, e all'esercizio dei diritti del minore nei procedimenti cautelari[32]. Qui sembrano annidarsi i maggiori inconvenienti legati all'affidamento dei terzi. Tutto si fonda sul fatto. Chi può pretendere di rappresentare legittimamente il minore, senza un riferimento documentale? L'affidamento dei terzi potrebbe maturare unicamente sulla consuetudine dei rapporti e l'assiduità della frequentazione.

Il successivo art. 182 produce l'*exploit* del genitore affine e della sua funzione, da complemento a (parziale) comprimario[33], su delega – sussiste un riferimento documentale per convincere i terzi – del proprio coniuge o partner, genitore del minorenne che per un certo periodo e per una ragione qualsiasi[34] non sia nelle condizioni di esercitare le proprie prerogative[35]; sempre che l'altro genitore titolare della responsabilità genitoriale non riesca ad avvicendarsi. Si tratta del trasferimento di una parte dei poteri, dal genitore al genitore affine, mediante un atto da registrare e rinnovabile.

La norma rinvia alle regole previste per l'istituto, di portata generale, della delega della responsabilità genitoriale e segnatamente all'art. 145, paragrafi 2 e 3[36]. Per le implicazioni dell'atto, la norma impone alcuni requisiti. La delega va registrata con atto pubblico del notaio od omologata da parte del giudice, previo intervento del pubblico ministero e dopo l'ascolto del minore che abbia età e maturità sufficienti[37] (art. 145, paragrafo 2). Può durare un anno al massimo ed è replicabile seguendo le stesse forme, ma devono risultare le ragioni del rinnovo e «deben participar las personas que intervienen» (art. 145, paragrafo 3). I commentatori cubani ricavano in via interpretativa casi

[32] L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada*, cit., 526.

[33] I.M. Méndez Trujillo, *Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba*, cit., 146 ss.

[34] «[R]azones de viaje, misiones oficiales en el exterior, enfermedad o situación de discapacidad transitoria, o alguna otra causa».

[35] L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada*, cit., 530, riporta che lo strumento della delega intende dare copertura a una prassi largamente invalsa, quando, per qualche tempo, non c'è verso per il genitore di prestare le cure necessarie ai figli, richiamando L. Fornasari, *Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental: delegación del cuidado personal*, in *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurísprudencia*, n. 99/2021, 56.

[36] Non sono richiamati i successivi due paragrafi dell'art. 145 e questo sembra spiegarsi con il carattere extraformale che presentano, esulando dalla regolamentazione dell'atto. I rispettivi contenuti del resto vanno già compresi nell'architettura della genitorialità affine: il paragrafo 4 assicura ai titolari della responsabilità genitoriale un controllo sull'educazione e l'istruzione; il paragrafo 5 considera la decadenza dalla responsabilità genitoriale in capo a un genitore e prevede la concentrazione del potere di delega in capo all'altro.

[37] Ecco un'applicazione concreta del riconoscimento ai minori di età di una *capacidad progresiva*, intesa come il diritto di ricevere considerazione nei processi decisionali che li coinvolgono, con un peso proporzionato all'età e allo sviluppo: I.M. Méndez Trujillo, *Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba*, cit., 152 ss.

di cessazione della delega ulteriori rispetto alla fine della sua durata. Prendendo spunto dalle elaborazioni degli studiosi argentini, in particolare, oltre alla scomparsa del genitore affine, si menzionano la sua rinuncia, la revoca del genitore delegante e la cessazione del relativo impedimento, l'ordine del giudice nel caso di lite insorta tra genitori e genitori affini[38].

L'art. 183 aggiunge requisiti per licenziare la delega speciale al genitore affine: l'atteggiamento sorvegliato del legislatore spiega bene la delicatezza del contesto, anche in vista dell'affidamento dei terzi. Viene richiesto un «vínculo afectivo significativo» tra genitore e figlio affini, in uno con la convivenza stabile della famiglia ricomposta e l'osservanza dei doveri del genitore affine, rassegnati prima (art. 181, paragrafo 1). Le altre due condizioni, il confronto con il genitore non affidatario («cuando resulte posible») e l'ascolto del minore di età o maturità sufficienti, sembrano ripetere l'art. 145, paragrafi 2 e 3. D'altra parte viene sottolineato come i genitori titolari della responsabilità genitoriale mantengano poteri di controllo e sorveglianza[39].

Un'ultima ipotesi conclude il crescendo potestativo della genitorialità affine[40]. L'art. 184 contempla il perfezionamento delle prerogative annesse alla genitorialità affine, che arriva allo zenith e pareggia la responsabilità genitoriale piena. È utile soffermarsi sullo scarto: non parliamo più di quella «pluriparentalidad jerárquica», ma di una vera e propria «situación de coparentalidad», «cotitularidad en el ejercicio de la responsabilidad parental»[41].

Per prima cosa, occorre che l'altro genitore, diverso dal partner di quello affine, venga meno o perda la responsabilità genitoriale. Ancora, deve sussistere il «vínculo afectivo significativo» tra genitore e figlio affini. Infine, l'accordo tra il genitore affine e il suo partner, genitore titolare della responsabilità genitoriale, va omologato giudizialmente, sempre con l'intervento del pubblico ministero. Questo esercizio congiunto delle prerogative cessa con la fine della coppia, o il ripristino della responsabilità genitoriale in capo all'altro genitore, diverso dal partner di quello affine: sempre che, in questo caso, per il minore non sia più vantaggioso il perpetuarsi della condivisione[42]. Si avrà allora una triarchia nell'esercizio delle prerogative genitoriali, pure condizio-

[38] L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada*, cit., 532 s.

[39] F.B. Notrica, *La figura de madre y padres afines*, cit., 505 ss.

[40] Ma v. L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada*, cit., 528, 530, il quale reputa più avanzata la delega (resta la sua portata circoscritta e una vocazione schiettamente contingente, legata all'emergenza del caso).

[41] L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada*, cit., 529: l'A. converte il genitore affine in un «cotitular de la responsabilidad parental».

[42] I commentatori sottolineano l'irrilevanza, di per sé, del ripensamento del genitore partner di quello affine, che voglia tornare sui propri passi e ricusare la responsabilità congiunta: L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada*, cit., 529.

nata dalla persistente armonia di coppia tra i due partner, il genitore e quello affine. L'ulteriore allargamento, con un secondo esercizio congiunto tra il genitore che abbia recuperato la responsabilità genitoriale e il proprio partner, sembra uno scenario astratto (si dovrebbe passare per la perdita dell'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del genitore che in un primo momento fosse l'unico titolare, seguita dal suo reintegro) e la sua configurabilità appare dubbia perlomeno.

I consistenti punti di contatto tra questa cooptazione nella piena responsabilità genitoriale e la delega dei poteri genitoriali riflettono il sostrato comune: il «vínculo afectivo significativo» tra genitore e figlio affini e l'approvazione giudiziale (significativamente manca la via notarile, in questo *maius quam* rappresentato dall'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale[43], ma anche qui e soprattutto qui si passa per un documento da rilasciare ai terzi) condizionano la parcellizzazione della responsabilità genitoriale in capo a più di due soggetti, con la necessità di tenere armoniose tante diverse voci. Il diritto cubano della filiazione non rigetta la coralità, anzi la promuove nella formula della *multiparentalidad*: la possibilità di riconoscere più di due genitori in capo allo stesso figlio è un'opzione di politica del diritto tra quelle che più caratterizzano la nuova codificazione[44].

§ 3. – *I genitori affini e la multigenitorialità*

Proprio le ipotesi di *multiparentalidad* sembrano imporre una prova impegnativa alla genitorialità affine. Se si tiene presente la sua connotazione suppletiva e sussidiaria, il potenziale, per quanto eccezionale, moltiplicarsi di legami genitoriali pieni le spezza il respiro. I limiti intrinseci dell'istituto, complementare e residuale, trovano un terreno di coltura nei plurimi legami genitoriali che si possono instaurare: con l'aggiunta di canali per la genitorialità piena, questa spinge ai margini la genitorialità affine.

La *multiparentalidad* consiste proprio nel contestuale riconoscimento della qualità di genitore in capo a più di due soggetti per uno stesso figlio (artt. 55 ss.)[45]. Sullo sfondo si staglia la commistione tra i

[43] Per una «interpretación correctora del artículo 184.2», capace di ammettere anche qui la possibilità di ricorrere al notaio, però, v. L.B. Pérez Gallardo, *Responsabilidad parental en la familia ensamblada*, cit., 528.

[44] L.B. Pérez Gallardo, A.M. Alvarez Tabio Albo, *Motivi e caratteri del nuovo* Código de las familias *di Cuba*, cit., 1165 ss., spec. 1168. Si v. anche L.B. Pérez Gallardo, *La multiparentalidad en el derecho familiar cubano: una opción posible*, in Idem, M.D.M. Heras Hernández (diretto da), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago del Chile, Olejnik, 2022, 200 ss.

[45] M. Sesta, *Il nuovo* Código del las Familias *della Repubblica di Cuba*, cit., 1158.

paradigmi alla base del legame di filiazione riconosciuto dall'ordinamento, la biologia, la volontà e la socioaffettività (art. 50)[46].

Il codice delle famiglie distingue tra una multigenitorialità originaria e una sopravvenuta. La multigenitorialità originaria è riconducibile alla filiazione assistita e alla gestazione per altri. Si tratta del progetto di vita condiviso, oltre che dai committenti, anche da chi dona i gameti o dalla madre gestante (art. 56, paragrafo 1, lettera a); e, più in generale, di qualsiasi progetto che coinvolga più di due persone nel concepimento (art. 56, paragrafo 1, lettera b). L'eventuale partner di chi dona i gameti o della gestante può aggiungersi, esprimendo il consenso davanti all'ufficiale di stato civile (art. 57), allo stesso modo degli altri genitori. Diversamente può aspirare alla genitorialità affine, alquanto appiattita però sulla compresenza di almeno (salvi ulteriori sviluppi) altri tre genitori. Se dovesse cambiare proposito, potrebbe, sembra, domandare al giudice un provvedimento di adozione per integrazione, ricorrendo i presupposti che si indicano tra un momento (il consenso andrebbe allargato a tutti i genitori restanti non decaduti dalla responsabilità genitoriale, diversi dal partner dell'adottante).

La multigenitorialità sopravvenuta si raccoglie nelle due ipotesi della filiazione socioaffettiva (art. 58, lettera a) e, la si è anticipata, dell'adozione per integrazione (art. 58, lettera b). Entrambe attribuite in via giudiziale, la prima si basa sul rapporto di fatto, come è previsto in generale per la parentela socioaffettiva (art. 21). Devono essere valutati il legame con il minore e il comportamento *more parente* dell'adulto (art. 59, paragrafo 2), incompatibili, pare, con una genitorialità affine instaurata con altri. Merita un cenno la legittimazione a domandare il provvedimento del giudice, attribuita allo stesso minore e al pubblico ministero (art. 59, paragrafo 3).

La peculiare adozione per integrazione spicca il salto di qualità rispetto alla genitorialità affine: il partner del genitore ne adotta il figlio e questi può conservare il legame con l'altro genitore superstite, che assecondi questo schema o abbia perso la responsabilità genitoriale (art. 103). Lo scopo dichiarato (art. 104) è quello di offrire una veste stabile ai legami socioaffettivi nella famiglia ricomposta. È essenziale che l'altro genitore (o gli altri), estraneo alla famiglia ricostituita di cui si tratta, in vita e consenziente o decaduto dalla responsabilità genitoriale, non intrattenga un rapporto «intenso, frecuente y positivo» con il figlio (art. 105): se, per converso, è questo il caso, rimane applicabile proprio la genitorialità affine, altrimenti esclusa in mancanza di una relazione fattiva con il genitore estraneo alla coppia in esame.

[46] L.B. Pérez Gallardo, A.M. Alvarez Tabio Albo, *Motivi e caratteri del nuovo* Código de las familias *di Cuba*, cit., 1165.

Queste ipotesi di multigenitorialità sono espressamente indicate come eccezionali[47]. È facile però ribadire l'osservazione originaria, l'astratto moltiplicarsi dei legami genitoriali ordinari assottiglia senz'altro i margini della genitorialità affine (quando non tende a escluderli del tutto, come per la multigenitorialità sopravvenuta): i genitori affini devono fare i conti con tanti più genitori ordinari e i loro poteri passano in second'ordine. In questi casi, forse, il nuovo istituto promette migliori risultati sul versante dei doveri legati alla effettiva quotidianità spesa con il minore, rispetto a quello dei poteri assegnati. Si presterebbe meglio alla vocazione assistenziale, consustanziale alle contingenze della coabitazione, più che ai profili potestativi.

In altre parole, doveri e poteri rischiano di non procedere insieme: se si pensa a una famiglia con pochi o pochissimi introiti, è meno scontato trovare nel coro dei genitori un contributo patrimoniale che non un apporto nelle decisioni da assumere. Risalta insomma la funzione assistenziale della genitorialità affine, più sollecitata sul saliente alimentare, che su quello decisorio. Si potrebbe compensare la distorsione mettendo a parte il genitore affine della responsabilità genitoriale congiunta. Assimilabile, quanto ai profili potestativi, a una nuova ipotesi di genitorialità sopravvenuta. Non sembra proprio casuale, a questo punto, la scelta di rendere la responsabilità genitoriale congiunta accessibile solo per via giudiziale – sbarrata la strada notarile –, in una sede più propizia all'intervento del pubblico ministero (sempre obbligatorio): se crede, saprà domandare piuttosto l'imposizione della genitorialità socioaffettiva e la filiazione piena (lo stesso vale per la prosecuzione dei rapporti dopo la rottura dell'unione tra il genitore e il genitore affine, se l'affidamento e il regime di comunicazione non sembrano abbastanza).

Abstract

The new Código de las Familias brings to Cuba an organic regulation of affine parenthood, the relationship between children and step-parent in the reconstituted family. After a brief outline of the constitutional framework, the statute of the affine parent is examined, analysing duties and powers. The subsidiary and complementary role of the affine parent in relation to the family of origin is highlighted. The hypotheses of multi-parenthood encourage a closer examination of the relationship with the parents of origin in such scenarios.

[47] Vale la pena riportare l'art. 56, paragrafo 2, «Como regla general, las hijas y los hijos tienen dos vínculos filiatorios»; e il successivo art. 57 – rubricato proprio «Excepcionalidad de la multiparentalidad» –, «Excepcionalmente, una persona puede tener más de dos vínculos filiatorios, sea por causas originarias o por causas sobrevenidas».

II.8. *Le nuove famiglie: le sfide della trasformazione*

di Elvira Martini*, Paolo Palumbo*, Alessia Sabatini*

Sommario: § 1. – Introduzione. § 2. – Famiglia, parentela, genitorialità: concetti in evoluzione. § 3. – Verso una società post-familiare. § 3.1. – Le nuove famiglie digitali. § 4. – Le famiglie interculturali, laboratorio di educazione e convivenza. § 5. – Considerazioni conclusive.

§ 1. – *Introduzione*

Nelle conversazioni quotidiane, nelle riflessioni basate sul senso comune e anche nelle analisi socio-psicologiche più raffinate, ci si trova sempre più di frequente in disaccordo sul problema dell'identificazione della famiglia; mettiamo noi stessi alla prova, provando a mantenere ferma la nostra definizione di famiglia, quando ci troviamo di fronte alle diverse modalità concrete con le quali si presenta la nostra stessa famiglia nel corso della sua evoluzione temporale[1]. Cruciale, allora, diventa avere una definizione che differenzi *la famiglia* dalle *nuove forme di famiglia*, che hanno già ottenuto o chiedono ancora di ottenere riconoscimenti analoghi a quelli che la società finora ha riconosciuto in modo speciale alla famiglia. Ovvero, si tratta di riconoscere la specificità e la diversità della famiglia rispetto alle nuove forme di famiglia (unioni civili, convivenze *more uxorio*, convivenze omosessuali, Lat, ecc.)[2].

Una prima definizione in merito la accogliamo da Pierpaolo Donati che, a seconda delle differenziazioni della società, la indica come: «una relazione sociale, sui generis, ovvero uno specifico network di relazioni: ossia una modalità distinta con cui vengono configurate le azioni reciproche che implicano intersoggettività e connessioni strutturali fra soggetti»[3].

Una ulteriore definizione che reputiamo di base, considerata dalla comunità scientifica alquanto accettabile, perché sufficientemente

* Università Telematica "Giustino Fortunato" di Benevento.

Di Elvira Martini i §§ 3. e 3.1.; di Paolo Palumbo il § 4.; di Alessia Sabatini ed Elvira Martini i §§ 1., 2. e 5.

[1] Cfr. F. Vespasiano, *Famiglie e problemi evolutivi*, in F. Vespasiano, O.F. Piazza, E. Martini, *La sopravvivenza della famiglia. Un'analisi delle strutture e delle relazioni familiari in provincia di Benevento*, Milano, Franco Angeli, 2010, 13-34.

[2] Cfr. P. Donati, *Presentazione. La famiglia tra passato e futuro: la sfida del ri-conoscimento*, in Aa.Vv., *Ri-conoscere la famiglia. Quale valore aggiunto per la persona e la società? Decimo rapporto CISF sulla famiglia italiana*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2007, 13-24.

[3] P. Donati, *Manuale di sociologia della famiglia*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 17.

ampia anche se con confini non del tutto definiti, è quella fornita da Georges Murdock: «La famiglia è un gruppo sociale caratterizzato dalla residenza comune, dalla cooperazione economica e dalla riproduzione. Essa comprende adulti di tutti e due i sessi, almeno due dei quali [adulti] mantengono una relazione sessuale socialmente approvata, e uno o più figli, propri o adottati, degli adulti che coabitano sessualmente»[4].

Questa definizione accetta alcuni punti irrinunciabili per definire la famiglia: la presenza di un uomo e di una donna che decidono di vivere insieme e di generare figli (o adottarli); la sottomissione della loro unione all'approvazione della collettività; la dichiarazione di impegnarsi a cooperare economicamente per il mantenimento reciproco.

Si tratta di una definizione che ingloba numerose tipologie familiari, anche se crea qualche problema per identificare quelle poco diffuse e quelle che di recente chiedono di essere socialmente riconosciute. «D'altro canto, ci consente di giustificare, sulla base della consolidata ricerca socio-antropologica, anche la definizione utilizzata dall'Istat[5], secondo cui la *famiglia* è: l'insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o vincoli affettivi, coabitanti e aventi dimora abituale nello stesso comune (anche se non sono ancora iscritte nell'anagrafe della popolazione residente). Una famiglia può essere costituita anche da una sola persona»[6].

Per Murdock, nessuna società ha potuto trovare un efficace sostituto della famiglia nucleare e di tutte le sue funzioni (riproduttiva, economica, educativa ecc.): la famiglia nucleare è una sorta di "atomo sociale" che può essere combinato ed entrare nella composizione di "molecole", le famiglie composite: poligamiche ed estese. Con il modello della famiglia nucleare Murdock riteneva di aver individuato una costante, un fondamento irrinunciabile di ogni organizzazione sociale.

Eppure poche società riconoscono esclusivamente il modello nucleare e oggi si tratta di un'ipotesi messa in discussione da diversi punti di vista. Certamente, l'orientamento sociale alla famiglia è generalizzato e ancora potente. Una parte della sua potenza risiede nella sua natura emozionale, sentimentale, affettiva, sensuale; un'altra parte, nella sua permanente capacità di offrire materialmente riparo, assistenza, aiuto, sostegno.

Non a caso Lisa Parkinson fa notare come la definizione di «famiglia nucleare», ossia formata da un gruppo imparentato biologicamente

[4] G.P. Murdock, *La struttura sociale* (1967), Milano, Etas, 1971, 9.

[5] Cfr. art. 4 del DPR 30 maggio 1989, n. 223, *Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente*.

[6] F. Vespasiano, *Famiglie e problemi evolutivi*, cit., 16-17.

e formato da due genitori e dai loro figli, sia oggi obsoleta. Questo perché oggi le famiglie, in Europa, sono una miscela di molte culture e tradizioni diverse e per molte persone la parola «famiglia» indica più un sistema di relazioni che un gruppo i cui componenti sono legati biologicamente, quindi rapporti tra le persone al di là dei legami di sangue[7].

Appare indiscutibile l'importanza della famiglia – lo ripetiamo: al di là delle trasformazioni e delle visioni critiche – nel riprodurre la società, sia biologicamente che culturalmente. La funzione di socializzazione e orientamento culturale è ancora appannaggio della famiglia, nonostante sia continuamente messa in discussione dalle altre agenzie di socializzazione e di orientamento collettivo (scuola e mass media, innanzitutto), situazione questa che spesso crea forti preoccupazioni nei genitori e determina occasioni di crisi.

Ma il capitale sociale familiare influisce ancora significativamente sulle carriere adulte dei figli e sulla loro collocazione sociale[8]; i network di riferimento vedono quello familiare ancora come snodo critico da cui non è facile prescindere per costruire e rafforzare la propria rete di relazioni sociali (in qualche modo, possiamo definirlo familismo; in qualche altro modo, parliamo di radicalizzazione; in qualche altro modo ancora, lo si definisce potere sociale).

In quest'ottica, l'espressione controllata della sessualità, la riproduzione biologica, la cura e la protezione dei nuovi nati, l'aiuto dato ai giovani per il loro inserimento sociale e il sostegno economico ai membri non produttivi, sono considerate funzioni proprie della famiglia[9].

Dunque, per comprendere cosa sia la famiglia e dove essa sta andando, è bene definirla attraverso tre principali direttrici: la famiglia è un fatto primordiale per il genere umano perché solo attraverso essa l'individuo può diventare persona umana in senso compiuto; solo nella famiglia e attraverso essa avviene il passaggio dalla semplice natura (mero istinto) alla cultura (capacità razionale); la famiglia rappresenta il punto di intersezione fra pubblico e privato, necessario per comprendere che essa è certamente sfera del privato, ma deve anche costantemente ridefinire il suo dominio interno in relazione alla società[10]. Da qui ci muoviamo per le nostre considerazioni successive.

---

[7] Cfr. L. Parkinson, *La Mediazione familiare. Modelli e strategie operative* (2011), Trento, Erickson, 2013, 66.

[8] Cfr. R. Prandini, *Capitale sociale familiare e socialità: un'indagine sulla popolazione italiana*, in Aa.Vv., *Famiglia e capitale sociale nella società italiana. Ottavo Rapporto CISF sulla famiglia in Italia*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2003, 102-155; G. Rossi, D. Bramanti, *Famiglie al confine fra familiare e comunitario*, in Aa.Vv., *Ri-conoscere la famiglia. Quale valore aggiunto per la persona e la società?*, cit., 132-178.

[9] Cfr. T. Parsons, R.F. Bales, *Family: Socialization and Interaction Process*, London, Routledge, 1956.

[10] Cfr. P. Donati, *Manuale di sociologia della famiglia,* cit., 51.

§ 2. – *Famiglia, parentela, genitorialità: concetti in evoluzione*

Le concezioni della famiglia, della parentela, della genitorialità sono alquanto cambiate negli ultimi anni; la famiglia, di cui abbiamo già approfondito diverse definizioni, ha attraversato e attraversa diversi momenti di mutamento, disorganizzazione, disgregazione e crisi, dove per quest'ultima si intende «il progressivo deperimento della famiglia, quasi che essa perda continuamente di rilevanza sociale»[11].

La parentela, oggi, non è più considerata solo come indicativa di legami di sangue (parentela biologica) o di alleanza, ma fa riferimento a tutti quei legami basati su qualsiasi tipo di relazione interpersonale; o il matrimonio, ormai quasi sempre meno scelto a favore invece della convivenza; comincia a diffondersi sempre di più il modello del figlio unico, con la conseguente riduzione della rete della cuginanza. L'aumento delle separazioni legali e dei divorzi ha moltiplicato i tipi di famiglie: famiglie di persone sole, famiglie nucleari incomplete o monoparentali, famiglie ricostituite. Emergono così nuove forme di famiglia. Gli antropologi in un secolo di studi sulle società umane, hanno accumulato diverse conoscenze sulla vastità delle forme di famiglia. Un caso pratico di come questa conoscenza si sia capitalizzata e affermata risale al 2004, quando in America George W. Bush, propose un emendamento alla costituzione americana per «definire e proteggere il matrimonio di un uomo e una donna come marito e moglie» sulla base del fatto che l'unione tra uomo e donna è la più duratura istituzione umana, incoraggiata e onorata da tutte le culture e tutte le religioni. Da questa proposta prese immediatamente le distanze l'*American Anthropological Association* sostenendo che «la famiglia basata sull'unione coniugale eterosessuale non poteva considerarsi né 'naturale' né 'universale', ma che un secolo di studi avevano portato alla luce una vasta gamma di tipi di famiglie, compresi unioni di tipo omosessuale»[12].

È evidente come l'idea di naturalità della famiglia eterosessuale sembra incrinarsi, a favore di una sempre maggiore "culturalità". Francesco Remotti nel 2010, indagando l'archivio antropologico sul tema, passa in rassegna i casi di società africane, americane, asiatiche, oceaniane e, non ultimo, europee che si discostano sensibilmente dal modello di famiglia fondato sul matrimonio e sulla coabitazione tra un uomo, una donna e il loro figli[13]. L'idea secondo cui la famiglia abbia vissuto una lenta, ma inesorabile transizione da forme estese alla forma nucleare o coniugale è stata ampiamente smentita. Piutto-

[11] *Ivi*, 47.

[12] A. Favole, *La bussola dell'antropologo. Orientarsi in un mare di culture*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 29-30.

[13] Cfr. F. Remotti, *Contro natura. Una lettera al Papa*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

sto, sembra ormai acclarato che le forme della famiglia si sono continuamente trasformate in risposta a pressioni di tipo politico, economico e ideologico.

Per quanto riguarda il nostro paese, è fuori dubbio che le famiglie italiane e occidentali di questi ultimi trent'anni, si presentano molto diverse da quelle che le hanno precedute[14].

«Dagli anni Sessanta in avanti, nel mondo occidentale, sono aumentati le separazioni e i divorzi, e le famiglie si sono sempre più trovate esposte all'azione trasformativa di almeno tre fattori: il processo di secolarizzazione ha indebolito la forza religiosa del legame matrimoniale; […] le coppie hanno incominciato a costruire il loro legame matrimoniale sulla presenza irrinunciabile dei soli legami affettivi; l'aumento del tasso di attività lavorativa delle donne ha spostato l'obiettivo primario delle donne: dalla realizzazione di sé stesse come mogli e madri, alla realizzazione di sé stesse come lavoratrici e professioniste […]»[15].

Le ragioni di questa profonda e silenziosa trasformazione possono essere rintracciate, sicuramente nell'introduzione della legge sul divorzio, ma anche in atteggiamenti e comportamenti meno eclatanti. «Uno di questi atteggiamenti può essere rintracciato nell'*obbligo del benessere*. Questo ha convinto i giovani (e i loro genitori) che loro dovere fosse consolidare la situazione economico-finanziaria della coppia – prima di decidere la data del matrimonio – e della famiglia – prima di decidere il giorno del concepimento»[16].

Ne deriva un paradosso inquietante: la preoccupazione di dare un futuro di benessere ai figli, spinge molte coppie a non generarli o a ridurre al minimo il loro numero. Per garantire un "adeguato" livello di benessere dei figli (anche di quelli ancora non nati) spaventa e spinge le coppie a lavorare di più per guadagnare di più, convincendole che in questo modo avranno la possibilità di "fare e mantenere" figli. Nella realtà, più tempo si investe nel raggiungimento del benessere economico, più si allungano i tempi della decisione di mettere su famiglia, più il circolo vizioso si autoalimenta. È per questi motivi che aiutare le famiglie a fronteggiare le difficoltà nelle quali si trovano e sostenerle nella gestione delle loro scelte di vita (la genitorialità, innanzitutto) è dovere dei governi e degli stati, al di là degli orientamenti ideologici e politici che sono legittimi e inevitabili, ma che non dovrebbero in alcun modo influenzare le decisioni di politica familiare.

[14] Cfr. M. Barbagli, C. Saraceno (a cura di), *Lo stato della famiglia in Italia*, Bologna, il Mulino, 1997.
[15] F. Vespasiano, *Famiglie e problemi evolutivi*, cit., 23.
[16] *Ivi*, 27.

§ 3. – *Verso una società post-familiare*

Le osservazioni fatte in precedenza ci dicono che è necessario prendere consapevolezza che in futuro la società sarà sempre meno "famigliare", almeno nel senso in cui è stata finora conosciuta nella storia dell'uomo: un luogo, cioè, dove le donne e gli uomini si sentono protetti, vivono la loro sessualità, costruiscono il proprio futuro attraverso l'intreccio fra la relazione sponsale e quella genitoriale, generano le risorse per il sostegno alla loro vecchiaia, trasmettono i valori e le regole socialmente condivisi[17].

Si può essere coppia senza impegni matrimoniali, e anche senza convivere assieme (Si pensi alle coppie LAT)[18]; la coppia può essere ristretta ai due *partners* o includere relazioni più ampie; si può essere genitori senza aver generato i figli con rapporti naturali. Insomma tutto suggerisce che oggi fare coppia ed essere genitori sono due possibilità che rispondono a progetti diversi di vita, vanno per conto loro. Come già detto nel corso della presente trattazione, la famiglia classica composta di madre, padre e figli naturali o adottivi diventa solo una delle tante possibilità di chiamarsi famiglia.

In altre parole, si afferma una concezione culturalista della famiglia, che la intende come puro prodotto culturale, anziché come passaggio dalla natura alla cultura, come struttura che umanizza le persone mediante una relazionalità che opera attraverso lo scambio simbolico fra i sessi e fra le generazioni[19].

Molto suggestiva, al riguardo, la metafora che Donati utilizza per descrivere la famiglia, espressione diretta dell'attuale epoca geologica, l'antropocene. L'autore parla di *family warming*, il surriscaldamento della famiglia. La crescente ibridazione della famiglia (appunto il surriscaldamento), per via artificiale o legale, pone gli individui di fronte a una pluralità di opzioni che richiedono una riflessività responsabile e che tenga conto delle conseguenze. «Si tratta quindi di capire fin dove sia possibile modificare il genoma familiare senza perdere le basi di un'intera civiltà: […] non si tratta di conservare un genoma fisso e immutabile, ma di fare in modo che il genoma, in quanto dispo-

[17] Cfr. E. Shorter, *Famiglia e civiltà*, Milano, Rizzoli, 1978.

[18] LAT (living apart together), ossia le coppie legate da una relazione che decidono di avere case separate, piuttosto che una residenza comune. Gli esperti (S. Roseneil, *On Not Living with a Partner: Unpicking Coupledom and Cohabitation*, in *Sociological Research Online*, n. 11/2006) sembrano considerare le coppie omosessuali e le coppie LAT un valido stile di vita e ormai una parte integrante del paesaggio sociale. Tuttavia, è un settore che richiede ulteriori ricerche per determinarne gli effetti sociali a lungo termine. I critici, infatti, sollevano preoccupazioni che questo decostruzionismo sociale possa alterare l'unità della famiglia classica.

[19] Cfr. P. Donati, *L'opzione famiglia in una società post-familiare: il gioco delle relazioni nel family warming*, in Aa.Vv., *La famiglia nella società post-familiare. Rapporto CISF 2020*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2020, 1.

sitivo di passaggio dalla natura alla cultura, possa utilizzare le nuove tecnologie – che caratterizzano da sempre l'essere umano– in modo tale da valorizzare ciò che in esso vi è di naturale anziché stravolgere la natura umana della relazione famigliare. Questa idea va di pari passo con l'ecologia umana, che oggi giustamente si rivendica per promuovere un ecosistema sostenibile. Per cui potremmo parlare della necessità di favorire una *famiglia sostenibile*, nel senso di conferire un nuovo senso agli elementi del suo genoma sociale e ai modi di connetterli»[20].

Sempre Donati[21] evidenzia i notevoli cambiamenti avvenuti a livello sociale e che si sono riversati sulla famiglia stessa: l'aumento costante dei single; la diminuzione costante delle famiglie con almeno 5 componenti; la diminuzione delle coppie con figli; l'aumento delle coppie senza figli; l'aumento costante delle famiglie monogenitoriali; l'aumento delle coppie non coniugate; l'aumento dei figli celibi e nubili che permangono nella famiglia dei genitori. Questi dati sollevano il problema delle cosiddette «nuove famiglie», che sono in genere così definite in riferimento alla crescita di quattro tipi di situazioni: i single; le coppie non coniugate; le famiglie monogenitoriali; le famiglie ricostituite, (*step families*) cioè le famiglie nelle quali almeno uno dei coniugi è al secondo o n-esimo matrimonio, con una differenza rispetto al passato quando il motivo del secondo matrimonio era molto spesso la vedovanza, mentre oggigiorno è semplicemente il divorzio[22].

Senza voler negare l'importanza degli affetti e della presa in carico delle persone con cui conviviamo, non si può tuttavia immaginare di ridurre la famiglia a un semplice insieme di poche persone che convivono, quali che siano le loro relazioni, purché siano affettive e "di cura". Sarebbe una famiglia del futuro piuttosto fragile, precaria, incapace di affrontare le sfide della vita.

Continua Donati: «Pensare la famiglia come una questione di scelte individuali è scorretto e fuorviante, perché le forme familiari sono il prodotto di processi collettivi di morfogenesi delle strutture sociali, perché gli individui come tali sono troppo deboli e fragili per creare da soli relazioni solide in assenza di un sostegno della sfera pubblica, perché le scelte, seppure dipendano da emozioni e strategie individuali, sono più profondamente l'espressione di dinamiche di reti di relazioni che sovrastano l'individuo, il quale è spinto da bisogni di appartenere a quelle reti. Serve piuttosto una cultura autenticamente relazionale. Si tratta di distinguere tra relazioni familiari e "altre" relazioni, e le politiche sociali dovrebbero trattarle in base a criteri di giustizia ed equità sociale che valorizzino gli apporti che i diversi stili di

[20] *Ivi*, 2.
[21] Cfr. P. Donati, *Manuale di sociologia della famiglia*, cit., 138.
[22] *Ivi*, 159.

vita familiare danno alla società»[23]. Da qui la successiva definizione di «famiglia relazionale»[24], ossia una famiglia che deve mettere più attenzione alle qualità delle relazioni delle persone tra loro, anziché a quelle degli individui come tali.

La necessità, suggerita anche dalla sociologia, è quella di uscire dal modello ideale più diffuso, della famiglia nucleare, come cellula primordiale della società per guardare, in un clima più aperto, alla famiglia come sistema di mediazioni relazionali che vanno al di là della famiglia nucleare.

Donati, in questo senso parla di una famiglia *post nucleare*, la quale esercita mediazioni al di là della sua struttura e identità di famiglia nucleare e che all'interno delle società del benessere vuole «avere di più», «essere di più», anche con il rischio di incontrare delusioni, conflitti, incomprensioni, diventando oggetto di nuove mediazioni e di relazioni che mediano in maniera imprevista le appartenenze, degli individui a varie sfere sociali[25].

§ 3.1. – *Le nuove famiglie digitali*

Lo scenario che si intravede, allora, è quello di una cultura libertaria che si sposa alle innovazioni tecnologiche, da quelle biomediche a quelle informatico-comunicative e robotiche. È lo scenario di un crescente allontanamento dalla natura, una diffusa estraneazione dalle radici naturali dell'esistenza umana, con tutti i problemi che comporta. In questo scenario la famiglia non scomparirà, ma sarà potentemente modificata, perché necessariamente chiamata a gestire il rapporto (facile?) con la società delle ICT.

Ogni rivoluzione culturale, ogni mutamento sociale viene accompagnato da nuove fragilità, che colpiscono soprattutto le nuove generazioni e che poi si riflettono nella famiglia, nella scuola, nel gruppo di pari. Tuttavia, capiamo bene che le fragilità dei millennials sono differenti da quelle dei baby boomers. Siamo in due epoche diverse: due diversi sistemi di capitalismo (biocapitalismo), il passaggio dalla società dei produttori all'attuale dei consumatori, più sostenibile e, soprattutto, due diversi modelli di protagonismo e impegno sociale, di aggregazione: oggi il punto d'incontro del protagonismo non è più l'agorà, ma le piazze virtuali, le community, gli amici del web (centinaia,

[23] P. Donati, *L'opzione famiglia in una società post-familiare: il gioco delle relazioni nel family warming*, cit., 2-3.
[24] P. Donati, *Manuale di sociologia della famiglia,* cit., 167.
[25] Cfr. P. Donati, *Manuale di sociologia della famiglia,* cit., 195-197.

a volte migliaia) che in qualsiasi momento, o per qualsiasi ragione, vengono cancellati dai nostri computer, Ipad e Iphone[26].

Da quando Castells[27] ne cominciò a parlare, la società dell'informazione, la società delle reti, ha stravolto completamente la nostra quotidianità. E questo è un fatto. È oramai un fatto quello che tutti (i nativi, gli immigrati e i tardivi digitali) non possiamo più fare a meno delle tecnologie.

Per McLuhan[28] il passaggio dalla cultura orale a quella scritta, alla stampa e ai media elettronici rappresenta una vera e propria mutazione antropologica della specie umana: i media sono estensioni dell'uomo, prolungamento dei suoi sensi (la scritta estende la memoria, il telefono estende la voce e l'udito, come l'automobile estende i piedi). La pressione esercitata dalla sfera delle informazioni (info-sfera) sembra stia cambiando radicalmente i modi in cui le persone percepiscono la realtà, elaborano fantasie, pensano e agiscono nelle loro relazioni sociali. Tutto questo spiegherebbe come alla modernità antropo-centrica, che considera la persona al centro della scena quotidiana e le tecnologie come strumenti al suo servizio, oggi si vada sempre più sostituendosi una info-sfera antropo-eccentrica, ossia una situazione che de-centra le persone a vantaggio di un ruolo sempre più autonomo delle tecnologie che non sono più e solo padroneggiabili dalle persone ma in qualche modo le guidano e le usano[29].

Diventa necessario allora riflettere in che modo e misura questo avviene nelle famiglie[30].

Anche la famiglia, infatti, non è risultata indenne da questa grande rivoluzione tecnologica, che ha trovato spesso i genitori sprovvisti di strumenti su come affrontare le nuove sfide poste ai loro figli di fronte a piccole e super-efficienti porte aperte al mondo intero[31].

Sarebbe ingenuo affermare che l'avvento delle ICT in famiglia abbia solamente creato problemi; non è così perché di aspetti positivi ce ne sono molti: modalità comunicative: si pensi alle famiglie transnazionali (*imagined families*)[32] che possono «raggiungersi» con facilità

[26] Cfr. E. Martini, P. Palumbo, R. De Luca Picione, *Modern Family: between tradition and new (post-family) narratives*, in *International Journal of Psychoanalysis and Education-SAS*, n. 12/2020, 39-49.

[27] Cfr. M. Castells, *La nascita della società in rete*, Milano, Università Bocconi, 2002.

[28] Cfr. M. McLuhan, *Gli strumenti del comunicare*, Milano, Il Saggiatore, 1967.

[29] Cfr. P. Donati, *Introduzione al Nuovo Rapporto CISF, punto 3. Il tema*, in Aa.Vv., *Le relazioni familiari nell'era delle reti digitali*, *Quattordicesimo rapporto CISF*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2017, 18-21.

[30] Per una riflessione specifica nel contesto della famiglia nell'ordinamento canonico, cfr. R. Santoro, P. Palumbo, F. Gravino, *Diritto Canonico Digitale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024.

[31] Cfr. E. Martini, P. Palumbo, R. De Luca Picione, *Modern Family: between tradition and new (post-family) narratives*, cit., 39-49.

[32] Cfr. L. Stark, *The materiality of the imagined family*, in *Ethnologia Europaea*, 2012, 42.

quotidianamente o permettere il monitoraggio a distanza dei figli e dei loro spostamenti (comunità diasporiche); gestione del tempo: non necessariamente si assiste a una diminuzione del tempo in termini quantitativi. Cambia, invece, la concezione dei confini familiari (perché si può agire per la famiglia anche a distanza), il funzionamento in termini di costruzione di regole o il modo in cui si prendono le decisioni; ribaltamento dei ruoli: erosione della gerarchia a favore della negoziazione in nome di una presunta superiorità dei ragazzi nel sapere usare le ICT (gli adolescenti vengono sempre più coinvolti nelle scelte familiari riguardo ad esempio su dove andare in vacanza, a quale elettrodomestico acquistare)[33].

Tuttavia è altrettanto vero che molte sono le insidie e le zone d'ombra che meritano di essere affrontate con attenzione e serietà.

Utile in questa direzione è la lettura del Rapporto CISF 2017 sulla Famiglia in Italia[34]. Merito della ricerca è quello di riuscire a individuare quattro tipologie di famiglia in relazione all'uso delle ICT (marginali, forzate, adattate e ibridate). In particolar modo, si vuole analizzare in che modo la co-evoluzione della famiglia e del nuovo mondo del digitale generi una famiglia *ibridata* dall'uso delle nuove tecnologie. Perché si parla di ibridazione perché da un lato la vita familiare è fisicità; dall'altro, le ICT introducono virtualità. Si produce un mix. Le relazioni virtuali hanno una loro innegabile dimensione di realtà. E ne viene fuori una famiglia idridizzata, espressa dal 34,2% del campione di famiglie intervistate e che si caratterizzano per generalmente single/coppie di giovani, molti conviventi non sposati, LAT, immersi nel mondo delle tecnologie digitali.

Gli autori del Rapporto sono concordi nel definire la famiglia 'ibridata' come una forma diversa di relazionalità, che non sempre rafforza i legami tra i membri della famiglia. Questa ibridazione delle famiglie serve a capire la fase di sviluppo postmediale[35] in cui ci troviamo: i media non sono più strumenti ingombranti, non sono più opachi, ma indossabili, intrusivi, invasivi[36]. In altre parole, questo significa che essere costantemente connessi non sempre significa essere in relazione. Appare pertanto, una realtà in chiaro-scuro: se da una parte si parla di una famiglia che, grazie all'ibridazione, si tiene insieme (es.

[33] Cfr. N.B. Veer, P.A. Pawar, A. Kolte, *Effectiveness of Social Media Tools and Its Impact on Promotions*, in *International Journal of Innovative Technology and Exploring Engineering*, n. 8/2019, 224-230.

[34] Cfr. Aa.Vv., *Le relazioni familiari nell'era delle reti digitali*, cit.

[35] Cfr. R. Eugeni, *La condizione post-mediale*, Brescia, La Scuola, 2015.

[36] Cfr. P.C. Rivoltella, *Media digitali e sociali, educazione e famiglia*, in Aa.Vv., *Le relazioni familiari nell'era delle reti digitali*, cit., cap. 4.

gruppo di Whatsapp di famiglia), dall'altra si osserva che le famiglie si tengono insieme restando da sole[37].

Anche il più recente CISF *Family Report* del 2022[38] affronta il tema delle famiglie dopo la "svolta digitale" prodotta dalla pandemia da Covid-19, evidenziando in chiave multidisciplinare la portata del cambiamento epocale che il digitale ha condotto nel tessuto quotidiano. Uno dei punti chiave del Rapporto è il nuovo uso delle tecnologie nella vita delle famiglie che, di fatto, hanno plasmato le relazioni nelle diverse strutture della società, inserendo un nuovo verbo nel lessico familiare e sociale: 'condividere'. Infatti, attraverso i servizi di messaggistica (*WhatsApp*, *Messenger*), i social media (*Facebook*, *Instagram*, *TikTok*), le piattaforme video e streaming (*YouTube*) e quelle per videochiamate (*Facetime*, *Zoom*), non si parla più di «stare da soli» ma si discorre di un tempo 'condiviso tra…', avvalorando la tesi che il digitale non concorre affatto alla distruzione della famiglia e all'isolamento dei suoi membri, in particolare, dei figli ma al contrario esso può essere alleato della famiglia, un vero e proprio tessuto connettivo atto a unire e (ri)ricostruire i diversi legami di una comunità, al punto che Pier Cesare Rivoltella parla dei nuovi media come "tecnologie di comunità"[39].

Il richiamo alla solitudine, all'isolamento è un rischio che tende ad aumentare soprattutto nelle famiglie con figli minori, in età adolescenziale. Un rischio che si collega alla nuova esperienza temporale degli individui. È un tempo che non prevede spazi vuoti. Non è vero che i ragazzi comunicano di meno oggi, né che non leggano e scrivano, anzi lo fanno più dei coetanei degli anni '80. I ragazzi oggi comunicano troppo, sempre. La mancanza di silenzio sottrae loro l'attenzione per valutare cosa valga davvero la pena discutere (diritto alla noia)[40].

Prendendo in prestito alcune delle riflessioni di Luciano Floridi[41], ragionare su media e famiglia significa collocarsi sulla cd "quarta rivoluzione": non una semiosfera che si è sviluppata parallelamente al mondo reale, in cui è possibile entrare e uscire, ma una migrazione della tecnologia dentro il nostro mondo. La nostra esperienza è aumentata: non c'è scomparsa del corpo, ma una sua amplificazione[42].

---

[37] Cfr. S. Turkle, *Alone Together: Why We Expect More from Technology and Less from Each Other*, New York, Basic Books, 2011.

[38] Cfr. Aa.Vv., *Famiglia & Digitale. Costi e opportunità. Rapporto CISF*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2022.

[39] P.C. Rivoltella, *Tecnologie di comunità*, Brescia, Morcelliana, 2017.

[40] Queste potrebbero essere le basi del ritiro sociale web-mediato (si pensi al fenomeno degli Hikikomori, in Giappone).

[41] Cfr. L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, Raffaello Cortina, 2017.

[42] Le statistiche, almeno quelle che riguardano il nostro paese, confermano che in Italia vi è una crescente diffusione e utilizzazione delle ICT, ma la consapevolezza a riguardo di ciò che esse implicano, vuoi nell'accesso vuoi nelle conseguenze, è ancora molto deficitaria (deficit di capacità riflessiva).

Autori, come Tonino Cantelani[43], parlano anche di famiglia tecnoliquida, che si inserisce in uno scenario di massimo compimento dei processi di decostruzione individuale, relazionale, sociale, avviati sul finire degli anni '60. Questi processi sono stati esaltati dalla tecnologia, definendo così le caratteristiche dell'uomo postmoderno nell'era digitale e i nuovi scenari della mente tecnoliquida. In altri termini, la rivoluzione digitale e la trasformazione digitale della realtà intercettano, esaltano e plasmano alcune caratteristiche dell'uomo liquido: il narcisismo, la velocità, l'ambiguità, la ricerca di emozioni e il bisogno di infinite relazioni light.

Se dunque, volessimo parlare di famiglia come mediazione o come relazione di mediazione[44] potremmo affermare che – a differenza dei sistemi tradizionali, tipici delle società pre-moderne, in cui la famiglia è una istituzione-gruppo che media le relazioni esterne offrendo agli individui un numero ristretto di possibilità per raggiungere certe posizioni sociali esterne – nei sistemi sociali altamente modernizzati, la mediazione sociale della famiglia non è più rigida e obbligata ma le mediazioni familiari vanno a conferire identità a partner, genitore, figlio in un costante relazionamento fra interno ed esterno della famiglia che diventa un sistema «informativamente aperto», ossia penetrato dalle comunicazioni esterne (es. i *mass-media*) e continua a mediare con maggiori rischi e fallimenti[45].

§ 4. – *Le famiglie interculturali, laboratorio di educazione e convivenza*

I rapporti matrimoniali e familiari rappresentano, quindi, un fertile quanto accidentato terreno di prova, un laboratorio[46], per le questioni interreligiose, in generale, e per quelle che, specificamente, derivano dalla differente appartenenza religiosa e culturale, cosicché da essi deriva «un'intera costellazione di questioni concernenti le dinamiche interculturali»[47], che è avvertita dagli Stati e dalle confessioni come la sfida dei nostri giorni[48].

---

[43] Cfr. T. Cantelmi, *La famiglia tecnoliquida: decostruzione dei legami e metamorfosi dell'amore*, in Aa.Vv., *La famiglia nella società post-familiare,* cit., cap. 6.

[44] Cfr. P. Donati, *Manuale di sociologia della famiglia,* cit., 190.

[45] Cfr. *ivi*, 190-191.

[46] Cfr. A. Fuccillo, *Valori religiosi vs. valori laici nel diritto di famiglia (rileggendo il saggio di Walter Bigiavi su "Ateismo e affidamento della prole")*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), 27 aprile 2015, 14; A. Fuccillo. P. Palumbo (a cura di), *Pluralismo confessionale e dinamiche interculturali. Le "best practices" per una società inclusiva*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 1-1288.

[47] M. Ricca*, Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo, Torri del Vento, 2013, 335.

[48] Cfr. I. Zuanazzi, M.C. Ruscazio (a cura di), *Le relazioni familiari nel diritto interculturale*, Tricase, Libellula, 2018.

Le "soluzioni" legislative e giurisprudenziali, come il contributo della dottrina e dei diritti confessionali, troppo a lungo si sono concentrati sull'atto che dà vita al rapporto matrimoniale o sulla sua fase patologica mentre, oggi, sono soprattutto le relazioni che stanno nel cuore della vicenda familiare: rapporti tra coniugi, filiazione, educazione, esercizio effettivo della propria appartenenza religiosa nei momenti importanti della vita familiare, che interrogano e richiedono un contributo di riflessione e di proposta, al fine di ridurre «gli indici di maggiore incidenza della conflittualità – *intra* ed *extra* familiare – innescata dall'intersecarsi di modelli culturali»[49] offrendo così le interpretazioni, non solo sociologiche, antropologiche o teologico-pastorali, ma anche giuridiche, più adatte nell'odierna complessità del fattore religioso nelle relazioni familiari, consapevoli del ruolo strategico e imprescindibile che gli studiosi del diritto e, specificamente del fatto religioso, hanno per comprendere, interpretare e affrontare questa mutata realtà[50], esempi concreti della multiformità delle problematiche che interessano e della centralità delle relazioni familiari ed educative quali componenti più specifiche e sensibili delle diverse culture religiose, in considerazione del fatto che le famiglie sono «la sede primaria in cui ciascuna cultura viene praticata e trasmessa»[51].

C'è un rischio da evitare, un sentimento spesso ri-emergente di religione-fobia alimentato dall'idea che modelli familiari diversi dai nostri siano del tutto estranei al tessuto sociale tradizionale e che la loro presenza divenga causa di tensioni sociali cosicché appaia più vantaggioso, per evitare contrasti, una ghettizzazione della religione fuori dalla vita sociale e istituzionale dei Paesi, e del nostro Paese. Un rischio che devono impegnarsi a scongiurare, innanzitutto le confessioni stesse: «La paura – come è stato affermato – condiziona le masse nel giudizio di come rapportarsi alle religioni d'importazione e spinge verso la difesa di quelle "tradizionali" con grave detrimento però del significato teologico pastorale ed escatologico di queste ultime che si fondano «sull'amore per il prossimo e sull'accoglienza dell'altro»[52]. Gli Stati devono, invece, saper vedere la religione come un fatto a rilevanza

[49] M. Ricca, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, cit., 335.

[50] A. Fuccillo, *La preparazione del giurista alle sfide della società contemporanea*, in *Calumet – Intercultural law and humanities review*, Rivista telematica (*www.calumet-review.it*), n. 2/2017, 5-6. Cfr. anche Idem, *L'incidenza professionale del diritto ecclesiastico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), ottobre 2009. Per una rassegna giurisprudenziale in tema di libertà di scelta matrimoniale, educazione, separazione, divorzio e adozione interculturale, cfr. A. Foderaro, P. Palumbo, *Educazione e* best interest of the child *nelle relazioni familiari interculturali*, in *Diritti e tutela dei minori. Profili interdisciplinari*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 73-107.

[51] Cfr. P. Floris, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli d'intervento*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, 191.

[52] A. Fuccillo, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2022, 56.

pubblica sapendo che, se nessuno ha il monopolio della verità, tuttavia questa esiste e può essere raggiunta tramite un'opportuna declinazione di fede e ragione per riscoprire ciò che è eterno nell'uomo[53], col vantaggio che un tal approccio determina anche sulla pacifica convivenza civile.

Se è vero – allora – che le dichiarazioni di riconoscimento della libertà religiosa contenute nelle Carte dei diritti vanno rese effettive garantendo a chiunque le stesse opportunità proprio partendo dai bisogni quotidiani, ovvero dalla "vita vivente"[54], l'ambito delle relazioni familiari – e quello educativo intrafamiliare in particolare – diviene una fondamentale cartina di tornasole dell'effettivo riconoscimento del diritto di libertà religiosa di un Paese, uno spazio di incontro in cui religioni, istituzioni, accademia, ognuno per la sua parte e in contraddittorio con le altre, sono chiamate a collaborare in vista di un effettivo esercizio di questo diritto fondamentale in Italia, nel quadro del metodo costituzionale della laicità[55].

La Chiesa cattolica, in particolare, ha compiuto importanti passi in avanti in tema di riconoscimento e positiva considerazione della pluralità dei modelli familiari fino alla chiara indicazione che su questo tema si trova nell'esortazione apostolica postsinodale *Amoris laetitia*[56]. Occorre guardare, quindi, con favore alla riflessione che le principali confessioni religiose hanno compiuto, e che si auspica possano diventare di ispirazione per altre posizioni confessionali, verso la consapevolezza che non esiste un unico modello *per* la famiglia. È significativo ricordare ancora il ruolo che la migrazione[57] ha avuto nel contribuire al sorgere di nuovi "modelli" di famiglia[58], anche "allargate" allorquando il marito o la moglie intraprendono una relazione extraconiugale o il matrimonio fallisce ed hanno figli con un altro partner nel luogo di migrazione, sempre più spesso di diversa formazione culturale. In questo contesto, la famiglia sta dimostrando il suo continuo mutamento e una certa de-tradizionalizzazione.

[53] Cfr. A. Bettetini, *Sulla relazione fra religione, diritto canonico e diritto politico in una società dopo-moderna*, in *Diritto ecclesiastico*, n. 3/2003, 905-907.

[54] P. Consorti, *La paura della libertà religiosa*, in *Le libertà spaventate. Contributo al dibattito sulle libertà in tempi di crisi*, Pisa, Pisa University Press, 2016, 44.

[55] Cfr. M.R. Domianiello, *Libertà religiosa tra bilateralità necessaria, diffusa e impropria,* in A. Fuccillo (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 35-56.

[56] Il capitolo secondo dell'esortazione apostolica di Papa Francesco sull'amore nella famiglia del 19 marzo 2016 è intitolato *La realtà e le sfide delle famiglie*.

[57] Cfr. G. Tulud Cruz, *Famiglie e migrazione*, in *Concilium*, n. 2/2016, 81-94.

[58] Sul tema si vedano i contributi del testo: A. Ingoglia, M. Ferrante, *Fenomeni migratori, diritti umani e libertà religiosa*, Padova, Libreriauniversitaria.it, 2017.

Tutte queste esperienze familiari, come quelle delle coppie di *mixta religio*[59] prima o poi si trovano ad interrogarsi e a cercare, a provare di trovare, soluzioni su questioni che interessano le diverse visioni culturali di cui ogni componente della famiglia è portatore, non escluse neppure quelle famiglie che condividono la stessa fede religiosa essendo, nel caso, il riferimento interculturale almeno al rapporto tra cultura civile e religiosa. E tutte queste questioni incidono sempre sull'impostazione educativa di quel nucleo. Le famiglie "interculturali", tutte le famiglie quindi secondo questa impostazione, devono sempre più spesso fare i conti con la multiformità di questioni attinenti al libero ed effettivo esercizio del loro diritto – e di quello dei membri della famiglia, anche minori – di libertà religiosa da adeguare, però, nell'ambito delle relazioni familiari, con il rispetto del dovere di solidarietà sotteso all'adempimento delle norme codiciali in tema di diritti e doveri reciproci dei coniugi e di doveri verso i figli. Le dinamiche educative familiari svolgono, per quanto descritto, un ruolo fondamentale nel lento quanto necessario processo di trasformazione della libertà religiosa da *libertà per i soliti* a *libertà effettiva per tutti* ma soprattutto sottolineano come «la religione è davvero *ubiqua* nell'assumere rilevanza rispetto al diritto»[60], specialmente nelle questioni familiari che coinvolgono i figli minori, da ritenere al centro degli interessi, anche collegati alla libertà religiosa, ma in una dinamica relazionale della vita familiare. La complessa esperienza familiare interculturale richiama l'impegno del giurista e della società civile e religiosa di ricercare adeguati strumenti delle dinamiche innescate nel crocevia tra diritto, religioni e culture[61] per la realizzazione della pacifica convivenza all'interno di una società sempre più declinata in chiave interculturale[62]. Il diritto, dinanzi ad una «realtà vivente» che «prevarica […] su quella formalizzata che ci siamo costruita nel corso dei secoli e che pensavamo potesse durare in definitivamente […]»[63] non deve abdicare alla sua funzione di porsi come sistema normativo di mediazione delle possibili conflittualità

[59] Si trova un'esaustiva panoramica dei casi in A. Fuccillo, *Diritto, religioni, culture*, cit., 467 ss.; cfr. anche R. Santoro, *Matrimonio canonico e disparitas cultus*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 ed il recente Report *Io festeggio due volte. Le coppie e le famiglie miste in Italia tra legami, discriminazioni, risorse*, a cura di Aifcom e Centro Studi Confronti, 2024.

[60] M. Ricca, *Divorzi diversi e geografia giuridica interculturale,* in *Calumet – Intercultural law and humanities review*, Rivista telematica (*www.calumet-review.it*), n. 5/2017, 26.

[61] A. Fuccillo, *Diritto Religioni Culture. La preparazione del giurista alle sfide della società contemporanea*, in *Calumet – Intercultural law and humanities review*, cit., n. 2/2017.

[62] Cfr. A. Fuccillo (a cura di), *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religiosa*, Torino, Giappichelli, 2014; M. Ricca, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bari, Dedalo, 2013.

[63] M. Tedeschi, *Le minoranze religiose tra autonomia e immobilismo del legislatore*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), aprile 2010, 8.

sociali[64] ma deve assumere il peso di realtà *performante* per la realizzazione del dialogo "integrato" tra le culture e le religioni, divenendo la cornice normativa entro cui riuscire a coniugare le differenze, garantendo la piena realizzazione di ogni personalità, culturale e religiosa, e la piena applicazione del metodo costituzionale[65] della laicità, intesa in senso positivo[66], inclusivo[67] e condiviso[68] che, come ricorda la Corte costituzionale, con parole mai troppo ascoltate e meditate: «implica non indifferenza dello Stato nei confronti delle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale»[69].

§ 5. – *Considerazioni conclusive*

Nonostante i problemi, le difficoltà, la crisi, gli indebolimenti, la famiglia sopravvive. Si evolve nella forma, ma resta comunque quello spazio vitale primario in cui si apprende la grammatica delle relazioni umani, personali e sociali.

Le nuove narrazioni ci portano a raccogliere la sfida di una possibile famiglia post-umana e per poterlo fare occorre riflettere seriamente sul fatto che pensare di lasciare all'amore e all'affetto tutto il lavoro di dover mantenere la famiglia e la sua armonia, è decisamente una speranza disperante.

Per quanto l'impegno di cura sia una cosa bella e positiva, certamente non autorizza l'equiparazione delle forme familiari. Si potrà ammirare ciò che gli scimpanzé fanno nel prendersi cura gli uni degli altri, ma la cura umana è un'altra cosa, perché non è basata sull'istinto ma, almeno potenzialmente, sulla ragione relazionale, sulla riflessività e l'intenzionalità della coscienza. Le relazioni intersoggettive hanno certamente una dignità, ma la posseggono in quanto hanno qualità e proprietà causali propriamente umane, cioè tali da umanizzare le persone, non quando sono semplicemente delle proiezioni di desideri, emozioni, sentimenti e affetti individuali. La famiglia è fatta di relazioni, non di emozioni individuali (cioè è fatta dagli individui, ma la sua sostanza consiste di relazioni). La dignità delle relazioni può

[64] Cfr. P. Consorti, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa, Pisa University Press, 2013.

[65] Cfr. G. Casuscelli, *Perché temere una disciplina della libertà religiosa conforme a Costituzione?* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), novembre 2007.

[66] Cfr. G. Dalla Torre, *Sana laicità o laicità positiva?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), 12 novembre 2012.

[67] Cfr. M. Ferrante, *Diritto, religione, cultura: verso una laicità inclusiva*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 35/2017.

[68] Cfr. A. Fuccillo, *Diritto, religioni, culture,* cit., 105.

[69] Corte Cost., sent. 11-12 aprile 1989, n. 203.

essere data da un atteggiamento denso di affetto e da un agire di cura dell'Altro, ma bisogna vedere la qualità di questi atteggiamenti e comportamenti, e dove essi portano. La famiglia, in ogni caso, è più di questo, molto di più[70].

La dignità delle relazioni richiede che la relazione sia moralmente buona, e ciò avviene se questa si forma sulla base degli elementi che caratterizzano il genoma famigliare, cioè il dono, la reciprocità, la sessualità di coppia e la generatività, almeno desiderata, che ne consegue. L'Io è relazionale, ma si umanizza solo con certe relazioni e non con altre.

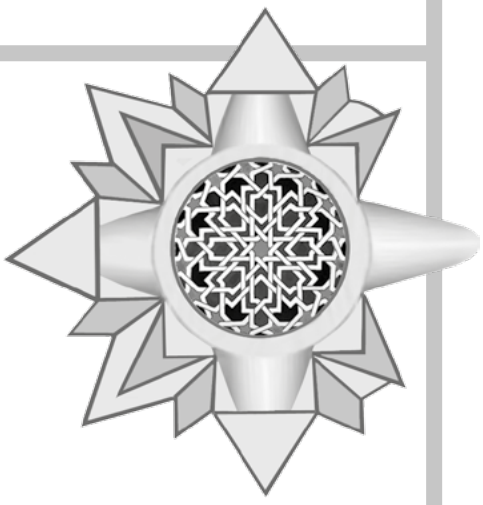
La famiglia non è solo un luogo di cura ma è il principale agente socializzante e generativo di beni relazionali (maternità e paternità responsabili, educazione alle virtù pro-sociali e non solo individuali), che si riflettono nell'agire con giustizia e generosità verso il prossimo e che consentono di accettare la finitezza, il disagio e le fragilità umane. A ben vedere è questa entropia che di fatto costituisce la vitalità di ogni unità familiare e quindi di ogni tessuto sociale.

Abstract

This contribution intends to reflect on how the recent theme of social parenting, from this perspective, appears to be more relevant than ever since – meaning all those forms of parenting that are not necessarily biological but deriving from the appeal, for example, to assisted fertilization and pregnancy techniques for others – is fully connected to the transformative theme of the contemporary family which, on the one hand, is affected by the social changes that are affecting it and the parental crises that affect it closely, and on the other it is increasingly attentive and open to the recognition of the rights of its members but in particular to the protection of the interests of minor children.

[70] Anziché difendere la naturalità dei principi strutturali della famiglia nucleare (l'unione sessuale tra un uomo e una donna e la procreazione), si potrebbe osservare con Pier Paolo Viazzo e Francesco Remotti che «se c'è un bisogno universale a cui queste diverse forme [di famiglia] sembrano rispondere, questo è il bisogno di ovviare alla solitudine dell'individuo» (P.P. Viazzo, F. Remotti, *La famiglia: uno sguardo antropologico*, in P.P. Viazzo et al., *La Famiglia*, Milano, Università Bocconi, 2007, 65). È lo stare insieme, il condividere spazi e risorse, il promuovere cooperazione e solidarietà che spiega la varietà di gruppi domestici a cui l'umanità ha dato vita.

III. Post Mortem Reproduction



9. *Tecniche procreative e genitorialità post legame: riflessioni*
di Alessandra Cordiano

10. *Continuità degli affetti, procreazione medicalmente assistita* post mortem *e destinazione postuma delle cellule riproduttive*
di Leonardo Dani

11. *Interpretazione e applicazione giurisprudenziale del divieto di fecondazione* post mortem
di Giacomo Mingardo

12. *La complessa regolamentazione della disciplina relativa alla procreazione medicalmente assistita* post mortem
di Alessandra Mazzola

13. *Da una «scelta tragica» ad una possibile apertura? Commenti a margine della sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*
di Sara Di Giovanni

14. *Love will tear us apart, and reproductive cells too*
di Stefania Pia Perrino

III.9. *Tecniche procreative e genitorialità post legame: riflessioni*

di Alessandra Cordiano*

Sommario: § 1. – Procreazioni *post mortem* e *post* legame: un'introduzione alle questioni. § 2. – Un quadro di sintesi sugli interventi giurisprudenziali. § 3. – Una critica all'approccio adottato: procedendo per somiglianze e differenze. § 4. – Qualche prospettiva futura alla luce di un'interpretazione alternativa.

§ 1. – *Procreazioni* post mortem *e* post *legame: un'introduzione alle questioni*

Le questioni coinvolte dalle tecniche riproduttive *post mortem* e post legame hanno implicite connessioni strutturali e funzionali, benché, va detto, esse sono, nella prospettiva giuridica, apparentemente distanti e reciprocamente indifferenti[1]. Il quadro normativo di riferimento, invero, è rappresentato, in maniera poco sistematica, dall'art. 5, l. n. 40/2004, che, ancora oggi, consente l'accesso alle tecniche assistite a coppie di maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi[2].

Concorre alla determinazione del quadro anche il successivo art. 6, il quale dispone che la volontà dei soggetti debba essere espressa per iscritto e congiuntamente al medico curante; prevede, poi, che tra manifestazione della volontà della coppia e inizio della tecnica con la stimolazione ovarica della partner (originariamente solo di quella, stante il divieto di eterologa) debba intercorrere un periodo non inferiore a sette giorni e che la volontà possa essere revocata da ciascuno, ma unicamente fino alla fecondazione dell'ovulo.

Giova nondimeno ricordare, per comprendere il paradigma nella sua interezza, anche la pronuncia n. 151 del 2009[3], con la quale la Corte

* Università degli Studi di Verona.

Lo scritto è destinato al *Liber amicorum* in onore del Prof. Salvatore Patti.

[1] A. Valongo, *Profili evolutivi della procreazione assistita post mortem*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 525.

[2] Segnalava già una vaghezza del dispositivo, L. d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, III ed., Torino, Giappichelli, 2016, 185, osservando che «considerato che la PMA si articola in varie fasi e diversi momenti, si sarebbe dovuto da parte del legislatore indicare con chiarezza in quale di questi si pretenda che i genitori siano entrambi viventi».

[3] Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Fam. dir.*, nn. 8-9/2009, 764, con nota di M. Dogliotti, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*; in *Nuove leggi civ. comm.*, nn. 3-4/2009, 475, con nota di R. Vil-

costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'obbligo di unico e contemporaneo impianto degli embrioni, da crearsi in numero non superiore a tre, e del divieto di crioconservazione degli stessi: nel senso prospettato, la sentenza ha dato nuovo avvio alle pratiche cliniche di fecondazione *in vitro* (Fivet) e di sovrapproduzione embrionaria – evitando così alla donna di essere sottoposta a ripetuti cicli di stimolazione ovarica –, nonché al congelamento degli embrioni, consentendo di ottimizzare il trattamento clinico e di migliorare il tasso di successo, senza tuttavia aumentare i rischi delle gravidanze multiple.

Questi tre parametri sono complessivamente rilevanti al fine di svolgere un'analisi delle composite questioni della procreazione medicalmente assistita *post mortem* e post legame, le quali hanno interessato dottrina e giurisprudenza in tempi anche precedenti ai successivi interventi demolitori della disciplina n. 40 del 2004.

L'assetto normativo originario, va invero precisato, aveva un inequivocabile ambito soggettivo di applicazione e una stretta scansione temporale che, a prescindere dalla singolarità dei casi, si preoccupava di segnare un termine minimo, di sette giorni, per avviare la procedura, ma non anche un termine massimo. Questo perché il modello sotteso alle disposizioni presumeva una scansione temporale ridotta, unitamente alla sola eventualità dell'impianto contestuale dei tre embrioni e al correlato divieto di crioconservazione, confinando così la fattispecie entro tempi e limiti chiari e inderogabili.

Dopo la sentenza n. 151 del 2009, questo paradigma implicito e alcune delle sue disposizioni sono stati sostituiti da un sistema del tutto nuovo e diverso: il modello odierno può in effetti prevedere, da un lato, la vantaggiosa possibilità della sovrapproduzione embrionaria, insieme alla crioconservazione degli embrioni; dall'altro lato, una dilatazione potenzialmente significativa fra produzione degli embrioni e successivo impianto. Proprio questa dilatazione temporale, ancora, potrebbe anche estendersi fino a quanto, fisiologicamente, sia possibile secondo lo specifico quadro clinico della singola donna, ma anche nei termini, non solo teorici, di più qualche anno[4].

Ciò, evidentemente, renderebbe possibile anche la successiva occorrenza di altri elementi o eventi rilevanti: come la morte, appunto, ma anche lo scioglimento della coppia ovvero il mutamento dei progetti genitoriali, la nascita di un figlio, la perdita o il cambio del lavoro, il trasferimento di residenza di un partner, una malattia.

LANI, *Procreazione assistita e Corte Costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della L. n. 40/2004*; in *Foro it.*, n. 9/2009, c. 2301, con nota di G. CASABURI; in *Corr. giur.*, n. 9/2009, 383, con nota di G. FERRANDO, *Il diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*.

[4] B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, in *BioLaw Journal*, 2021, 509.

§ 2. – *Un quadro di sintesi sugli interventi giurisprudenziali*

Quanto detto ha ricadute importanti sul piano delle tecniche, pur sempre in evoluzione, che oggi consentono, in via sommaria e semplicistica, l'impianto di embrioni creati e crioconservati, potenzialmente anche dopo la morte del partner; ma anche l'accesso a gameti crioconservati per un successivo impianto in vivo (c.d. *gene freezing*), fino al prelievo dal corpo dell'uomo (in coma o *post mortem*) del materiale spermatico.

Il dibattito sul tema del *post mortem* è acceso e divide quanti reputano inammissibile il ricorso alle tecniche, interpretando in senso rigoroso l'art. 5 della vivenza, da quanti ritengono possibile l'impianto degli embrioni già creati e crioconservati[5] e da chi invece considera ammissibile anche l'accesso ai gameti crioconservati, con ciò evidenziando anche un altro tema, quello del consenso alla tecnica, distinto fra un consenso fecondativo e uno procreativo: il requisito della vivenza sarebbe, pertanto, sufficiente per esprimere il consenso alla creazione di embrioni, senza necessità di un suo successivo rinnovo per l'impianto[6].

Il dibattito coinvolge anche il panorama europeo con posizioni antitetiche: è recente una sentenza della Corte europea dei diritti umani[7], che ha salvato la Francia dalla condanna per la violazione dell'art. 8 Cedu, dal momento che il divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita *post mortem* e, insieme, di trasferimento transfrontaliero di gameti del partner defunto appartiene al margine di apprezzamento dello Stato, espresso nei riguardi dell'incompatibilità della tecnica *post mortem* con «l'idea di famiglia, la tutela della dignità del defunto, l'interesse del nato a un padre».

Diversa la posizione della Spagna, la cui l. n. 14 del 2006, riformata nel 2015[8], consente anche l'uso dei gameti del partner defunto, che abbia espresso in vita mediante atto pubblico, testamento o anche

[5] Così già M. Faccioli, *Procreazione medicalmente assistita,* in *Dig. civ.*, Torino, Giappichelli, 2007, 2, agg. III, 1051.

[6] Va segnalata tuttavia la posizione di chi già sosteneva la ragione a fondamento della proibizione ovvero che «l'embrione nasce con un solo genitore in base ad una decisione a priori, e non per circostanze fattuali imprevedibili che si possono determinare nel periodo che intercorre tra la formazione dell'embrione e l'impianto». Così L. d'Avack, *Il progetto della filiazione nell'era tecnologica*, cit., 185. Similmente, F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale,* in *Dir. fam. pers.*, n. 1/2005, 168. Sulla distinzione, Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, in *Fam. dir.*, 2015, 488 ss., con nota di A. Scalera, *Sulla legittimità dell'impianto* post mortem *di embrioni crioconservati*.

[7] Corte eu. dir. uomo, 14 settembre 2023, ric. 22296/20 e 37138/20, *Baret e Caballero v. Francia*, consultabile al *link https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-Baret-e-Caballero-v.-Francia-divieto-di-fecondazione-post-mortem-e-di-trasferimento-dei-gameti-e-degli-embrioni*.

[8] R.E. De Rosa, *La procreazione medicalmente assistita* post mortem*. Un confronto italo-spagnolo*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 17 *bis*/2022, 576.

con le direttive anticipate di trattamento[9], il consenso all'uso del materiale genetico riproduttivo, da effettuarsi però entro dodici mesi dall'apertura della successione. Il consenso, viceversa, si presume concesso quando siano già costituiti e crioconservati pre-embrioni della coppia, senza necessità di esplicitazione o rinnovo. In ogni caso, il consenso può essere revocato in qualsiasi momento fino all'esecuzione delle tecniche. Il materiale deve però provenire dal defunto, così limitando l'ambito di applicazione alla sola procreazione omologa, e dato il divieto di gestazione per altri, in caso di premorienza della donna, il disposto naturalmente non opera.

Questa ultima precisazione è utile per considerare anche l'esempio della disciplina portoghese, l. n. 32 del 2006 (novellata con leggi nn. 72 e 90 del 2021)[10], che contempla la possibilità di ricorrere alla procreazione assistita dopo il decesso del partner mediante il trasferimento degli embrioni, riconoscendo alla donna un termine non inferiore a sei mesi per una decisione e di tre anni per avviare la pratica, ma anche accedendo ai gameti crioconservati, raccolti previo esplicito consenso scritto. La disciplina prescrive inoltre la necessità che il consenso scritto del defunto sia comunicato al *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*[11].

Anche nel panorama italiano il tema del post legame è stato oggetto di interesse anche in tempi risalenti.

Un primo gruppo di pronunce ha riguardato, spesso con ricorso al rimedio cautelare d'urgenza, *ex* art. 700 c.p.c., l'accesso a embrioni costituiti con tecnica di procreazione omologa: ciò sia in tempo precedente alla legge n. 40 del 2004[12], sia successivo[13] e, in un caso specifico,

[9] R.E. De Rosa, *La procreazione medicalmente assistita* post mortem. *Un confronto italo-spagnolo*, cit., 591.

[10] V. sul punto, la rassegna a cura di G. Alessi *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1636542276281.pdf*; *https://www.biodiritto.org/Biolawpedia/Normativa/Portogallo-Lei-n.-72-2021-e-Lei-n.-90-2021-modifiche-in-materia-di-procreazione-medicalmente-assistita*.

[11] La legge portoghese ammette (ancorché riformata) anche la gestazione per altri, stabilendo che il ricorso a questa tecnica sia consentito eccezionalmente nei casi di infertilità grave, che impediscano in modo definitivo la gravidanza della donna, e previa autorizzazione del *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*. Non è consentito l'uso di ovociti della gestante, la quale deve essere preferibilmente già madre, ed è necessario utilizzare i gameti di *almeno* uno dei beneficiari: ragion per cui, potrebbe delinearsi l'ipotesi della premorienza della donna e la possibilità di accedere al suo materiale riproduttivo, previo consenso, al fine di una gestazione per altri.

[12] Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Foro it.*, 1999, I, 1653, con nota di L. Nivarra, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 225 ss., con nota di E. Palmerini, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi.* In senso analogo, v. anche Trib. Bologna, 31 maggio 2012, in *Foro it.*, 2012, I, 3349; e Trib. Bologna, 21 maggio 2014, in *Corr. Giur.*, 2015, 933.

[13] Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, cit., annotata anche da L. Attademo, *Il trasferimento intrauterino di embrioni crioconservati anni dopo la formazione degli stessi e la morte del padre*, in *Corr. giur.*, 2015, 933; Trib. Reggio Emilia, 18 aprile 2015, per quel che consta inedita; Trib. Lecce, 24 giugno 2019, in *Fam. dir.*, 2020, 949, con nota di I. Barone, *Procreazione* post mor-

anche in un'ipotesi di procreazione assistita di tipo eterologo, reputata, però, ragionevolmente irrilevante ai fini della proposizione e dell'esito del ricorso[14].

Un secondo gruppo concerne, invece, l'accesso *post mortem* ai gameti: è celebre il caso dell'autorizzazione giudiziale al subingresso della moglie in quello che viene ricostruito come un contratto di deposito dei gameti crioconservati del marito, che in tal senso si era espresso per via testamentaria, unitamente all'ottenimento della restituzione degli stessi gameti[15], con implicito disinteresse nei riguardi del destino del materiale genetico, potenzialmente utilizzabile per fini procreativi all'estero; in altra ipotesi, diversamente, analoga richiesta di ritiro veniva rigettata per l'evidente possibile uso dei gameti ai fini procreativi, da parte della partner vivente, stante il divieto esistente[16].

Ben nota è pure una pronuncia della Suprema Corte, in ordine ad un caso di una procreazione assistita omologa realizzata in Spagna con gameti crioconservati del marito defunto, che aveva così autorizzato prima della morte. La nascita in Italia e il conflitto con la presunzione di concepimento oltre i trecento giorni richiesti per attribuzione di paternità, di cui all'art. 232 c.c., ha originato l'accesso in giudizio: il quale, tuttavia, solo *incidenter tantum* ha segnalato la non conformità della tecnica realizzata alle disposizioni di cui all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, rispetto al requisito della vivenza di entrambi i partner[17].

Consta una sola pronuncia relativa all'istanza della moglie per ottenere il prelievo dal corpo dell'uomo, in stato vegetativo, del liquido seminale, al fine di realizzare il percorso procreativo mediante la creazione di embrioni[18]. In quella sede, il prelievo veniva puntualmente acconsentito dal tutore, dimostrando così anche una acclarata adesione alle fattispecie gestorie di profili connessi ad un ambito personalissimo; tuttavia, il giudice rigettava il ricorso per l'autorizzazione a esprimere consenso alla fecondazione dei gameti, in ragione dell'espresso divieto di cui all'art. 12, secondo comma, della legge 40 del 2004[19].

---

tem *e* status filiationis; in *Gius. civ.*, 10 dicembre 2019, annotata da D. Giunchedi, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*.

[14] Trib. Bologna, 25 agosto 2018, in *Foro it.*, 2019, I, 1430, con nota di G. Casaburi.

[15] Trib. Roma, 19 novembre 2018, in *Foro it.*, 2019, I, 692.

[16] Trib. Modena, 8 maggio 2020, consultabile al link *https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17509334/illegittima-la-consegna-dei-gameti-crioconservati-alla-vedo.html*.

[17] Cass. civ., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Ilfamiliarista*, 20 novembre 2019, con nota di A. Figone, *Fecondazione omologa post mortem: nell'atto di nascita la paternità in capo al padre defunto*; in *Dir. fam. pers.*, 2019, 1229 ss., con nota di F. Zappatore, *Fecondazione omologa c.d. post mortem: regole e principi di determinazione dello status filiationis in una recente pronuncia di legittimità*.

[18] Trib. Vigevano, 3 giugno 2009, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1847.

[19] Si veda l'analisi di G. Giaimo, *Il consenso inespresso ad esser genitori. Riflessioni comparatistiche*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 855.

Nella prospettiva prescelta, volta a ricostruire unitariamente i profili riproduttivi post legame, è opportuno menzionare anche la ormai celebre pronuncia della Corte costituzionale nel recente 2023, che ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità dell'art. 6 della legge n. 40, sulla revocabilità del consenso alla tecnica fino alla fecondazione dei gameti e alla creazione dell'embrione e sull'assenza di un termine per revocare il consenso successivamente alla stessa fecondazione: ciò pure quando la pretesa all'impianto dell'embrione sia possibile anche a distanza di molto tempo dalla fecondazione e, magari *medio tempore*, i componenti della coppia si siano separati[20] ovvero si stiano separando, per nulla rilevando così la crisi intervenuta[21].

Il quadro normativo e giurisprudenziale, pertanto, può essere ricostruito nel senso che segue: (1) il consenso fecondativo permette evidentemente di accedere e utilizzare gli embrioni già costituiti e crioconservati, anche al fine di un impianto che avvenga dopo il decesso del partner ovvero anche dopo lo scioglimento del vincolo coniugale o affettivo della coppia. Di qui, (2) detto consenso non richiede ulteriori manifestazioni di volontà né del defunto o del partner per l'impianto; quindi, (3) *a contrario*, una qualsiasi manifestazione di volontà successiva di revoca del consenso dell'uomo non avrebbe alcun effetto sul piano della pretesa dispositiva: il consenso non è più revocabile dall'uomo e la donna può accedere agli embrioni e procedere pertanto all'impianto, così dopo la morte del partner, come successivamente al verificarsi della crisi della coppia richiedente.

Al contempo, però, (4) il consenso del partner defunto non dovrebbe essere idoneo ad autorizzare e consentire l'uso di gameti crioconservati per la creazione di embrioni[22], stante il divieto del secondo comma dell'art. 12 della legge n. 40, ma utile solo ad ottenere la resti-

[20] Corte costituzionale 24 luglio 2023, n. 161, annotata da S. Niccolai, *Una decisione di infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore? Scelte tragiche e tragiche non scelte in Corte cost. n. 161/2023*, in *Diritti comparati*, 16 ottobre 2023, al link *https://www.dirittocomparati.it/una-decisione-di-infondatezza-per-rispetto-della-discrezionalita-del-legislatore-scelte-tragiche-e-tragiche-non-scelte-in-corte-cost-n-161-2023/?print-posts=pdf*; M.P. Iadicicco, *"Cosa resta del padre?". A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner*, in *BioLaw Joiurnal*, 2024, 249. In senso adesivo, G. Casaburi, *L'irrevocabilità del consenso paterno alla p.m.a.: la Consulta (involontariamente?) "apre" alla genitorialità non biologica*, in *Foro it.*, 2023, c. 2343. Sull'ordinanza di rimessione del Trib. Roma, 5 giugno 2022, n. 131, v. *https://www.questionegiustizia.it/articolo/irrevocabilita-consenso-impianto*.

[21] La pronuncia è stata preceduta da Trib. S. Maria Capua Vetere, 11 ottobre 2020; e Trib. S. Maria Capua Vetere, 27 gennaio 2021, in *Biolaw Journal*, al link *https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Tribunale-di-Santa-Maria-Capua-Vetere-prima-sezione-civile-ordinanza-27-gennaio-2021-e-possibile-usare-gli-embrioni-crioconservati-contro-la-volonta-dell-ex-partner*; in *Fam. dir.*, 2021, 1048, con nota di M. de Pamphiliis, *Il diritto dell'embrione all'impianto tra consenso informato e genitorialità*. In senso critico, G. Ferrando, *Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni in vitro, dissenso del marito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 649.

[22] La questione è comunque controversa: v. E. Giusti, *Il lascito testamentario dei gameti. A will of gamets*, in *Riv. it. med. legale*, 2019, 1279; ma già A. Galasso, *Biotecnologie ed atti di disposizione del corpo*, in *Familia*, 2001, 911.

tuzione del materiale riproduttivo alla partner, salvo che detta restituzione non sia letta come (ragionevolmente) volta a ottenere quei gameti per un futuro impianto (all'estero).

Al contrario, (5) il dissenso manifestato dal partner defunto alla restituzione del materiale cellulare riproduttivo a favore della donna probabilmente dovrebbe essere accolto, in virtù, proprio, del divieto esistente sull'utilizzo dei gameti di persona non vivente; nella prospettiva, infine, dell'ex partner, è possibile immaginare che la volontà manifestata e dissenziente rispetto all'accesso ai propri gameti da parte dell'ex compagna dovrebbe reputarsi rilevante, in ragione sempre dell'art. 12 della legge n. 40, il quale, al comma 2, punisce con una sanzione amministrativa pecuniaria chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'art. 5, applica tecniche di procreazione assistita a coppie «che siano composte da soggetti (…) non coniugati o non conviventi»; ovvero, al comma 4, analoga pena pecuniaria (ancorché meno severa) si prevede per chiunque applichi tecniche di procreazione medicalmente assistita senza avere raccolto il consenso secondo le modalità dell'art. 6.

§ 3. – *Una critica all'approccio adottato: procedendo per somiglianze e differenze*

Questo andamento interpretativo e argomentativo sconta però almeno due questioni su cui si reputa opportuno soffermarsi.

In prima battuta, appare evidente una posizione differenziata fra uomo e donna[23] e, di qui, emerge anche una sorta di "estremizzazione" del consenso prestato, avulsa però dai fondamenti della natura negoziale dispositiva di matrice terapeutica. Partendo dalla seconda delle questioni, per pervenire alla prima, è ben noto, anche solo prendendo a modello la disciplina n. 219 del 2017 in tema di consenso nei trattamenti terapeutici, che detto consenso debba essere sempre caratterizzato dalla sua revocabilità, senza il timore di poter subire conseguenze negative conseguentemente alla revoca.

Questa esasperazione del consenso della l. n. 40 del 2004, che rende irrevocabile la volontà manifestata dopo la fecondazione dell'ovulo – quindi dopo la creazione dell'embrione –, si colloca chiaramente al di fuori dei confini della relazione medico-paziente e dei margini tipici dell'autodeterminazione[24]. La disposizione, tuttavia, si giustifiche-

[23] In questo senso, v. D.M., 1° luglio 2015, contenente le Linee guida sulle procedure e sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in merito all'art. 7 legge n. 40/2004, in *G.U.*, 14 luglio 2015, n. 161.

[24] 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 civ. comm.*, 2018, 40.

rebbe con la responsabilità per fatto della procreazione, di cui all'art. 30 Cost., e con il principio di autoresponsabilità[25], idonei a sostanziare la necessità di dover subire le conseguenze della condotta riproduttiva liberamente e consapevolmente assunta, senza margine di disponibilità circa la revoca della volontà: in una sorta di assimilazione al progetto procreativo "naturale", che consente così di derogare ai principi vigenti in tema di autodeterminazione e di salute, presuntivamente operanti in tema di tecniche procreative[26].

Se si guarda, nondimeno, oltre la normativa in tema di procreazione, si può scorgere un bilanciamento anche in altre fattispecie con elementi (solo) apparentemente simili.

La disciplina n. 194 del 1978, sull'interruzione volontaria della gravidanza, – citata peraltro proprio dalla menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 161 del 2023 – consente alla donna di scegliere se interrompere o proseguire la gravidanza, senza alcuna possibile istanza pretensiva dell'uomo, nel senso favorevole o meno all'interruzione, in quest'ultimo caso in ragione della responsabilità per fatto della procreazione che lo chiama a rispondere sul piano dell'assunzione della responsabilità genitoriale, nonché dell'assunzione dei doveri di cui all'art. 147 c.c.

In questa ipotesi, però, vi sono almeno tre elementi che caratterizzano la fattispecie.

Da un lato, la vita di un feto che ha una prospettiva prossima di esistenza, insieme alla salute della donna, entrambe declinate e opportunamente bilanciate attraverso una graduazione dell'intervento interruttivo, che privilegia la vita del feto con l'avanzare dei trimestri: così che, ai sensi dell'art. 6 della l. n. 194, l'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata (solo) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; oppure quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna. Dall'altro lato, non può negarsi una immedesimazione biologica fra donna e feto a tal punto pregnante da giustificare un trattamento distinto di quella rispetto alla posizione giuridica dell'uomo[27]. Ed è per queste ragioni, ovvero la tutela della donna, del suo corpo

[25] V. Caredda, *La responsabilità genitoriale: spunti di riflessione*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 1424 ss.; Eadem, *Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità*, in banca dati *www.giustiziacivile.com*; A. Cordiano, *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Torino, Giappichelli, 2017, diffusamente.

[26] In questo senso, M. Faccioli, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 28; R.E. De Rosa, *La procreazione medicalmente assistita* post mortem. *Un confronto italo-spagnolo*, cit., 589.

[27] V. Calderai, *Ordine pubblico internazionale e "Drittwirkung" dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 478.

e della sua salute e autodeterminazione, che la volontà dell'uomo diviene irrilevante in ogni senso, interruttivo o procreativo.

Guardando, ancora, alla norma dell'art. 9 della l. n. 40/2004, si può osservare come anch'essa risponda, in effetti, ad un principio di responsabilità per la procreazione.

Detta norma, nata in occasione del celebre "Caso Cremona"[28] e rimasta vigente anche dopo l'abrogazione del divieto di procreazione assistita eterologa, preclude a chiunque di contestare il legame di filiazione mediante l'azione di disconoscimento della paternità o l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, estendendosi a tutti i legittimati attivi, compreso quindi anche il nato da procreazione medicalmente assistita. La questione è rilevante anche dopo la riforma sulla filiazione del 2012, proprio in punto di contestazione dei legami di filiazione, posto che la contestazione è divenuta imprescrittibile con riguardo al solo figlio. La norm cui la procreazione avvenga senza il consenso del partner, dovrebbe a, che nasce in vista dell'eventualità in applicarsi anche allorquando la tecnica sia realizzata a seguito di consenso revocato[29], dimostrando così una chiara vocazione di tutela nei riguardi del minore, voluto, concepito con le tecniche procreative e soprattutto già nato, nella prospettiva del suo *favor stabilitatis*.

Nel senso prospettato, quello del favore verso la stabilità dei legami affettivi, può essere d'interesse anche il caso della gestazione per altri realizzata da coppia omosessuale o eterosessuale, come anche quello della procreazione assistita eterologa compiuta da due donne. Per entrambe le fattispecie, complessivamente considerate al netto delle loro specificità anche in punto di sanzione penale, si attendono ancora regole chiare per conformarsi alle pronunce costituzionali n. 32 e n. 33 del 2021[30]. In quella sede, in effetti, la Corte auspicava un intervento legislativo volto a superare definitivamente le condotte ostative del genitore legale alla frequentazione con il genitore sociale e al ricono-

[28] Si consenta il rinvio ad A. Cordiano, *L'inseminazione eterologa: il cammino di un "parto" ancora lungo*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 116.

[29] Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Fam. dir.*, 2019, 21 con nota di A. Figone, *Revoca del consenso alla fecondazione eterologa*.

[30] M. Acierno, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in *Quest. giust.*, 7 aprile 2021; G. Barcellona, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, in *Biolaw Journal*, 2021, 1. V. recentemente anche la Relazione del Presidente della Corte costituzionale, Prof. A.A. Barbera, del 18 marzo 2024: «non si può non manifestare un certo rammarico per il fatto che nei casi più significativi il legislatore non sia intervenuto, rinunciando ad una prerogativa che ad esso compete, obbligando questa Corte a procedere con una propria e autonoma soluzione, inevitabile in forza dell'imperativo di osservare la Costituzione. È con questo spirito che auspico sia un intervento del legislatore che dia seguito alla sentenza n. 242 del 2019 (il cosiddetto caso Cappato), sul fine vita, sia un intervento che tenga conto del monito relativo alla condizione anagrafica dei figli di coppie dello stesso sesso (come già auspicato nelle due sentenze n. 32 e n. 33 del 2021). In entrambi i casi il silenzio del legislatore sta portando, nel primo, a numerose supplenze delle assemblee regionali; nel secondo, al disordinato e contraddittorio intervento dei Sindaci preposti ai registri dell'anagrafe», così p. 16 s. della Relazione.

scimento del legame[31]; d'altra parte, la stessa Corte evidenziava i limiti della soluzione attestata dalla giurisprudenza e confermata a più riprese dalla Cassazione dell'adozione speciale, soprattutto, ad opinione di chi scrive, per ovviare all'ipotesi inversa, quella dell'eventuale disinteresse del genitore sociale alla frequentazione e al riconoscimento del suo legame con il minore che ha contribuito a far nascere[32]. In entrambe le ipotesi procreative prospettate, il disposto normativo che si auspica dovrebbe precludere la possibilità di contravvenire ad un progetto procreativo voluto e portato a compimento, al fine di tutelare il *favor affectionis* del minore: voluto, cercato e (anche in questo caso) già nato.

Nuovamente, anche nelle fattispecie da ultimo prospettate siamo di fronte a situazioni e soluzioni differenti, che richiamano i soggetti rispetto ad una condotta (solo apparentemente) *de iure*, in realtà abusiva, e che chiederebbero di cristallizzare una volontà radicata nel progetto procreativo e che ha concorso a mettere al modo un soggetto.

Il caso della procreazione dopo lo scioglimento del legame o che avvenga successivamente alla morte del partner, che non tenga in considerazione o superi per irrilevanza la posizione del partner che abbia espresso la propria volontà in ordine alla finalizzazione del percorso procreativo o piuttosto anche al suo contrario, opponendosi a che la propria partner (o nel frattempo ex partner) utilizzi il proprio materiale riproduttivo o anche gli embrioni già costituiti, si pone evidentemente su una dimensione argomentativa del tutto diversa.

In questa prospettiva opera in effetti anche la legge portoghese n. 32 del 2006 (novellata con leggi nn. 72 e 90 del 2021)[33]: l'inseminazione avvenuta senza il consenso del partner deceduto e contro gli interessi patrimoniali di terzi fa nascere l'obbligo di risarcimento, oltre a eventuali responsabilità penali eventualmente prospettabili. Le persone che partecipano alla pratica di una tecnica di procreazione *post mortem*, senza o contro il consenso del defunto, per ottenere un beneficio o arrecare pregiudizio ad altri sono punite con la reclusione fino a due anni o con la multa di duecento quaranta giorni. In ogni caso, come norma "paracadute", la disciplina fa salvo lo *status* del nato, per cui opera presunzione di filiazione paterna.

[31] Recentemente in questo senso, v. Cass., 12 aprile 2024, n. 9939, al momento inedita, laddove «Indipendentemente dall'adozione di una pronuncia volta alla declaratoria di decadenza dalla responsabilità genitoriale, in tema di adozione in casi particolari, disciplinata dall'art. 44, comma 1, lett. d) della l. n. 184 del 1983, l'effetto ostativo del dissenso del genitore biologico all'adozione da parte del genitore sociale deve essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore, sicché il genitore biologico può validamente negare l'assenso all'adozione del *partner* solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure, pur avendo partecipato al progetto di procreazione, abbia poi abbandonato *partner* e minore»; confermata anche da Cass., S.U., n. 38162 del 2022.

[32] A. Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *Biolaw Journal*, 2021, 13.

[33] V. sul punto, la nota n. 10 e la rassegna ivi citata.

La dimensione indagata mostra così le potenzialità d'essere letta in altro modo.

Pur a fronte del divieto che insiste nel sistema italiano e che concerne l'impossibilità di utilizzare i gameti della persona defunta per realizzare una procreazione assistita (v. art. 12, comma 2, l. n. 40 del 2004), detti gameti sono materiale riproduttivo però (già) soggetto a disponibilità negoziale della persona: in ossequio al Regolamento n. 131 del 2019, di attuazione della direttiva 2012/39/UE della Commissione europea, del precedente 26 novembre 2012, concernente determinate prescrizioni tecniche – relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani –, la donazione di cellule riproduttive è consentita ai soggetti – debitamente sottoposti a *screening* e controlli – di sesso maschile di età compresa fra i diciotto e i quaranta anni e ai soggetti di sesso femminile di età non inferiore ai venti anni e non superiore ai trentacinque anni.

Prosegue il Regolamento, prescrivendo che le cellule riproduttive donate da un medesimo donatore non possano determinare più di dieci nascite e che la donna non possa essere sottoposta a più di sei cicli di stimolazione ovarica. Tutti i limiti previsti, relativi all'età dei donatori, al numero delle donazioni di ovociti e gameti e al numero delle stimolazioni ormonali e al numero delle nascite scaturenti dal medesimo donatore, sono nondimeno oggetto di verifica almeno triennale, sulla base dei risultati dell'esperienza, della ricerca e delle migliori pratiche della scienza medica seguite anche in sede internazionale: con ciò intendendo, all'interno della scienza medica, una continua e ciclica riconsiderazione di quanto acclarato in termini empirici e quantitativi, rifuggendo da qualsiasi logica astratta e immutevole, che una certa impostazione legislativa tende a voler cristallizzare, con evidenti difficoltà, vista la materia in costante evoluzione.

I gameti, pertanto, sono interamente sottomessi alla disponibilità del soggetto, certo entro i limiti del Regolamento e dell'art. 12 della legge 40, e quindi nell'ambito di una donazione che sia anonima, gratuita e che abbia finalità solidaristica. Così delineata la disponibilità non può avere neppure la conseguenza giuridica di alcuna dimensione relazionale con il soggetto che, grazie ai gameti donati, verrà ad esistenza (v. art. 9, comma 3, l. n. 40 del 2004).

Al pari della donazione di gameti e delle cellule staminali omopoietiche, che possono essere prelevate direttamente dal midollo osseo o dal sangue periferico[34], si può disporre in vita del proprio cadavere: la recente disciplina introdotta dalla legge del 10 febbraio 2020, n. 10, reca

[34] *https://www.trapianti.salute.gov.it/trapianti/dettaglioFaqCnt.jsp?lingua=italiano&area=cnt&menu=cittadini&sottomenu=faq&id=210.*

norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica[35].

La disciplina n. 10 del 2020 consente gli atti di disposizione del proprio corpo e dei tessuti secondo i principi di solidarietà e di proporzionalità, in ossequio alla teoria tradizionale dell'art. 5 c.c. Accertata e dichiarata la morte, a norma dell'art. 1, legge 29 dicembre 1993, n. 578, con la verifica della cessazione irreversibile delle funzioni dell'encefalo, il corpo del defunto deve essere conservato per almeno ventiquattro ore prima di essere destinato all'uso indicato dalla determinazione del soggetto: questa determinazione, fatta prima della morte, dispone l'osservanza delle stesse forme previste per le disposizioni anticipate di trattamento di cui all'art. 4, comma 6, della legge n. 219 del 2017, la cui disciplina in tema di consenso informato viene richiamata in via di interpretazione analogica. La scelta del soggetto sulla destinazione delle parti del proprio corpo e dei tessuti, secondo i principi della legge n. 219, deve essere libera, priva di condizioni, gratuita, irrinunciabile, revocabile sempre in via espressa e tacita, modificabile con una dichiarazione altra e diversa, fino alla morte del soggetto disponente.

L'impiego delle parti del corpo donate o dei tessuti non può avere fine di lucro, salve le donazioni di denaro da parte di privati esclusivamente in favore degli enti per sovvenzionare la ricerca scientifica. Il potere dispositivo non è pertanto assoluto, neppure quanto alle finalità individuate: le destinazioni ammesse dall'ordinamento per gli atti di disposizione del corpo *post mortem,* secondo la previsione dell'art. 1, si trovano nelle finalità di studio, formazione e ricerca scientifica[36].

Se deve, perciò, reputarsi esclusa la destinazione dei gameti per la fecondazione *post mortem* secondo quanto previsto e nelle forme di cui alla l. n. 10/2020, poiché nessuna delle destinazioni può considerarsi comprensiva di quella procreativa, nulla osta in via assoluta alla possibile estensione della disciplina alle cellule riproduttive per scopi di studio o di ricerca, non ostando il divieto di donazione delle gonadi (ovaie e testicoli), di cui all'art. 3 della legge n. 91 del 1999, in tema di trapianti *ex mortuo*. Ma, soprattutto, la disciplina mostra – al pari del caso delle cellule staminali omopoietiche, che possono essere prelevate direttamente dal midollo osseo o dal sangue periferico, e di quello appunto della disposizione del proprio cadavere – una struttura ordinamentale orientata ai principi di solidarietà e di proporzionalità, di

[35] Sulla disciplina, si veda R. Masoni, *In G.U. disposizioni del proprio corpo* post mortem, in *IlFamiliarista*, 11 marzo 2020.

[36] V. il parere del Consiglio Nazionale per la Bioetica, del 19 aprile 2013, su *Donazione del corpo* post mortem *ai fini di studio e ricerca*, consultabile al link *https://bioetica.governo.it/media/3482/p109_2013_donazione-del-cadavere-alla-ricerca_it.pdf*.

anonimità e di gratuità e un assetto fondato su scelte libere, consapevoli, prive di condizioni, informate e revocabili.

Al pari delle disposizioni del proprio cadavere, anche dei propri gameti si dovrebbe poter disporre secondo i medesimi principi indicati, precipuamente nel senso della prosecuzione o meno del progetto procreativo, vista anche la norma dell'art. 12, comma 4, della legge n. 40, che sanziona l'applicazione delle tecniche di procreazione assistita compiute senza il consenso informato dei soggetti coinvolti: una riforma in tal senso, che presidiasse queste diposizioni mediante requisiti sostanziali, temporali o procedurali, potrebbe al contempo ricollocare la questione all'interno del quadro più consono dell'autodeterminazione personale.

Certamente più complessa la questione degli embrioni creati e crioconservati: di là da ogni opzione ideologica, che tuttavia non può tacersi insinuata in ogni considerazione sul tema, la questione è certamente articolata ed è stata oggetto di grandi riflessioni giuridiche[37]. Gli embrioni residui, dei quali si consente la sovraproduzione e che sono crioconservati nelle prime fasi dello sviluppo, certamente non sono esseri umani viventi: non sono nati e, per verità, non sono neppure *necessariamente* prossimi alla nascita. Pur chiedendo una peculiare attenzione, non solo giuridica, quali soggettività giuridicamente rilevanti e meritevoli di essere tutelate nelle forme opportune, gli embrioni nondimeno sono un'"eventualità di vita", poiché la loro crioconservazione, quando non interrotta, li conduce a estinzione inevitabile.

Il bilanciamento da svolgere, soprattutto in prospettiva di una futura revisione della legge n. 40 del 2004, dovrebbe certamente tenere in debito conto questa peculiare forma di esistenza, della quale con tutta evidenza già si accetta convenzionalmente una certa disponibilità, trovando adeguate forme di tutela, ma non al punto da poter soverchiare la volontà dei viventi e neppure in una retorica contrapposizione con la posizione delle coppie che accedono alla terapia.

In chiave meramente retorica, va detto poi che, in senso contrario, se si dovesse ritenere che la tutela dell'embrione sia prevalente in ogni senso, allora non si dovrebbe poter ammetterne la crioconservazione, che conduce a inevitabile estinzione: così in effetti prevedeva la legge n. 40 nella versione originaria, la quale aveva sì dei limiti strutturali resi evidenti dalle successive pronunce demolitorie, ma aveva altresì una sua coerenza interna, che la stessa, oggi, non ha più. Sempre nella prospettiva adottata della prevalenza *per la vita* degli embrioni, e di nuovo provocatoriamente, si dovrebbe assumere che, accolta la loro

[37] Detta complessità è ben ricostruita, recentemente da S. Perrino, *Gli statuti giuridici degli embrioni umani. Nel processo della vita nascente,* Pisa, Pacini giuridica, 2023, 105 ss.

crioconservazione, se ne dovrebbe accettare non già l'utilizzo per finalità di ricerca (peraltro, come è noto, anch'esso vietato), ma certamente la possibilità di adozioni prenatali.

In ogni caso, pare evidente, l'assetto prescrittivo con tutti i suoi impliciti, alcuni dei quali però caduti insieme alle norme di riferimento, non è più in grado di dispiegare effetti di senso e chiederebbe d'essere rivisto per evitare le contraddizioni interne ormai manifeste, anche nella prospettiva delle procreazioni *post mortem* e post legame.

§ 4. – *Qualche prospettiva futura alla luce di un'interpretazione alternativa*

Questa ricostruzione, distruttiva e volutamente provocatoria, è volta a rimarcare l'inadeguatezza di una disciplina che è ormai erosa nei suoi fondamenti teorici, la cui "impalcatura" giuridica non esiste pressoché più, ma se ne mantengono alcuni profili, talvolta solo degli effetti diretti o indiretti, i quali però faticano a trovare uno spazio coerente di senso.

Una disciplina, quella che ne residua, che non contempla ormai più nella sua struttura, pur però prevedendolo come effetto diretto, ancorché ormai non voluto, che il tempo fra fecondazione e impianto possa essere ampliato in termini di anni, non considerando al contempo che gli eventi nel frattempo intercorsi possono mutare significativamente le relazioni affettive e personali, i contesti di riferimento come pure le aspirazioni e i desideri di una coppia, che può non essere più coppia.

In questo senso, la struttura normativa ancora esistente mantiene una esplicita estremizzazione del consenso, in punto di limite temporale alla revoca, che aveva un significato in una dimensione argomentativa che non esiste più: quella di una ridotta temporalità, la quale, a sua volta, comprendeva le fasi iniziali di accesso della coppia e il termine dei sette giorni, l'avvio delle procedure terapeutiche di stimolazione ormonale della donna per la produzione dei *suoi* e *soli* tre embrioni e il successivo impianto; il tutto in una occorrenza stringente e non soggetta a sbavature temporali o strutturali.

Tutto questo, come più volte evidenziato, è stato sostituito da un modello soggetto a diverse eventualità: la sovrapproduzione embrionaria, se necessaria, e di qui la crioconservazione; l'impianto di uno o più embrioni, a seconda del quadro clinico della donna così come valutato discrezionalmente dal medico; il successivo e i successivi impianti, dopo il primo e i primi fallimenti, assolutamente fisiologici, come dimostrato dalla letteratura scientifica in punto; un tempo, quindi,

potenzialmente molto dilatato, che consente accessi alla tecnica anche dopo anni rispetto alla crioconservazione degli embrioni.

Queste significative modificazioni sono però contemplate all'interno di una disciplina che conserva unicamente la norma sul consenso revocabile, confinando la volontà dei soggetti alla fecondazione dell'ovulo, quindi fino alla creazione degli embrioni, in una cornice di senso non più esistente. Si tratta eventualmente di comprendere se il confine tuttora radicato all'interno dell'art. 6 possa ancora essere giustificato all'interno del sistema costituzionale o possa subire una rivalutazione secondo una logica che sappia andare anche oltre il margine della legge n. 40 del 2004, pur nell'evidenza che detto confine sia ancora inequivocabilmente vigente.

Come asserito recentemente dalla Corte costituzionale[38], con una posizione perentoria, non solo il venir meno della convivenza tra le parti non rileva ai fini delle condizioni richieste dall'art. 5, comma 1, sui requisiti soggettivi necessari per «accedere» alle tecniche, ma anche «l'esercizio dello "*ius poenitendi*" resterebbe, infatti, contenuto entro un limite temporale costituito dalla fecondazione dell'ovocita; ciò anche per tutelare l'interesse della donna, "che ha nutrito affidamento nella concorde volontà di accedere al non agevole percorso della PMA che, per obiettive ed indiscutibili ragioni, proprio per la donna comporta un particolare e più gravoso impegno, con assoggettamento a procedure particolarmente invasive, anche chirurgiche e farmacologiche, già nella fase prodromica a quella della fecondazione"».

L'assetto così ricostruito in tema di procreazioni assistite, quindi, dovrebbe poter derogare allo statuto giuridico del consenso informato, cedendo ad un principio dell'affidamento della donna, da tutelare in ragione della maggiore complessità e invasività di queste tecniche. Eppure, la norma di cui all'art. 6, che delimita un ambito di intervento comunque riconducibile alla categoria degli interventi sanitari di carattere terapeutico, si colloca all'interno di un contesto culturale-giuridico profondamente mutato in punto di autodeterminazione e relazione medico-paziente. Lasciando da parte la già menzionata disciplina in tema di disposizioni del proprio cadavere, di cui alla legge n. 10 del 2020, sostengono i principi e i fondamenti delle disposizioni del sé corporale, in primo luogo, la legge n. 219 del 2017, la quale conferma come il consenso debba essere libero, consapevole, informato, tendenzialmente attuale, certamente attendibile, sempre revocabile: e ciò non solo rispetto agli interventi terapeutici, ma anche con riferimento alla pianificazione anticipata delle cure e alle disposizioni anticipate di trattamento.

[38] Si tratta sempre della pronuncia della Corte costituzionale 24 luglio 2023, n. 161, cit.

Il dibattito odierno in materia di autodeterminazione, come di cure palliative[39], fino ai profili del fine-vita, persino minorile[40], resta governato da questo modello assiologico, all'interno del quale dovrebbe poter essere ricompresa anche la procreazione assistita. Proprio questa tecnica, pur con tutte le sue peculiarità, vede nel consenso condiviso e nella comunanza di intenti i presupposti per avviare la pratica e, simmetricamente, in quella prospettiva dovrebbe conformarsi anche il divenire, salvo naturalmente quanto disposto in tema di contestazione dei legami, di cui all'art. 9 della l. n. 40/2004, rispondente però ad un principio di responsabilità per la procreazione e di tutela del nato da procreazioni assistite.

Questo andamento dovrebbe sostenersi sia nell'idea di una possibile rilettura dell'impianto normativo del suo complesso per le procreazioni *post mortem*, dove la volontà in ordine alla finalizzazione della procreazione con embrioni già costituiti deve essere rilevante nel senso positivo, così come nel suo opposto; sia, in prospettiva futura *de iure condendo*, per i gameti crioconservati: anche qui, per acconsentire all'uso successivo alla propria morte da parte della partner, come, a maggior ragione, per negarlo. Ma la stessa visione si potrebbe allargare anche alle ipotesi di procreazioni post legame o a crisi in atto, mediante l'accesso a embrioni crioconservati, a fronte, nel primo caso, dell'assenza formalizzata di un legame di coppia; nel secondo, a prescindere da detta formalizzazione, stante l'inevitabile connotazione ricattatoria che può avere la pretesa all'impianto della donna, incontenibile in alcuna forma giuridica che ne limiti o condizioni l'esercizio.

Va poi considerato, in senso più ampio, che non è necessario che la coppia entri in crisi perché rilevino situazioni o eventi successivi, che possono mutare il progetto procreativo: è sufficiente una malattia, la perdita del lavoro, nuove prospettive di realizzazione personale.

Sarebbe forse il tempo per una rimeditazione dell'assetto complessivo della legge n. 40, ormai priva della sua struttura originaria, in considerazione del mutamento complessivo, che è sociale oltre che giuridico, rispetto ad una disciplina fondata su divieti e sanzioni. Sarebbe forse da trovare una nuova definizione normativa, come ha tentato di fare la Spagna, che collochi il bilanciamento dentro parametri ragionevoli ma più chiari: sul consenso o dissenso all'uso di tutto il materiale riproduttivo, in primo luogo e sui requisiti formali (*id est* mediante atto pubblico, testamento o DAT) per dare rilevanza

[39] T. Pasquino, *Le cure palliative nel prisma del diritto alla salute dei malati terminali*, in *Resp. medica*, 2017, 79.

[40] A. Cordiano, *Il fine vita pediatrico tra categorie classiche e approdi del diritto minorile. Osservazioni a margine del documento del Comitato etico per la pratica clinica pediatrica dell'Azienda ospedaliera-Università di Padova*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2024, 33.

alla volontà manifestata; ma anche sulla tempistica di revocabilità del consenso, che però tenga conto anche di eventi paradigmatici, come una crisi di coppia o, a maggior ragione, come un decesso, ad esempio individuando un tempo massimo dalla morte del partner entro cui chiedere l'impianto; ancora, sulla possibilità di una rinnovazione del consenso prima dell'impianto, consentendone la revoca, unilaterale o paritetica, dopo la fecondazione, per le ipotesi di crisi coniugale o di progetti o situazioni mutate.

Questa prospettiva, oltre a conferire una maggiore certezza al quadro giuridico, eviterebbe disquisizioni dal sapore apodittico rispetto al diritto a nascere di embrioni, lasciati però a estinguersi nell'azoto, così come con riguardo alla prevalenza del nascere anche senza un padre (o con un padre che non lo desidera) rispetto al non nascere, definendo piuttosto un bilanciamento fra aspettative genitoriali, consenso e tutela dei nati; consentendo di non frustrare la volontà dei soggetti anche, ma non solo, dopo la morte, e evitando di collocare il minore all'interno di una dimensione familiare nella quale non è stato voluto, o magari è stato il presupposto per una definizione della crisi coniugale.

Abstract

The essay analyzes one of the most pressing issues in the assisted reproduction discipline, namely that of *post-mortem* and post-bond procreation: affected by multiple jurisprudential interventions and at the attention of European disciplines as well, the topic certainly suffers from an original approach of the discipline, which somehow justified the legislator's choices. With the disappearance of some provisions, such as those on the production and implantation of embryos, as well as their cryopreservation, together with a significant cultural progress that has intervened in the meantime on the subject of dispositions of the body, the essay proposes a reinterpretation of procreative techniques *post mortem* and post bond, relocating them within the principles of informed consent and agreement between the parties regarding the continuation, as well as the interruption of the procreative therapeutic process.

III.10. *Continuità degli affetti, procreazione medicalmente assistita* **post mortem** *e destinazione postuma delle cellule riproduttive*

di Leonardo Dani*

Sommario: § 1. – Premessa: la rilevanza del profilo affettivo nel fenomeno successorio. § 2. – Fecondazione *post mortem* e continuità degli affetti: critica. § 3. – Autonomia privata e destinazione postuma dei gameti.

§ 1. – *Premessa: la rilevanza del profilo affettivo nel fenomeno successorio*

La morte non fa sorgere solo l'esigenza di colmare la vacanza di titolarità delle situazioni giuridiche che facevano capo al *de cuius*, perché altre e diverse possono essere le istanze nascenti al momento dell'apertura della successione. Infatti, nell'attuale sistema ordinamentale, caratterizzato dalla centralità della persona e dei suoi interessi anche non patrimoniali[1] si pone, tra le altre, l'esigenza di tutelare i sentimenti di affetto di coloro che erano legati al defunto da un particolare rapporto di comunione di vita e spirituale.

Di siffatta tendenza sono espressione alcuni non trascurabili istituti tipici del diritto delle successioni, caratterizzati proprio dalla rilevanza che assume il profilo affettivo nel riconoscimento di una posizione di vantaggio in capo al beneficiario. Si pensi, ad esempio, ai diritti di abitazione della casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano attribuiti al coniuge superstite *ex* art. 540, comma 2, c.c., la cui *ratio* risiede nell'esigenza di garantire la conservazione degli affetti e la continuità di vita nell'ambiente condiviso con il defunto[2]. Oppure, si tenga a mente l'istituto dell'affidamento delle

* Università degli Studi di Firenze.

[1] Cfr., per tutti, P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, ESI, 1972; Idem, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 ss.; N. Lipari, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, Studium, 2004; S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007. Con riferimento specifico al fenomeno successorio, *v., ex multis*, P. Perlingieri, *Relazione conclusiva*, in Aa.Vv., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria. Atti del 11° Convegno Nazionale SISDiC 5-6-7 maggio 2016*, Napoli, ESI, 2017, 516; G. Resta, *L'oggetto della successione – I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, Giuffrè, 2009, 729 ss.; G. Perlingieri, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità del testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, II, 459 ss.

[2] Cfr., *ex multis*, A. Gargano, *Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e abitazione*, in *Riv. notariato*, 1980, 1621 ss.; C. Coppola, *I diritti d'abitazione e d'uso spettanti* ex

ceneri ai familiari del *de cuius* (cfr. art. 3, comma 1, lett. *e)*, l. 30 marzo 2001, n. 130), che è diretto a consentire ai beneficiari di rendere onore alla memoria del caro estinto e preservare il legame affettivo che la morte altrimenti spezzerebbe.

Inoltre, proprio recentemente il legislatore ha riconosciuto a determinati soggetti il diritto di accedere ai dati personali del defunto per «ragioni familiari meritevoli di protezione» (cfr. art. 2-*terdecies*, d.lgs. 101/2018)[3]. Diritto, questo, che, nelle sue prime applicazioni giurisprudenziali, ha consentito di ordinare al c.d. titolare del trattamento di consentire l'accesso a foto, video, ricette o altri scritti del *de cuius* per permettere ai suoi familiari di conservare un ricordo del caro estinto e, così, soddisfare un interesse di carattere esclusivamente morale[4].

Si tratta di alcuni esempi, ma altri potrebbero darsi[5], che testimoniano come nel sistema successorio vengano riconosciute alcune non irrilevanti forme di tutela ai sentimenti di affetto che legavano il defunto con i suoi superstiti e la cui continuità, dopo la di lui morte, si esprime e risiede in determinate *res*.

In questo contesto, è quindi possibile chiedersi se la continuità degli affetti possa giustificare la consegna, alla vedova o ai familiari, dei gameti che il *de cuius* aveva crioconservato in vita, dato che, come meglio si vedrà, almeno in un caso è stato dato preminente rilievo proprio al profilo affettivo per ordinare detta consegna.

---

lege, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, III, *La successione necessaria,* Milano, Giuffrè, 2009, 101 ss.; D. Poletti, *A proposito del diritto d'abitazione del coniuge superstite (e di interessi creditori)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 404; V. Barba, *La successione dei legittimari*, Napoli, ESI, 2020, 72 ss.; U. Perfetti, *Dei legittimari. Art. 536-564*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca-Galgano, Bologna, Zanichelli, 2021, 121; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, Utet, 2022, 168; T. Rossi, *La riserva a favore del coniuge superstite. Scenari attuali e prospettive evolutive*, Napoli, ESI, 2022, 63 ss.; G. Pacini, *I diritti del coniuge superstite tra successione necessaria e successione legittima*, nota a Cass. civ., Sez. II, 9 febbraio 2023, n. 4008, in *Fam. dir.*, 2023, 4 ss. Nel medesimo senso già Corte Cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Dir. fam. pers.*, 1989, 474, con nota di A. Scalisi, *Famiglia di fatto e diritti successori del convivente* more uxorio.

[3] Sulla norma, si veda, *ex plurimis*, V. Confortini, *Persona e patrimonio nella successione digiale*, Torino, Giappichelli, 2023, *passim*; G. Marino, *Mercato digitale e sistema delle successioni* mortis causa, Napoli, ESI, 2022, 215 ss.; V. Putortì, *Patrimonio digitale e successione* mortis causa, in *Giust. civ.*, n. 1/2021, 163 ss.; M. Cinque, *L'"eredità digitale" alla prova delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/2020, 72 ss.

[4] Trib. Milano, Sez. I, ord. 10 febbraio 2021, n. 95062, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 3, 2021, 560 ss., con nota di S. Bonetti, *Dati personali e tutela* post mortem *nel novellato Codice* privacy*: prime applicazioni*; Trib. Bologna, Sez. I civ., ord. 25 novembre 2021, in *Fam. dir.*, n. 7/2022, 713 ss., con nota di A. Vignotto, *La successione digitale alla luce delle prime pronunce giurisprudenziali italiane*; Trib. Roma, ord. 10 febbraio 2022, in *dejure.it*.

[5] Si pensi, infatti, alla controversa figura della successione nelle carte e nei ricordi di famiglia, la cui disciplina devia rispetto al comune regime successorio proprio in ragione della rilevanza affettiva di dette entità. Sul tema, per tutti, cfr. A. Zaccaria, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, Cedam, 1988, *passim*.

§ 2. – *Fecondazione* post mortem *e continuità degli affetti: critica*

Il tema si inserisce nella complessa questione dell'ammissibilità della procreazione *post mortem*, che, com'è noto, pare trovare un ostacolo nel divieto desumibile dal combinato disposto degli artt. 5 e 12, comma 2 della l. 19 febbraio 2004, n. 40[6].

A tal riguardo, se con riferimento alla possibilità della donna di ottenere l'impianto postumo dell'embrione formatosi quando il partner era ancora in vita pare si sia raggiunta, in dottrina e in giurisprudenza, una sostanziale unanimità di vedute[7] (peraltro avvallata dalle più recenti Linee Guida sulla procreazione medicalmente assistita[8]), non pochi dubbi sorgono nel caso in cui l'uomo muoia prima della fecondazione dell'ovulo[9] e la donna chieda di poter ottenere la consegna dei

[6] Allo stato, la questione può utilmente porsi solo con riferimento alla morte dell'uomo, perché in caso di morte del partner di sesso femminile la procreazione *post mortem* presupporrebbe il ricorso alla maternità surrogata, rendendo la fattispecie illecita non solo ai sensi delle norme citate, ma anche *ex* art. 12, comma 6, l. 40/2004. In merito, cfr. M. Faccioli, *La procreazione assistita* post mortem *tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2015, 211; A. Marchese, *La fecondazione* post mortem: *irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, in *Riv. dir. comp.*, 2018, 211; A. Valongo, *Profili evolutivi della procreazione assistita* post mortem, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 535 ss.

[7] In questo caso, infatti, si ritiene che sull'asserito diritto del nascituro alla bigenitorialità – che ha ispirato la previsione dei requisiti soggettivi di accesso alla p.m.a. – prevalgano le istanze di tutela dell'embrione nella sua aspettativa alla vita e il diritto della donna all'autodeterminazione in ambito familiare. Pertanto, nell'ipotesi di decesso del partner maschile (così come, in ambito *inter vivos*, di revoca del consenso da parte dell'uomo conseguente alla crisi della coppia, cfr. Corte Cost. 24 luglio 2023, n. 161, in *cortecostituzionale.it*; Trib. S.M. Capua Vetere, ord. 27 gennaio 2021, in *biodiritto.org*; Trib. S.M. Capua Vetere, ord. 11 ottobre 2020, *ivi*) la donna mantiene il diritto a ottenere il trasferimento intrauterino degli embrioni. In giurisprudenza, cfr. Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, in *Fam. dir.*, 1999, 384 ss., con nota di G. Cassano, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale* post mortem; Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, in *Fam. dir.*, 2015, 488, con nota di A. Scalera, *Sulla legittimità dell'impianto* post mortem *di embrioni crioconservati*; Trib. Messina, 28 settembre 2017, in *Foro it.*, 2019, c. 1430; Trib. Bologna, 25 agosto 2018, *ivi*; Trib. Lecce, 24 giugno 2019, in *Fam. dir.*, 2020, 949 ss., con nota di I. Barone, *Procreazione* post mortem *e* status filiationis; Cass., 14 maggio 2019, n. 13000, in *Dir. fam. pers.*, n. 3/2019, 1143 ss., con nota di F. Zappatore, *Fecondazione omologa c.d.* post mortem*: regole e principi di determinazione dello* status filiationis *in una recente pronuncia di legittimità*. In dottrina, cfr., oltre agli autori già citati e senza pretesa di esaustività, M. Faccioli, *Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte* dell'uomo, in *Persona e mercato*, n. 2/2021, 361 ss.; G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 104 ss.; A. Natale, *I diritti del soggetto procreato* post mortem, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 523; M. Sesta, *Procreazione medicalmente assistita, in Enc. Giur. Treccani*, XXVII, 2004, 8 ss.; M. Rizzuti, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2015, 38 ss.; F. Azzarri, *I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita*, in *Familia*, 2019, 576 ss.; A. Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, ESI, 2017, 59 ss.; S.P. Perrino, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *BioLaw Journal*, 2020, 237 ss.; C. Petta, *Procreazione medicalmente assistita* post mortem*,* status filiationis *e diritti successori del nato*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, dicembre 2022, 1018 ss.

[8] *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, emanate con D.M. 20 marzo 2024.

[9] L'espressione «fecondazione *post mortem*» fa riferimento all'ipotesi in cui l'uomo muoia prima che l'ovulo della donna sia stato fecondato, ma dopo aver prestato il proprio consenso al congelamento dei gameti e al loro utilizzo nell'ambito di una procedura di p.m.a. avviata con la partner. Tale ipotesi, come descritto nel testo, va distinta dall'impianto

gameti crioconservati del *de cuius*, al non sempre celato fine di portarli all'estero, in un Paese ove la fecondazione *post mortem* è consentita[10].

La questione è stata anche recentemente posta all'attenzione della Corte Edu, che ha escluso la contrarietà all'art. 8 CEDU dei provvedimenti con cui l'autorità giudiziaria francese, in ossequio a quanto previsto dagli artt. artt. L. 2141-2 e L. 2141-11-1 del *Code de la santé publique*, aveva negato alle ricorrenti la possibilità di esportare i gameti e/o gli embrioni del partner defunto al fine di procedere con la procreazione postuma[11].

A ben vedere, anche a livello interno sono rinvenibili alcune decisioni di merito sul tema (oltre ad almeno un ricorso attualmente pendente[12]) che, da un lato, dimostrano come la questione sia particolarmente avvertita già sul piano sociale e, dall'altro, mettono in luce la complessità del tema, che coinvolge tanto la teorica sui beni e sui diritti della personalità, quanto il diritto delle successioni.

Non pare un caso, infatti, che, nel 2013, il Tribunale di Roma, di fronte alla richiesta dei genitori del defunto di ottenere, nella loro qualità di eredi, la consegna del seme del *de cuius* per avere «una reliquia» del caro estinto, abbia accolto la domanda, dando prevalenza al profilo materiale dei gameti, sui quali insisterebbe, secondo i Giudici, un diritto di proprietà che, nonostante le peculiarità della *res*, si trasmetterebbe secondo i meccanismi tipici del diritto successorio[13]. Ai fini della presente indagine, appare significativa la precisazione per cui,

---

postumo, ove a venire in rilievo è la tutela dell'embrione e il diritto della donna all'autodeterminazione nelle scelte generative. Le incertezze sulla fecondazione *post mortem* non sorgono solo nel caso in cui l'uomo abbia congelato il proprio seme dopo aver avviato la p.m.a. insieme alla partner e, prima del concepimento, venga a mancare; in realtà, i dubbi nascono anche nell'ipotesi di *medical freezing*, cioè il prelievo e la crioconservazione del seme attuati allo scopo di riservarsi una chance di procreare qualora la persona debba sottoporsi a trattamenti terapeutici che potrebbero compromettere la sua fertilità.

[10] Alcuni Stati europei ammettono queste pratiche. In Spagna, la *Ley de técnicas de reproducciòn humana asistida* (legge 14 giugno 2006, n. 14), all'art. 9 consente il ricorso alla fecondazione *post mortem* entro dodici mesi dalla morte del marito e purché quest'ultimo abbia disposto, per testamento o atto pubblico, che il suo seme venga utilizzato a tal fine. In Grecia la fecondazione *post mortem* può essere praticata, su autorizzazione del giudice, entro un anno dalla morte dell'uomo, in presenza di una malattia di quest'ultimo o del rischio di suo decesso e comunque purché egli abbia prestato il consenso in apposito atto notarile (cfr. art. 1457, codice civile greco). Sul tema, per ulteriori spunti, A. Valongo, *Nuove genitorialità*, cit., 63-64.

[11] Cfr. Corte Edu, sez. V, 14 settembre 2023, *Baret e Caballeto c. Francia*, nn. 2296/20 e 37138/20, reperibile all'indirizzo *https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-Baret-e-Caballero-v.-Francia-divieto-di-fecondazione-post-mortem-e-di-trasferimento-dei-gameti-e-degli-embrioni*.

[12] Nel periodo di elaborazione del presente contributo è infatti pendente, presso il Tribunale di Firenze, il ricorso *ex* art. 700 c.p.c. presentato dalla compagna di un ragazzo deceduto nel 2019, che chiede la consegna dei gameti da quest'ultimo crioconservati prima di sottoporsi, negli ultimi mesi di vita, a chemioterapia. La notizia è riportata da La Repubblica ed è reperibile all'indirizzo *https://firenze.repubblica.it/cronaca/2024/02/01/news/firenze_battaglia_legale_sperma_congelato_compagno_morto-422025153/*.

[13] Trib. Roma, Sez. II, 28 giugno 2013, n. 14146, in *Nuovo dir. civ.*, I, 2016, 139 ss., con nota di D. Farace, *Proprietà dei gameti umani e successione* mortis causa.

in assenza di un apprezzabile interesse della clinica sanitaria a conservare i gameti una volta morto il donatore[14], andrebbe privilegiato l'interesse dei ricorrenti ad avere «una reliquia» del defunto, in modo simile a quanto avviene per l'affidamento delle ceneri[15]. Il che significa aver dato rilevanza proprio al profilo affettivo, *rectius* alla continuità dell'affetto, che i superstiti provano nei confronti del defunto e che, dopo la di lui morte, si esprime e risiede nei gameti.

Secondo questa logica[16], il fenomeno successorio e quindi la consegna della provetta contenente i gameti – giustificata anche sulla base della predetta valenza affettiva – non verrebbero inibiti dal divieto *ex* comb. disp. artt. 5 e 12, comma 2, l. 40/2004, perché tale proibizione verrebbe in gioco solo nell'ipotesi in cui gli eredi realizzassero la pratica ritenuta vietata (la fecondazione *post mortem*) e dunque, se del caso, in un autonomo giudizio vertente proprio sulla violazione del divieto.

Tale decisione suscita dubbi e perplessità perché pare attribuire rilievo assorbente alla circostanza che i gameti, da un punto di vista meramente fisico, sono delle *res* dotate di materialità. Alla base di tale impostazione, è possibile scorgere, infatti, un'eccessiva semplificazione, riconducibile all'adesione a quegli orientamenti che, soprattutto in passato, consideravano le parti staccate del corpo – quali sono gli spermatozoi o gli ovociti[17] – dei beni mobili oggetto di diritto di proprietà in capo al soggetto dal quale provengono e pertanto soggetti alle regole circolatorie proprie di tale diritto[18].

[14] Tale interesse pare in effetti mancante, come dimostrato dal fatto che, nei moduli di consenso informato prodromici alla crioconservazione del materiale riproduttivo, le cliniche sono solite inserire una clausola che prevede la distruzione dei gameti per il caso di sopravvenuto decesso dell'interessato. Per alcuni spunti sulle c.d. clausole di distruzione, sia pure al di fuori del fenomeno successorio, sia consentito rinviare a L. Dani, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, nota a Trib. Nola, 28 dicembre 2022, in *Dir. fam. pers.*, n. 4/2023, 1612 ss.

[15] Anche se, in questa ipotesi, l'affidamento delle ceneri spetta *iure proprio* e non *iure successionis*, dato che è accordato ai familiari del defunto indipendentemente dalla loro qualità di eredi.

[16] Che altro non pare se non un artifizio per eludere il divieto di fecondazione *post mortem*.

[17] Anche la giurisprudenza penale della Corte di Cassazione (sent. n. 37818 del 30 dicembre 2020, in *cortecassazione.it*) pare porsi in questa prospettiva. Infatti, è stata qualificata come reato di rapina – e dunque reato contro il patrimonio – l'asportazione violenta di ovociti dal corpo di una donna dissenziente, al fine di utilizzarli in futuri interventi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. A supporto di tale soluzione, la Suprema Corte ha qualificato gli ovociti, una volta separati dal corpo, alla stregua di «cose mobili» oggetto di detenzione in capo alla vittima fino all'asportazione e, dopo, di impossessamento da parte del personale medico. Sulla decisione, *v.* A. Vallini, *La sottrazione violenta di ovociti e le torsioni del "tipo criminoso"*, in *Giur. it.*, 2021, 1732 ss.; M. Formica, *Un'inedita forma di rapina: la sottrazione violenta di cellule gametiche*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 11/2021, 1502 ss.

[18] A. Ravà, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, in *Riv. it. Sc. giur.*, 1901, 192 ss.; F. Carnelutti, *Problema giuridico della trasfusione del sangue*, in *Foro it.*, 1938, IV, c. 89 ss.; M. Pesante, voce *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, 660 ss.; A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, Giuffrè, 1982, 178 ss., il quale, oltre a ritenere che la persona possa trasferire la proprietà delle parti *già* staccate del proprio corpo, apre anche a trasferi-

Tuttavia, al di là del fatto che la configurabilità di un diritto di proprietà sui gameti pare difficilmente immaginabile, quantomeno perché i poteri esercitabili su tali entità sono diversi e senz'altro più limitati rispetto a quelli definiti dall'art. 832 c.c. – com'è a dirsi, in particolare, per il divieto di farne oggetto di atti dispositivi onerosi[19] – l'impostazione adottata dalla citata decisione non pare condivisibile perché non tiene in adeguata considerazione né la relazione persona-gameti, né il regime cui sono sottoposte tali entità.

Infatti, se si ha riguardo alla natura del rapporto che si instaura tra la persona e le proprie cellule riproduttive – in particolare quando queste vengano prelevate e crioconservate nell'ambito di una procedura di p.m.a. o in vista di un futuro accesso a tale pratica – è dato rilevare che esso si caratterizza per la prevalenza – se non addirittura l'esclusività – di interessi[20], quelli inerenti alla procreazione, che esclu-

menti di beni futuri, ossia di quelle parti del proprio corpo che non si sono ancora separate (181); O.T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, Giuffrè, 1982, 602; G. Criscuoli, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, in *Dir. fam. pers*., 1985, 266 ss.; M. Dogliotti, *Le persone fisiche*, in P. Rescigno (diretto da) *Tratt. dir. priv*., II, *Persone e famiglia*, t. I, Torino, Utet, 1999, 111 ss.; D. Carusi, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1998, 1 ss.

[19] Divieto, questo, desumibile non solo dalla l. 40/2004 (cfr. art. 12, comma 6), ma, in generale, dall'impianto assiologico vigente in materia di atti di disposizione del proprio corpo e delle sue parti. In questo senso depongono, innanzitutto, la Convenzione di Oviedo (cfr. art. 21) e la Carta di Nizza (art. 3, comma 2, *lett. c*) ma anche le leggi che, nel corso degli anni e in maniera frammentaria, hanno disciplinato le varie ipotesi di atti di disposizione del corpo animato. Infatti, già la l. n. 458/1967 sul trapianto di rene tra viventi, all'art. 2, comma 4 prevede che la dichiarazione di assenso al prelievo sia a titolo gratuito, necessariamente pura, nonché incapace di far sorgere diritti di sorta del donatore nei confronti del ricevente, e, all'art. 6, statuisce che eventuali pattuizioni che prevedano la corresponsione di un compenso in denaro o altra utilità in favore del disponente siano nulle. La successiva l. 16 dicembre 1999, n. 483 ammette la possibilità di disporre del lobo del fegato ai fini del trapianto, purché a titolo gratuito (art. 1). In materia di prelievo delle cellule staminali, midollari e periferiche a scopo di trapianto, la l. 6 marzo 2001, n. 52, all'art. 4 prevede che la donazione di midollo osseo è atto gratuito. Parimenti, la disciplina della sperimentazione clinica di medicinali stabilisce il divieto di «offrire, elargire o richiedere incentivi o benefici per la partecipazione dei soggetti alla sperimentazione clinica» (art. 1, comma 5, d.lgs. 211 del 24 giugno 2003). Alquanto incisiva è anche l'affermazione di cui alla legge sulla trasfusione del sangue e sul trapianto di cellule staminali, midollari e periferiche (l. 21 ottobre 2005, n. 219) che, dopo aver previsto che le attività trasfusionali si fondano su un atto di disposizione gratuito, prevede all'art. 4 che «il sangue umano non è fonte di profitto». Infine, il Codice del Terzo Settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117), all'art. 17, comma 4, esclude addirittura il rimborso spese per le attività di volontariato aventi ad oggetto la donazione di sangue e di organi.

[20] Del resto, anche la scelta normativa di impedire che i gameti possano costituire fonte di lucro, oltre a indurre a ritenerli delle *res* prive di valore patrimoniale (cfr. L. Di Bona, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, ESI, 2000, 26-27 e 209 ss.; V. Barba, *Campioni biologici e atto di ultima volontà*, in D. Farace (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, num. spec di *Diritto Mercato Tecnologia*, 2016, 227), mette in luce una precisa scelta valoriale dell'ordinamento, tesa a conformare la natura degli interessi che caratterizzano il rapporto tra la persona e le proprie cellule riproduttive, estromettendo da essi ogni connotazione patrimonialistica. In altri termini, tale scelta ordinamentale è diretta a evitare che sui gameti (e, più in generale, sulla quasi totalità delle parti del corpo umano) possano assumere giuridico rilievo finalità di natura lucrativa o economica connesse a una logica di scambio, perché l'ordinamento ritiene tutelabili solo interessi di natura esclusivamente personale in relazione a tali entità (sulla rilevanza dell'interesse nel

dono la fungibilità soggettiva nella titolarità del diritto richiesta dal fenomeno ereditario e, dunque, anche il possibile subentro di terzi (gli eredi) nella medesima posizione giuridica del *de cuius*[21].

Non solo, ma anche la mutazione della destinazione del seme da unità procreativa a «reliquia» del defunto – e dunque la presunta rilevanza affettiva di tale entità – non pare poterne giustificare la consegna agli eredi, perché tale conversione si scontra con le regole che governano l'uso e la circolazione dei gameti. Infatti, il regime di circolazione di tali entità – e, più in generale, dei campioni biologici umani – si fonda sul c.d. principio di finalità[22], per il quale le possibilità di disposizione e d'impiego dei gameti sono limitate a ciò di cui la persona sia stata adeguatamente informata e per cui abbia espresso il proprio consenso libero e specifico – purché, naturalmente, si tratti di impieghi rispettosi della natura del bene[23] e dei limiti imposti dalla legge[24].

In altri termini, il consenso originariamente prestato dall'interessato circoscrive i poteri del terzo sui gameti e limita gli utilizzi per i

rapporto tra persona e *res*, *v.* M. Costantino, *I beni in generale*, in P. Rescigno (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, *Proprietà*, t. 1, Torino, Utet, 1982, 9, ad avviso del quale «il contenuto delle situazioni soggettive private non consiste mai in un interesse assolutamente egoistico: tutti gli interessi sono selezionati e tipizzati dall'ordinamento, non dal soggetto che afferma di esserne il portatore»).

[21] Il fenomeno ereditario, infatti, presuppone che la situazione giuridica oggetto di devoluzione sia indifferente alla mutazione soggettiva di titolarità. Cfr., *ex multis*, G. Grosso e A. Burdese, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, Utet, Torino, 1977, 14; G.B. Ferri, *Successioni in generale*, *artt. 456-511*, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Roma-Bologna, Zanichelli, 1965, 32 ss.; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, *Parte speciale*, *Successione necessaria*, III ed., in *Trattato dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, Giuffrè, 1992, 178; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, IV ed., t. I, Milano, Giuffrè, 2015, 32 ss.

[22] Il fondamento del principio di finalità – già espresso in materia di trattamento dei dati personali (cfr. art. 5, par. 1, Reg. UE n. 679/2016, su cui *v.*, per tutti, G. d'Ippolito, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra Data Protection e Antitrust. Il caso dell'uso secondario di Big Data*, in *Dir. inform.*, 2018, 943 ss.) e di tutela del diritto all'immagine (cfr. M.A. Urciuoli, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, ESI, 2000, 142 ss.) – può rinvenirsi, in questa materia, nell'art. 22 della Convenzione di Oviedo e nell'art. 170-*bis*, comma 3 del codice della proprietà industriale.

[23] Non si dubita che i gameti siano il punto di riferimento oggettivo di situazioni giuridiche soggettive. Infatti, come da tempo affermato, tale idoneità prescinde dalla possibilità di formare oggetto di diritti reali, in quanto guarda alle porzioni della realtà materiale funzionali alla soddisfazione di interessi meritevoli di tutela (M. Allara, *Le nozioni giuridiche fondamentali del diritto civile*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 285; O.T. Scozzafava, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. naz. Not.*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, ESI, 2007, 26 ss.; P. Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 331-333 e 337). Ciò che tuttavia ci sembra di dover mettere in evidenza è che i gameti sono sì beni, ma in un'accezione diversa da quella tradizionalmente ricondotta alla nozione di cui all'art. 810 c.c. la quale, come noto, si riconnette alle utilità economiche che una determinata *res* è in grado di offrire (cfr. F. De Martino, *Sub art. 810 c.c.*, in *Commentario del Codice civile* Scialoja-Branca, *Libro terzo. Della proprietà*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1964, 1; P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, Jovene, 1996, 236 ss.).

[24] In questo senso, Trib. Modena, sent. 8 maggio 2020, in Ondif – Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia, 20 luglio 2020, reperibile all'indirizzo *https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17509334/illegittima-la-consegna-dei-gameti-criooconservati-alla-vedo.html*. Per ulteriori approfondimenti su questi aspetti, si consenta di rinviare a L. Dani, *Lo statuto e la destinazione dei gameti tra interessi personali e patrimoniali*, in *Familia*, n. 1/2024, 85 ss.

quali tali entità possono essere impiegate. Così, salvo che il disponente non muti la propria determinazione, la destinazione dei gameti resta quella impressa *ab initio*, né può variare in conseguenza della morte della persona.

Ponendosi in questa prospettiva, la consegna agli eredi del materiale riproduttivo è preclusa proprio dal principio di finalità cui è informato il regime giuridico dei gameti, dato che, da una parte, il loro impiego *post mortem* per finalità procreative contrasterebbe con il divieto di cui agli artt. 5 e 12, l. 40/2004, e, dall'altra, l'uso di tali entità come ricordo del defunto – per quanto possa apparire apprezzabile – fuoriuscirebbe dal perimetro operativo del consenso informato, non potendo giustificare, dunque, un uso del seme diverso da quello autorizzato dall'interessato.

§ 3. – *Autonomia privata e destinazione postuma dei gameti*

Occorre chiedersi, dunque, quali siano i margini operativi dell'autonomia privata in questo ambito e, in particolare, se l'interessato possa imprimere una qualche destinazione postuma ai propri gameti.

Al riguardo, una prima ipotesi che si presenta all'attenzione dell'interprete è quella in cui la persona disponga, per testamento, che il proprio seme debba essere consegnato alla moglie o ad altro erede, senza specificare l'impiego che il beneficiario potrà fare del materiale riproduttivo[25].

È dato rilevare, però, che una simile disposizione non sarebbe idonea a integrare gli estremi di un consenso informato dotato della specificità necessaria per mutare la destinazione originariamente impressa ai gameti, perché mancante dell'indicazione relativa alla finalità dell'impiego[26]. Tale atto, infatti, non consentirebbe di conoscere le intenzioni del *de cuius* circa l'uso che il destinatario potrà fare del materiale biologico e dunque anche l'eventuale contrarietà della funzione dell'atto con il divieto di fecondazione *post mortem*[27].

[25] Si tratterebbe di una disposizione attributiva a titolo particolare, una sorta di legato a contenuto non patrimoniale (cfr. A. Trabucchi, *Legato (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, Utet, 1963, 612, il quale pare ammettere che il legato possa avere anche un contenuto non patrimoniale qualora l'oggetto della disposizione soddisfi comunque un interesse dell'onorato).

[26] In questo senso, Trib. Modena, cit.

[27] In generale, un atto di tal fatta renderebbe assai arduo il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dal disponente. Sulla necessità che tale controllo sia svolto in concreto, *v.*, in particolare, P. Perlingieri, «*Controllo*» *e* «*conformazione*» *degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 204 ss.; Idem, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 317 ss.; G. Perlingieri, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., 500 ss.; V. Barba, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, ESI, 2018, 95 ss. e 106 ss.

Per tali ragioni, contrariamente a quanto affermato dal Tribunale di Roma nel 2019[28], una disposizione di ultima volontà meramente attributiva dei gameti non sembra idonea a revocare il consenso precedentemente manifestato e, quindi, a giustificare l'accoglimento della domanda di consegna avanzata dal beneficiario di tale lascito.

Il *de cuius* potrebbe altresì indicare espressamente che la finalità dell'attribuzione è proprio l'utilizzo del seme ai fini di una fecondazione postuma[29]. La disposizione, però, sarebbe tacciabile di nullità per contrarietà alla norma imperativa desumibile dal combinato disposto degli artt. 5 e 12, comma 2, l. 40/2004, oppure per illiceità dei motivi *ex* art. 626 c.c., qualora il fine della procreazione *post mortem* sia qualificabile come motivo della disposizione e rappresenti la ragione (illecita) determinante che ha indotto il testatore a disporre[30].

Sicché, attualmente non pare che una volontà attributiva dei gameti – che oltretutto si tradurrebbe nel conferimento di un potere dominicale pieno, invero affatto insussistente già nella sfera giuridica del disponente[31] – possa dar vita a un fenomeno successorio nella titolarità del diritto, né colmare la sopraggiunta mancanza dei requisiti soggettivi richiesti per l'accesso alla p.m.a. e consentire la consegna del biomateriale ai richiedenti[32].

---

[28] Cfr., Trib. Roma, ord. 8 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, c. 1986 ss.

[29] Ipotesi, quest'ultima, da tempo posta all'attenzione dei giuristi statunitensi, a partire dal noto caso *Hecht v. Superior Court of Los Angeles (Kane)* del 1993 (16 *Cal. Rrtr. 2d*, p. 275 ss.), nel quale un uomo, con disposizione testamentaria, aveva lasciato il proprio liquido seminale alla partner, affinché lo potesse utilizzare per procreare. La *Court of Appeal* della California ha adottato una soluzione di compromesso, perché ha riconosciuto il diritto di proprietà sul seme in capo al *de cuius*, ma, al contempo, ha ritenuto sussistente su di esso un vincolo di destinazione, impresso dalla volontà del defunto, tale per cui la moglie non avrebbe potuto «dare, vendere o disporre in qualsiasi altro modo del lascito […], atteso che esso era stato deliberato dal testatore esclusivamente al fine di concepire un figlio con la signora Hecht e con nessun'altra».

[30] Così, Trib. Modena, cit. Cfr. anche Trib. Roma, ord. 19 novembre 2018, in *Foro it.*, 2019, c. 692 ss. In dottrina, V. Barba, *Campioni biologici e atto di ultima volontà*, cit., 229. *Contra*, invece, E. Giusti, *Il lascito testamentario dei gameti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 1279 ss., la quale, muovendo dalla circostanza che la l. n. 40/2004 si limita a vietare la fecondazione *post mortem* senza statuire alcunché circa la possibilità di disporre dei gameti, sostiene la validità di una siffatta disposizione. Tuttavia, tale opinione non appare condivisibile perché, nonostante l'indifferenza della legge verso la possibilità di disporre *post mortem* dei propri gameti, il divieto di fecondazione *post mortem* è idoneo a incidere non solo sulla concreta realizzazione della pratica, ma altresì sulla validità degli atti che la prevedano.

[31] Infatti, come precisato nel testo, la situazione giuridica avente a oggetto i gameti non può essere qualificata in termini proprietari, perché i poteri del titolare sono ben più ristretti di quelli definiti dall'art. 832 c.c. Al contrario, tale posizione pare più propriamente qualificabile come «diritto al controllo» sull'uso e la destinazione delle cellule riproduttive, ossia un potere di autodeterminazione del soggetto che si esprime attraverso il consenso informato, che è un atto avente natura non già traslativo-attributiva ma autorizzativa. Per ulteriori approfondimenti, *v.* L. Dani, *Lo statuto e la destinazione*, cit., 96 ss. e G. Giaimo, *Il corpo umano tra proprietà e autodeterminazione*, in *Riv. dir. comp.*, Special Issue, 2020, 75 ss.

[32] È possibile ipotizzare, altresì, che, per testamento, la persona stabilisca che, dopo la propria morte, il seme debba essere affidato a taluno come ricordo, dettando così una disposizione assimilabile a quelle aventi a oggetto l'affidamento delle ceneri ai familiari. Tuttavia, pur prescindendo dal fatto che ceneri e gameti sono entità molto diverse tra loro e che ciò

A un'attenta analisi, tuttavia, è possibile individuare alcune ipotesi in cui la volontà dell'interessato – purché sia espressa nel rispetto dei requisiti formali e sostanziali di un consenso specifico, libero, autonomo e informato – possa validamente tradursi in un atto dispositivo *post mortem* del proprio seme.

La persona potrebbe disporre, mediante atto scritto, che i gameti crioconservati vengano destinati, dopo la propria morte, a finalità di formazione, studio e ricerca. Infatti, l'art. 13 della l. n. 40/2004 vieta unicamente la ricerca e la sperimentazione sugli embrioni, mentre tace con riferimento ai gameti, dato che quest'ultimi, a differenza dei primi, non sono dotati di quel grado di soggettività giuridica che, seppur relativa e contingente[33], esclude la liceità di tali attività[34]. Pertanto, nel rispetto dei limiti imposti dalla norma (come, ad esempio, il divieto di selezione a scopo eugenetico o di alterazione del patrimonio genetico del gamete) e dal principio di dignità, è possibile ritenere che una simile volontà possa ricevere riconoscimento e tutela nel nostro ordinamento. Del resto, proprio recentemente è stato riservato un particolare favore alla possibilità di disporre del proprio corpo e dei suoi tessuti[35] per scopi analoghi, come testimonia la recente l. 10 febbraio 2020, n. 10[36] in materia di destinazione del corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica[37].

In realtà anche un'altra ipotesi dispositiva pare ammissibile. Il disponente potrebbe infatti stabilire che, in caso di suo decesso prima

rischierebbe di tradursi in una reificazione della persona incompatibile con i principi fondamentali del nostro sistema, qualora si volesse ammettere una qualche efficacia a tale disposizione, sarebbero necessari degli accorgimenti tecnici per evitare che ciò si traduca in una violazione del divieto di fecondazione *post mortem*. Sicché, il seme dovrebbe essere reso inutilizzabile per finalità riproduttive, ad esempio scongelandolo e consegnandolo solo dopo che sia trascorso il tempo necessario per farlo diventare semplicemente «una reliquia» e non più un'entità dotata di capacità procreative.

[33] In questi termini, M. Rizzuti, *Accordi sulla sorte di embrioni e gameti crioconservati in caso di crisi familiare*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, n. 17 *bis*/2022, 674.

[34] Sul tema, cfr. Corte Cost., sent. n. 84 del 22 marzo 2016, in *biodiritto.org*, ma, altresì, Corte Edu *Parrillo c. Italia* del 27 luglio 2015.

[35] Sulla possibilità di far rientrare la donazione dei gameti alla ricerca nell'ambito operativo della l. 10/2020, *v.* S.P. Perrino, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, cit., 258-259.

[36] Per un commento alla normativa, *v.* L. Ghidoni, *Prime riflessioni sulle disposizioni della salma*, in *Fam. dir.*, 2020, 523 ss.; G. Di Rosa, *La disposizione del proprio corpo* post mortem *a fini didattici e scientifici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 843 ss.; S. Zullo, *Considerazioni etico-giuridiche a margine della Legge 10 febbraio 2020, n. 10 "Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti* post mortem *a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica"*, in *BioLaw Journal*, 2020, 271 ss.; M. Ghione, *Luci e ombre della l. 10/2020 in materia di disposizione del corpo e dei tessuti* post mortem, in *Familia*, 2020, 457 ss.

[37] Sebbene, dal punto di vista concettuale, vi sia una differenza fra cellule – quali sono i gameti – e tessuti, è altresì vero che non mancano ipotesi in cui è lo stesso legislatore ad aver messo sullo stesso piano tali entità, com'è a dirsi, ad esempio, per quanto previsto dall'art. 3, lett. *q*) del d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191 in materia di qualità e sicurezza nel trattamento di cellule e tessuti umani, ove si afferma che gli istituti che conservano le cellule riproduttive devono essere ricompresi tra gli istituti dei tessuti. Cfr. S.P. Perrino, *op. ult. cit.*, 258-259 ed E. Giusti, *op. cit.*, 1284.

del concepimento, i gameti crioconservati debbano essere impiegati per la fecondazione di tipo eterologo[38]. In altri termini, l'atto a causa di morte potrebbe sostituire l'originario consenso informato e risolvere il precedente rapporto per costituirne uno nuovo, nel quale la destinazione impressa ai gameti non sarà più quella originaria (l'impiego per la p.m.a. di tipo omologo, peraltro non più realizzabile) ma una nuova – di stampo solidaristico – e cioè la donazione (*ad incertam personam*) a favore dei terzi che intendano ricorrere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo[39].

Tale disposizione *mortis causa* pare ammissibile non solo per via della funzione solidaristica che la caratterizza[40] e per il mantenimento della funzionalità riproduttiva tipica dei gameti, ma altresì perché essa si mostra rispettosa del divieto di fecondazione *post mortem*, dato che tale proibizione deve ritenersi circoscritta alla sola p.m.a. omologa.

Venendo alle modalità emissive di tali atti, è dato rilevare che, stante la loro natura non patrimoniale, essi potrebbero essere veicolati sia per via testamentaria[41], che mediante atti di ultima volontà diversi dal testamento, cioè atti non sottoposti al formalismo di cui agli artt. 601 ss. c.c.[42], validi, in queste ipotesi, purché rispettino i requisiti formali prescritti per il consenso informato.

In questa prospettiva, è possibile ritenere, infine, che il disponente possa scegliere le destinazioni descritte già all'atto di autorizzazione

[38] Sul tema del consenso alla donazione dei gameti, *v.* M. Basile, *I donatori di gameti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 223 ss.; E. Prascina, *The Prohibition of Gametes' Donation: When the Constitutional Court 'Decides to Decide'*, in *The Italian Law Journal*, 2016, 213 ss.; S.P. Perrino, *Note a margine del D.P.R. 23 Agosto 2019 N. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte Cost. N. 162/2014*, in *BioLaw Journal*, 2020, 311 ss.

[39] Destinazione, questa, che sarà concretamente attuabile qualora siano rispettati i requisiti di cui all'allegato III del d.lgs. n. 16 del 25 gennaio 2010, così come modificato dal d.P.R. 23 agosto 2019, n. 131.

[40] Anche in questa ipotesi, infatti, la volontà dispositiva potrebbe essere ricondotta nell'ambito degli atti solidaristici con cui la persona dispone del proprio corpo *post mortem*, di cui un chiaro esempio è il consenso al prelievo di organi e tessuti *post mortem* a fini di trapianto di cui alla l. 1° aprile 1999, n. 91.

[41] Né a tal fine pare rilevare la circostanza che esse non siano espressamente previste. Si è da tempo chiarito, infatti, che le disposizioni *mortis causa* di carattere non patrimoniale sono ammissibili anche oltre i casi espressamente previsti dalla legge, purché nei limiti di liceità e meritevolezza degli interessi perseguiti dal disponente (cfr., *ex multis*, G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, Giuffrè, 1954, 11 ss.; G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, Cedam, 1995, 21 ss.; G. Musolino, *Disposizioni non patrimoniali di ultima volontà e testamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 965 ss.; V. Putortì, *Disposizioni* mortis causa *a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 787 ss.; G. Perlingieri, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., 500 ss.; V. Barba, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., 95 ss. e 106 ss.). Invero, tali requisiti possono ritenersi sussistenti quando, come nei casi in esame, l'atto trascenda il mero individualismo e si colori di una connotazione solidaristica.

[42] Sull'ammissibilità di atti di ultima volontà diversi dal testamento, *v.* G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico*, cit., 316 ss. e 326 ss.; V. Barba, *Contenuto del testamento*, cit., 141 ss.; G. Perlingieri, *op. ult. cit.*, 504; e, si consenta, L. Dani, *Disposizioni* mortis causa *di carattere non patrimoniale: riflessioni in tema di destinazione del cadavere (l. 10/2020)*, in *Dir. succ. fam.*, 3, 2022, 981 ss.

alla crioconservazione del proprio seme, anche conferendo alla clinica sanitaria l'incarico a curare, dopo la propria morte, la concreta realizzazione della destinazione fissata. Si allude alla possibilità di ricorrere al c.d. mandato *post mortem*, che, come precisato dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti[43], non si pone in contrasto col divieto dei patti successori quando, come nel caso di specie, non ha una funzione attributiva delle sostanze relitte, ma unicamente regolatoria di interessi di tipo non patrimoniale[44], quali sono quelli che caratterizzano il rapporto tra la persona e i suoi gameti.

Abstract

The essay, starting from the relevance of the continuity of emotional ties in the current succession phenomenon, analyzes the possible impact of this continuity on the demand for the delivery of gametes after a man's death. In this context, it criticizes a recent decision that, by considering gametes as a relic of the deceased, granted the heirs' request for their delivery. Thus, the paper questions the possibility of applying inheritance principles to the ownership of gametes, as well as the role of the deceased's dispositive autonomy, identifying certain scenarios in which he may validly regulate his interests in compliance with the prohibition of posthumous fertilization.

[43] Cfr., *ex multis*, V. Putortì, *Disposizioni* mortis causa *a contenuto non patrimoniale*, cit., 787 ss.; Id., *Gli incarichi* post mortem *a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato*, in *Persona e Mercato*, n. 3/2012, 137 ss.; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico*, cit., 122 ss.; G. Bonilini, *Una valida ipotesi di mandato* post mortem, nota a Trib. Palermo, 16 marzo 2000, in *Contratti*, 2000, 1101 ss.; A. Dolmetta, *Patti successori istitutivi, mandato* post mortem, *contratto di mantenimento*, in *Vita not.*, 2011, 453 ss.; F.A. Moncalvo, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 56 ss.; G. Musolino, *Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato* post mortem, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 524 ss. In giurisprudenza, Cass. civ., 9 maggio 1969, n. 1584, in *Foro it.*, 1969, c. 3193 ss.; Cass. civ., 13 marzo 1990, n. 2034, in banca dati *DeJure*; Cass., 23 maggio 2006, n. 12143, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 524, con nota di G. Bonilini, *Iscrizione a «società» di cremazione e mandato* post mortem; Cass., 29 aprile 2006, n. 10035, in *Giur. it.*, 2007, 334; Cass. civ., sez. I, 13 luglio 2022, n. 22180, in banca dati *DeJure*.

[44] Né la validità di un simile negozio pare poter essere messa in discussione dalla regola *mandatum morte finitur* di cui all'art. 1722, n. 4, c.c., dato che essa, contrariamente a quanto previsto con riferimento all'estinzione del mandato in caso di interdizione o inabilitazione del mandante, è posta a tutela di interessi di carattere meramente individualistico e non superindividuale (cfr. V. Putortì, *Il mandato* post mortem, in *Tratt. contr.* dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, XIX, *I contratti di destinazione patrimoniale*, Torino, Utet, 2014, 351 ss.; V. Barba, *Negozî* post mortem *ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimarî: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Riv. dir. priv.*, n. 1/2016, 66-67; L. Ghidoni, *Conferme e novità in tema di mandato post mortem*, nota a Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2018, ord. n. 11763, in *Dir. succ. fam.*, 3, 2019, 942 ss.). In realtà, recentemente è stata prevista, a livello normativo, proprio una ipotesi di mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante: l'art. 2-*terdecies*, d.lgs. 101/2018 ha infatti stabilito che taluni diritti relativi ai dati personali delle persone decedute (quelli di cui agli artt. 15-22 GDPR) possano essere esercitati da parte di chi agisce nell'interesse del defunto in qualità di suo mandatario. Il che induce a ritenere che anche la questione relativa alla compatibilità di tale schema contrattuale con il principio di intrasmissibilità del rapporto agli eredi del mandante possa dirsi ormai risolta.

III.11. *Interpretazione e applicazione giurisprudenziale del divieto di fecondazione* **post mortem**

di Giacomo Mingardo*

Sommario: § 1. – Introduzione. § 2. – Il punto di vista "interno": la giurisprudenza civile. § 3. – Il punto di vista "esterno": le pronunce della Corte di Strasburgo. § 4. – Un divieto ragionevole ma con difficoltà di coordinamento.

§ 1. – *Introduzione*

In occasione del ventennale dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004[1] è possibile tracciare un bilancio relativo al divieto di fecondazione *post mortem*.

Con tale locuzione si fa riferimento a situazioni tra loro differenti accomunate da un minimo comun denominatore: offrire la possibilità di accedere a tecniche di procreazione medicalmente assistita (abbreviata in p.m.a.) alla parte superstite dopo la morte del proprio partner, impiegando gameti ovvero embrioni crioconservati in conformità con la volontà del deceduto. In tal senso, possono realizzarsi tre differenti situazioni: il caso del prelievo dei gameti maschili direttamente dal cadavere dell'uomo, l'inseminazione della donna con lo sperma congelato prima del decesso, oppure l'impianto di un embrione formatosi prima del decesso[2].

La legge n. 40 ha posto un divieto indistinto rispetto a queste tre fattispecie[3]. Non solo l'art. 5 prescrive il requisito della vita di entrambi

* Università degli Studi di Milano.

[1] Legge 9 febbraio 2004, n. 40 «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita». La bibliografia è vastissima. Si veda *ex multis* F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018; B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria della gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017.

[2] R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, Giappichelli, 2004, 175-176.

La descrizione appena fornita fa emergere come il ricorso a tecniche di fecondazione *post mortem* riguardi per lo più la componente maschile della coppia, ben potendosi tali fattispecie applicare in caso di morte della donna; tuttavia, in questo caso sarebbe necessario l'ulteriore ricorso alla tecnica della gestazione per altri. Su quest'ultima fattispecie sia consentito il rinvio a G. Mingardo, *Approdi e partenze: lo stato della gestazione per altri e la prospettiva futura*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, 206 ss.

[3] Tale interpretazione si ritrova nei primi commentari della legge n. 40. Cfr. R. Villani, *op. cit.*, 178.; C. Casini, M. Casini, M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40 «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita». Commentario*, Torino, Giappichelli, 2004, 108;

i componenti, ma anche il successivo art. 12 comma 2 punisce con una sanzione amministrativa pecuniaria chiunque pratichi tali tecniche in violazione dei requisiti indicati[4]. Tuttavia, in forza della clausola di non punibilità contenuta nel successivo comma 8, la sanzione si applica esclusivamente nei confronti del medico e del personale sanitario.

Al fine di comprendere pienamente la *ratio* del divieto, occorre porlo in relazione con l'impianto ideologico della stessa legge. In tale normativa, le tecniche di p.m.a. sono ritenute uno strumento anzitutto sussidiario rispetto alla filiazione biologica, come si può desumere dalle stesse finalità perseguite dalla legge: in base all'art. 1 l'accesso alla p.m.a. è volto a superare l'eventuale sterilità o infertilità dei componenti della coppia solamente nel caso in cui non si dimostrino efficaci altri metodi terapeutici. Risultano, poi, stringenti i requisiti soggettivi per poter intraprendere tale percorso poiché la disciplina della p.m.a. deve ricalcare il modello della procreazione biologica nei canoni della famiglia tradizionale[5]. Infatti, l'art. 5 dispone che vi possano accedere soltanto le coppie, coniugate o conviventi, eterosessuali, in età fertile, in cui entrambi i componenti siano *vivi*.

Da qui, ben si comprende la contrarietà della legge n. 40 rispetto alla tecnica in oggetto. Il legislatore individua in via generale e astratta il miglior interesse del minore[6], il quale si colloca nell'idea che la famiglia naturale – *rectius* tradizionale – sia il luogo più idoneo per il minore dove nascere e poter crescere[7]. Il divieto in questione, quindi, è funzionale a proteggere il bene giuridico della bigenitorialità: il concepito ha diritto di nascere, di crescere e di sviluppare la propria personalità

F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, Giuffrè, 2004, 50-51. *Contra*, F. Naddeo, *Accesso alle tecniche*, in P. Stanzione, G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, Giuffrè, 2004, 70.

[4] Art. 12 comma 2 «Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro». Il successivo comma 9 sancisce inoltre la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti del professionista sanitario condannato per il reato in questione. Per una disamina di tale divieto nell'ottica del diritto penale si veda V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, Giappichelli, 2019, 246 ss.

[5] Cfr. M.C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, in *GenIus*, n. 1/2018, 92.

[6] Critico rispetto a tale prospettiva è E. Lecaldano, *Una legge contro la libertà di procreare*, in *Iride*, n. 3/2002, 469-470. Sul ruolo del legislatore quale organo competente a definire in via astratta e generale il miglior interesse del minore si rimanda a E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016.

[7] In dottrina, M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali,* Torino, Giappichelli, 2021, 169 in cui l'Autrice ritiene che l'impostazione della normativa ponga un deciso *favor minoris*, ossia una forte garanzia, anche se talvolta inefficace, nei confronti del nascituro.

all'interno di una famiglia composta da due genitori viventi (e di sesso differente)[8].

L'ambizione del legislatore di regolamentare in modo compiuto il fenomeno si è scontrata tuttavia con alcuni nodi irrisolti[9]. Anzitutto, la netta presa di posizione legislativa rispetto alle specifiche tecniche di procreazione in esame entra in conflitto con la mancata previsione di una chiara e precisa disciplina dello *status* del nato in violazione di tale divieto. Il legislatore, infatti, si è preoccupato di regolare una sola fattispecie: l'art. 9 della legge n. 40 disciplina(va) unicamente lo stato di filiazione del nato da fecondazione eterologa[10]. Si è posta poi un'ulteriore difficoltà di coordinamento del divieto in questione rispetto alla permanenza del requisito durante le varie fasi della procedura. Nessuna disposizione, infatti, prescrive fino a quale momento i componenti della coppia debbano essere in vita[11].

A fronte di tale quadro, appare rilevante indagare quale sia stata l'interpretazione e l'applicazione del divieto nel corso dei vent'anni di vigenza della legge n. 40 del 2004 al fine di verificare se il divieto di fecondazione *post mortem* sia conforme alla Costituzione. L'indicazione metodologica è fornita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale: in temi eticamente sensibili la ricerca di un punto di equilibrio tra le varie istanze appartiene primariamente alla valutazione del legislatore, quale interprete della coscienza sociale. Al sindacato di legittimità costituzionale è riservata la verifica che non sia stato realizzato un bilanciamento non irragionevole[12]. È quindi l'irragionevolezza il parametro di conformità costituzionale che deve essere richiamato in relazione al divieto legislativo in oggetto.

[8] In dottrina, in tal senso *ex multis* A. Martini, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, ESI, 143; N. Riva, *Diritti e procreazione medicalmente assistita. Un esame della normativa italiana*, Roma, Aracne, 2012, 96; L. D'Avack, *Il progetto di filiazione nell'età tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2019, 166-169.

Tuttavia, A. Natale, *I diritti del soggetto procreato* post mortem, in *Famiglia persone e successioni*, n. 6/2009, 526, rileva il mancato riconoscimento a livello costituzionale di un diritto alla bigenitorialità.

[9] Cfr. U. Salanitro, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3/2019, 570, il quale sottolinea come, in realtà, sia «[r]imasta senza regole, almeno sul piano legislativo, una parte consistente del fenomeno della procreazione assistita, quella in violazione dei requisiti soggettivi (procreazione da coppia anziana, *post mortem*, coppia dello stesso sesso, coppia di minorenni, da singola), del requisito oggettivo dell'infertilità, del divieto di maternità surrogata. Non si è affrontata la questione di quale sia lo strumento adeguato per la difesa dell'interesse del minore, che sia nato da una fecondazione avvenuta *contra legem*; né il dubbio se sia consentito l'impianto di un embrione fecondato *contra legem*».

[10] Tale divieto è venuto meno in seguito alla declaratoria di incostituzionalità. Cfr. Corte costituzionale, sent. 10 giugno 2014, n. 162

[11] Sul punto si veda B. Liberali, *op. cit.*, 268 ss.

[12] V. Corte cost., n. 162/2014 punto n. 5 del *Considerato in diritto*. Tali considerazioni sono state riprese e rafforzate nelle sentenze Corte costituzionale, sent. 13 aprile 2016, n. 84 e Corte costituzionale, sent. 4 novembre 2020, n. 230.

È doveroso sottolineare che la Corte costituzionale ha ritenuto che l'impianto generale della legge n. 40 del 2004 sia costituzionalmente legittimo[13]. Ciò parrebbe riverberarsi anche sul divieto di fecondazione *post mortem*, il quale appare ragionevole a una prima lettura sia sotto il profilo della coerenza degli obiettivi fissati dalla normativa, sia riguardo all'assenza di un trattamento differenziato rispetto a casi ritenuti simili, ossia a fattispecie in cui l'applicazione delle tecniche di p.m.a. potrebbero condurre a famiglie monogenitoriali. La legge n. 40 infatti opera un divieto nei confronti della monogenitorialità sia originaria, come nel caso della donna *single*[14], sia sopravvenuta, come nei casi di p.m.a. *post mortem*, cioè qualora nel corso della procedura il coniuge o il convivente deceda.

§ 2. – *Il punto di vista "interno": la giurisprudenza civile*

La tecnica della fecondazione *post mortem* rappresenta un profilo percepito per certi versi "minore" rispetto alle altre tecniche di p.m.a. disciplinate dalla legge, come testimoniato dal dibattito scientifico e dal minor numero di casi giudiziali. Come è noto, la legge n. 40 è stata oggetto di numerose critiche sin dalla sua approvazione[15] e i numerosi interventi della Corte costituzionale ne hanno stravolto l'impianto normativo[16]. Ciononostante, il divieto in questione non è stato oggetto

[13] Cfr. Corte costituzionale, sent. 18 giugno 2019, n. 221, spec. punto 13.1. del *Considerato in diritto* «[…] non può considerarsi irrazionale e ingiustificata, in termini generali, la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato. In questa prospettiva, l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia ad instar naturae – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il "luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale».

[14] Tuttavia, secondo F. Naddeo, *Accesso alle tecniche*, cit., 68-69, il divieto d'accesso alla donna single si giustifica non sul principio della bigenitorialità, quanto sul divieto di fecondazione eterologa e sull'impossibilità di accertare il legame di filiazione dal lato paterno.

[15] A tal proposito, si richiamano le vicende dei referendum abrogativi presentati successivamente all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004. Sul punto, si veda M. Ainis (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, Giuffrè, 2005. Aspre critiche all'impianto della legge sono giunte anche nell'ambito del dibattito medico-scientifico. Cfr. C. Flamigni, M. Mori, *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo!*, Torino, Ananke, 2014.

[16] Il riferimento è alla pronuncia della Corte costituzionale, sentenza 8 maggio 2009, n. 151 sulla creazione di massimo tre embrioni e il conseguente obbligo di contemporaneo impianto; Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014, n. 162 sul divieto di fecondazione eterologa e Corte costituzionale, sentenza 5 giugno 2015, n. 96 sul divieto di diagnosi preimpianto. Tuttavia, occorre segnalare che vi sono state anche pronunce con esito diverso in cui la Corte costituzionale ha ritenuto ragionevole la disciplina della legge n. 40 del 2004. Si veda Corte cost. n. 84/2016 in merito al divieto di utilizzo degli embrioni per la ricerca scientifica; Corte cost. n. 221/2019 riguardante il divieto di accesso alle coppie dello stesso sesso; Corte costituzionale, sent. 9 marzo 2021, n. 33 in relazione al riconoscimento del minore nato all'estero da gestazione per altri.

né di interventi da parte del Parlamento, né tantomeno di pronunce di legittimità costituzionale; non risultano neppure applicazioni di tale divieto nella giurisprudenza penale di merito, né di legittimità. L'unico intervento normativo è rappresentato dall'adozione delle linee guida del 2024[17] che recepiscono gli orientamenti consolidati della giurisprudenza costituzionale e civile[18].

Ed è proprio dalla giurisprudenza civile che è ricavabile il primo punto da cui è possibile osservare la ragionevolezza o meno del divieto posto dalla legge n. 40 poiché le ambiguità applicative della legge sulla p.m.a. hanno incentivato il ricorso alla tutela giurisdizionale[19].

I diversi orientamenti emersi sono accomunati da due punti fermi.

Il primo è la netta chiusura di fronte al prelievo diretto dei gameti dal cadavere del partner. Nonostante non vi siano pronunce in merito, è possibile richiamare il decreto del Tribunale di Vigevano su una fattispecie simile, ossia il prelievo di gameti da un paziente in stato vegetativo su richiesta della moglie e del tutore legale[20]. In quel caso, non è stato il principio di bigenitorialità a porsi quale limite, quanto piuttosto l'impossibilità di esprimere un consenso informato, quale esito finale di un percorso terapeutico.

Il secondo punto riguarda, invece, l'affermazione da parte della giurisprudenza della liceità del ricorso a tecniche di fecondazione (più precisamente l'impianto[21]) qualora al momento della morte del partner l'ovulo risultasse già fecondato. Tale orientamento è stato affermato ini-

Sul punto si vedano le considerazioni di F.B. Busnelli, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Rivista di diritto civile*, n. 4/2011, 459 ss.; A. D'Aloia, *Quel che resta della legge 40*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2014, 1 ss.

[17] Decreto ministeriale 20 marzo 2024, n. 2 del Ministero della Salute «Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita» pubblicato in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 107 del 9 maggio 2024. Sul ruolo delle Linee guida si veda B. Liberali, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016, 241 ss.; M.L. Quattrocchi, *Forma e sostanza delle linee-guida in tema di procreazione medicalmente assistita (notazioni problematiche e ricostruttive)*, in S. Agosta, G. D'Amico, L. D'Andrea (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: bilancio di un'esperienza problemi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 325 ss.

[18] Capo V comma 4 «Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di PMA, devono essere esplicitate, con chiarezza e per iscritto, le conseguenze giuridiche di cui all'art. 8 e all'art. 9 della legge n. 40/2004. Con le medesime modalità deve essere rappresentato che, dopo la fecondazione assistita dell'ovulo, il consenso alla P.M.A. non può essere revocato e la donna può richiedere l'impianto dell'embrione anche se il partner sia deceduto (Cass., 15 maggio 2019, n. 13000) ovvero sia cessato il loro rapporto (Corte costituzionale, n. 161/2023)». Sull'analisi delle due pronunce richiamate dalla norma, si veda *infra*.

[19] Occorre segnalare che il tema della p.m.a. *post mortem* era già stato affrontato dal tribunale di Palermo nel 1999. Cfr. Trib. Palermo 8 gennaio 1999 in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1/1999, 221 ss. G. Cassano, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale* post mortem, in *Famiglia e diritto*, n. 4/1999, 384 ss.

[20] Tribunale di Vigevano, decreto 3 giugno 2009, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 4/2009, 1847 ss.

[21] In tal senso, A. Valongo, *Profili evolutivi della procreazione assistita* post mortem, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, n. 2/2019, 536.

zialmente dal Tribunale di Bologna nel 2015[22], poi ripreso nello stesso anno dal Tribunale di Reggio Emilia[23] e, infine, dal Tribunale di Lecce nel 2019[24]. È interessante notare come il tema del divieto posto dalla legge n. 40 e la relativa *ratio* a tutela della bigenitorialità non emergano espressamente nell'ambito della giurisprudenza di merito. I tribunali, infatti, hanno valorizzato differenti elementi normativi quali il limite della revocabilità del consenso sino al momento della fecondazione e il diritto alla vita dell'embrione correlato al divieto di soppressione. La scelta di impianto dell'ovulo fecondato anche nel caso di impianto *post mortem* rappresenta dunque per la giurisprudenza la scelta più conforme al tenore della stessa legge n. 40. Se ne può trarre quindi che il diritto del minore a vivere in una famiglia bigenitoriale è recessivo rispetto al diritto di venire al mondo. In altre e più chiare parole, alla luce di un giudizio prognostico, secondo la giurisprudenza, per il minore è meglio vivere in una famiglia monogenitoriale piuttosto che rimanere un embrione crioconservato.

La richiesta, invece, della donna di utilizzare il seme crioconservato del partner deceduto al fine di accedere a trattamenti di p.m.a. è stata progressivamente rigettata dalla giurisprudenza di merito, la quale ha ritenuto che il divieto previsto dalla legge impedisse l'accoglimento delle domande. Oggetto delle cause giudiziarie era in prima battuta il rilascio del seme crioconservato e poi la tutela della volontà espressa del marito o del convivente deceduto rispetto al consenso informato rilasciato[25]. In particolare, particolarmente significativa risulta l'ordinanza del Tribunale di Roma del novembre del 2018[26], ripresa dalle successive pronunce[27], che ha sostenuto che il diritto a procreare si esaurisca con la morte dell'individuo sulla base dell'impianto normativo della legge n. 40 e che il defunto non possa incidere su tale regolamentazione mediante atti di autonomia privata per mezzo dei quali consentire alla moglie di continuare un percorso di p.m.a. anche dopo l'evento luttuoso.

[22] Tribunale di Bologna, 16 gennaio 2015 in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 2/2015, 605 ss. È da segnalare però che il caso riguardava una controversia sorta antecedentemente all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004.

[23] Tribunale di Reggio Emilia, 18 aprile 2015, inedita. Dà conto di tale sentenza inedita R.E. De Rosa, *Il dinamismo della procreazione nella società della globalizzazione. La procreazione medicalmente assistita* post mortem*:* status filiationis *e conseguenze successorie*, in *Familia*. *Il diritto di famiglia e delle successioni in Europa*, 2022.

[24] Tribunale di Lecce, ord. 24 giugno 2019 in *Famiglia e diritto*, n. 10/2020, 949. Da ultimo si veda anche il Tribunale di Oristano, 20 maggio 2022, n. 264.

[25] Così G. Casaburi, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in *Il foro italiano*, 2019, I, 2022.

[26] Tribunale di Roma, 18 novembre 2018, in *Foro italiano*, 2019, I, 692 ss.

[27] Corte d'appello di Firenze 13 giugno 2019, n. 1533; Tribunale di Modena, 8 maggio 2020; Corte d'appello di Roma, 2 dicembre 2022, n. 7890; Tribunale di Perugia, 22 maggio 2024, n. 817.

Tale interpretazione è stata indirettamente avallata anche dall'ordinanza del Tribunale di Roma, pronunciata il 9 maggio del 2019[28], la quale esprime un orientamento minoritario rispetto al diritto degli eredi di disporre dei gameti congelati del *de cuius*. È stata accolta infatti la richiesta della vedova di trasferire il materiale biologico crioconservato presso un'altra clinica proprio perché, come sottolineato dal giudice nella sentenza, l'oggetto della pretesa non era in alcun modo la possibilità di accedere a trattamenti di p.m.a. Solo in quest'ultimo caso, avrebbe infatti trovato applicazione il divieto imposto dalla legge n. 40.

Un ultimo aspetto ha interessato la giurisprudenza. Si tratta del riconoscimento anagrafico del minore nato in Italia a seguito all'applicazione di tecniche di fecondazione *post mortem* avvenute all'estero[29]. In particolare, il quesito si è posto in base alla richiesta, presentata dalla madre all'ufficiale di stato civile, di indicare il marito defunto nell'atto di nascita quale padre del minore[30]. In questo caso, quindi, non si pone un problema di recepimento di un atto formato all'estero rispetto al parametro dell'ordine pubblico, quanto piuttosto dell'operatività dei limiti posti dal divieto in riferimento a una pratica vietata eseguita in un altro Stato.

Tale profilo particolarmente delicato è stato affrontato dalla Corte di cassazione con la pronuncia n. 13000 del 2019[31], la quale ha risolto il contrasto giurisprudenziale sorto tra le corti di merito. In precedenza, la fattispecie era stata accolta in senso positivo dal Tribunale di Messina[32], il quale aveva valorizzato il miglior interesse del minore e pertanto aveva ritenuto che il nato fosse figlio del padre deceduto. Al contrario, la Corte d'appello di Ancona aveva rigettato una richiesta simile, affermando che il dettato normativo impedisse un'interpretazione estensiva degli artt. 8 e 9 della legge n. 40, in quanto la tecnica della fecondazione *post mortem* era stata espressamente vietata dal legislatore. La Cassazione ha aderito al primo orientamento e per quanto di interesse in questa sede si ritiene opportuno osservare come nelle

[28] Tribunale di Roma, ord. 8 maggio 2019, in *Foro italiano*, 2019, 1986 ss.

[29] In alcuni Stati europei la p.m.a. *post mortem* è consentita. Per un primo spaccato si veda V. Tigano, *op. cit.*, *passim*. Per un approfondimento in merito alla legislazione spagnola si rimanda a J.A. Fernández Campos, *La reproducción humana asistida post mortem*, in L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernández (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2015, 434 ss.

[30] La nascita dei minori era avvenuta oltre i trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio a causa della morte del marito. L'ufficiale di stato civile si rifiutava pertanto di applicare la presunzione di paternità in capo al marito deceduto secondo quanto disposto dall'art. 232 c.c.

[31] Corte di cassazione, sent. 15 maggio 2019, n. 13000. La sentenza è stata commentata in dottrina da M. Faccioli, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita* post mortem, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 6/2019, 1282 ss.

[32] Tribunale di Messina, 28 settembre 2017.

motivazioni si sia ribaltata completamente la prospettiva della *ratio* del divieto.

La Corte ha infatti recuperato l'idea secondo cui nascere in una famiglia monogenitoriale è preferibile a non nascere e aggiungendovi anche che «l'interesse del nato […] è quello di acquisire rapidamente la certezza della propria discendenza bi-genitoriale, elemento di primaria rilevanza nella costruzione della propria identità […]»[33]. Tale assunto è però controbilanciato dall'esigenza che il marito defunto non solo abbia espresso il proprio consenso informato di accesso ai percorsi di p.m.a. e che tale volontà sia stata mantenuta fino al momento della morte, ma anche che abbia acconsentito manifestamente all'utilizzo del proprio seme *post mortem*[34].

§ 3. – *Il punto di vista "esterno": le pronunce della Corte di Strasburgo*

Un ulteriore punto di osservazione del divieto viene anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di Strasburgo, infatti, si è trovata a dover valutare la possibile violazione della tutela della vita privata e familiare, prevista dall'art. 8 Cedu, in relazione al divieto di fecondazione *post mortem*.

Il primo caso, *Pejřilová c. Repubblica ceca*[35], riguardava la richiesta di una cittadina ceca di poter continuare il percorso di p.m.a. anche a seguito della morte del marito[36]. La ricorrente sosteneva che la legge ceca discriminasse ingiustamente tra il concepimento naturale e quello medicalmente assistito, non considerando casi come quello di specie in cui la volontà del defunto fosse chiara, data la preventiva crioconservazione del seme a causa di malattia e il consenso ripetuto al trattamento.

A fronte di tali doglianze, il governo replicava che l'obiettivo della legge era tutelare i diritti del nascituro, garantendogli una famiglia completa al momento del concepimento e limitando al minimo tutte quelle le situazioni in cui ciò non avveniva. La normativa tutelava anche l'autonomia dell'uomo, poiché il consenso dato in vita non implicava automaticamente un consenso *post mortem*. Infine, l'esecutivo ceco sosteneva che non fosse vietato alla ricorrente di procedere

[33] Punto 7.8.6.2.

[34] Punto 7.8.7.

[35] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Pejřilová c. Repubblica ceca*, n. 14889/19, 8 dicembre 2022.

[36] Tutti i ricorsi interni erano stati rigettati sulla base della normativa vigente la quale, pur non vietando espressamente i trattamenti di p.m.a. *post mortem*, richiedeva un valido consenso da parte di entrambi i partner.

alla p.m.a. in un Paese estero che consentisse l'accesso alle tecniche *post mortem*.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato all'unanimità la non violazione dell'art. 8 Cedu. Il diritto di concepire un figlio tramite inseminazione *post mortem* rientra nell'ambito della tutela della vita privata[37], ma in assenza di un consenso europeo, gli Stati hanno un ampio margine di apprezzamento poiché «le preoccupazioni basate su considerazioni morali o sull'accettabilità sociale devono essere prese in seria considerazione»[38]. È interessante notare come nella pronuncia, nonostante l'argomento del diritto del minore alla bigenitorialità venga affrontato dalle parti, la Corte concentri prevalentemente il suo ragionamento sull'autonomia maschile e il consenso prestato dal marito. Secondo la Corte, l'emanazione di tali disposizioni da parte del legislatore e la loro interpretazione da parte dei tribunali nazionali rivelano l'intenzione di garantire un giusto equilibrio tra le parti coinvolte nella procedura di p.m.a: in particolare, la libera volontà dell'uomo che ha acconsentito alla fecondazione[39] e il diritto del nascituro di conoscere i propri genitori.

Ritenute tali considerazioni pertinenti, i giudici sovranazionali non hanno rilevato alcun motivo per mettere in discussione la scelta legislativa dal momento che i diritti garantiti dall'art. 8 Cedu non sono assoluti e pertanto non impongono agli Stati contraenti di consentire la fecondazione artificiale *post mortem*. Negli ultimi passaggi della motivazione, la Corte Edu ha inoltre sottolineato che la legge ceca non impedisce la fecondazione *post mortem* in paesi dove questa pratica è consentita, sebbene il trasferimento di materiale genetico possa essere soggetto a specifiche garanzie e regolamentazioni[40].

Le argomentazioni sviluppata nella sentenza *Pejřilová c. Repubblica ceca* sono state poi recuperate nella seconda pronuncia sul tema, ossia *Baret e Caballero c. Francia*[41]. Le ricorrenti erano due vedove a cui lo Stato francese aveva negato l'esportazione verso la Spagna dei gameti del marito, nei confronti della prima ricorrente, e degli embrioni, nel caso della seconda. Il caso si differenzia dal precedente *Pejřilová* proprio per la maggiore ampiezza del raggio operativo del divieto di fecondazione

[37] V. A.-B. Caire, *L'insémination* post mortem patris *devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Recueil Dalloz*, 2023, 716 ss.

[38] § 58.

[39] In base alla normativa ceca, la coppia che si sottoponga alla procedura di p.m.a. deve dare il proprio consenso scritto prima di ogni tentativo di fecondazione.

[40] § 60. La Corte ha evidenziato che nei pochi paesi che permettono la prosecuzione della fecondazione assistita dopo la morte del coniuge o del partner, questa procedura è generalmente accompagnata da garanzie che richiedono il preventivo consenso informato dell'uomo deceduto.

[41] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Baret e Caballero c. Francia*, nn. 22296/20 e 37138/20, 14 settembre 2023.

post mortem. Esso, infatti, si estende(va) non solo agli embrioni oltre che ai gameti crioconservati, ma anche all'esportazione di questi verso Stati in cui la p.m.a. *post mortem* è una pratica consentita.

Le valutazioni circa la bigenitorialità e i migliori interessi del minore hanno occupato un peso di rilievo nelle argomentazioni delle parti. Secondo le ricorrenti, gli interessi del bambino sarebbero stati meglio tutelati nel contesto dell'inseminazione *post mortem*, che gli avrebbe consentito di far parte di una doppia discendenza, di conoscere la storia del padre, di stringere legami con la famiglia paterna e, soprattutto, di sapere di essere il frutto di un amore reciproco e di un progetto genitoriale condiviso dal padre e dalla madre[42]. Le ricorrenti lamentavano poi che l'estensione dell'accesso alla p.m.a. alle donne single in seguito alla legge di bioetica approvate dal 2021 rendeva incoerente il divieto di fecondazione *post mortem*[43]. Il governo francese, invece, sosteneva che il divieto rispondeva principalmente alla necessità di proteggere gli interessi del nascituro, garantendogli di non nascere in una situazione di lutto per il padre, situazione che avrebbe potuto avere un impatto sulla formazione della sua identità personale[44]. Inoltre, il divieto mirava a scongiurare che il minore potesse essere utilizzato come sostituto emotivo della persona scomparsa[45]. In aggiunta, le disposizioni francesi perseguivano l'obiettivo di tutelare la dignità umana, la quale richiede sempre il consenso libero e informato di entrambi i genitori. Secondo il governo francese, il consenso alla p.m.a. prestato da un uomo in vita non poteva essere considerato pienamente libero e informato qualora avesse dispiegato i suoi effetti anche dopo la morte, in assenza di una possibilità di revoca. Analogamente, il consenso di una donna, espresso in un momento di lutto, sarebbe potuto essere influenzato da una condizione di vulnerabilità. La continuazione del progetto genitoriale sarebbe potuta essere vista come una negazione della morte piuttosto che come una scelta deliberata e consapevole di avere un solo genitore[46]. Per il governo non è neppure stato paradossale aprire la possibilità della p.m.a. alle coppie di donne e alle donne single, mantenendo il divieto di concepimento postumo, poiché si è di fronte a due fattispecie differenti: una donna che ha volontariamente intrapreso un progetto monoparentale e ha concepito fin dall'origine un equilibrio familiare all'interno di tale

[42] § 47.

[43] § 48. Il riferimento alla novella del 2021 è alla Loi nº 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique. Per un commento a tale normativa si veda X. Bioy, *La loi de bioéthique 2021, plus sociétale que jamais*, in *Actualité juridique droit administratif*, n. 32/2021, 1826 ss.

[44] § 55. Al contrario, secondo l'esecutivo, una lettura conforme all'art. 7 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia imponeva di tutelare il diritto del minore a conoscere i propri genitori e a essere accudito da loro.

[45] *Ibidem*.

[46] *Ibidem*.

quadro non si troverebbe nella stessa situazione di una donna che ha condiviso un progetto genitoriale con il coniuge, interrotto dalla morte di quest'ultimo[47].

Anche in questo caso i giudici di Strasburgo hanno dichiarato all'unanimità la non violazione dell'art. 8 Cedu. L'assunto di partenza è che su temi etici complessi e controversi in una società democratica debba essere riconosciuta l'importanza del decisore nazionale. Particolare enfasi è stata posta sul processo legislativo che ha mantenuto lo *status quo* in materia, scegliendo di non distinguere tra il divieto di accesso alla p.m.a. *post mortem* e il divieto di esportazione dei gameti o dell'embrione crioconservati all'estero. Tale rifiuto rivela la sensibilità e la complessità delle questioni sollevate dall'apertura delle tecniche di p.m.a. *post mortem*. Inoltre, il divieto di esportare gameti o embrioni mira a contrastare l'elusione della legge nazionale, impedendo così una sorta di «dumping» etico e rafforzando l'obiettivo del legislatore.

Nelle battute finali, però, emerge un monito da parte della Corte di Strasburgo. Essa, infatti, ha riconosciuto che l'apertura della p.m.a. alle coppie di donne e alle donne single solleva l'interrogativo dell'opportunità di giustificare il mantenimento del divieto denunciato dalle ricorrenti. Nonostante l'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati in materia di bioetica, i giudici hanno ricordato che il quadro giuridico messo in atto deve essere coerente[48].

Il principio di diritto a cui entrambe le sentenze giungono è dunque il medesimo: il divieto posto dalle singole normative nazionali non viola la Convenzione Edu, in particolare il rispetto alla vita privata e familiare, poiché lo Stato gode di un ampio margine di apprezzamento, data la delicata questione etica sottesa e l'assenza sul punto di un consenso europeo.

Entrambi i casi però forniscono alcuni spunti utili all'indagine. Nel primo caso, la non violazione della Convenzione è dichiarata *anche* perché la legislazione ceca permetteva di esportare i gameti crioconservati in nazioni la cui legislazione risultava più permissiva[49]. Nel secondo caso, invece, la mancata violazione dell'art. 8 Cedu sembra essere sottoposta a *condizione*. Per la Corte di Strasburgo, potrebbe profilarsi un trattamento differenziato di due situazioni uguali dal momento che la legge di bioetica del 2021 ha esteso anche alle donne *single* la possibilità di accedere alle tecniche di p.m.a., mantenendo però il divieto di

[47] § 58.

[48] Sul punto si veda l'opinione concordante del giudice Ravarani e quella della giudice Elósegui.

[49] A.-B. Caire, *L'insémination* post mortem patris, cit. secondo la quale sul punto l'argomentazione della Corte è dubbia. Secondo l'Autrice, i giudici di Strasburgo non hanno chiarito se la possibilità di esportazione all'estero dei gameti crioconservati abbia inciso o meno sull'unanime decisione di dichiarare non violato l'art. 8 Cedu.

fecondazione *post mortem*. Ed è proprio per tale motivo che i giudici di Strasburgo hanno avvertito il legislatore francese di un possibile mutamento della propria giurisprudenza, qualora l'ordinamento continui a non rispettare un'esigenza di coerenza all'interno della propria normativa.

§ 4. – *Un divieto ragionevole ma con difficoltà di coordinamento*

È possibile trarre alcune considerazioni conclusive alla luce di quanto emerso osservando il divieto di fecondazione *post mortem* dai due differenti punti di vista.

L'analisi ha mostrato come il divieto imposto dalla legge n. 40 del 2004 appaia ridimensionato rispetto all'iniziale intenzione legislativa. L'operatività della norma, che mirava a coprire indistintamente le differenti fattispecie, è stata progressivamente circoscritta dalla giurisprudenza ai soli casi in cui si richiede di prelevare direttamente i gameti dal cadavere del defunto o di accedere alle tecniche in questione con il seme crioconservato del marito. Benché tale interpretazione abbia permesso di mantenere il divieto in questione all'interno dell'alveo della ragionevolezza, è pur vero che le pronunce riportate sembrano essersi preoccupate di proteggere il libero consenso informato del coniuge o del convivente più che l'interesse del minore a nascere in una famiglia composta da due figure genitoriali.

È interessante, poi, notare come l'applicazione della disposizione e le sue conseguenze giuridiche, proprio in ragione di tale interpretazione, abbiano subito per certi versi una sorte opposta rispetto agli altri divieti posti dalla legge n. 40 del 2004. Mentre il divieto di gestazione per altri ha impedito la pratica sull'intero suolo italiano, incentivando però il fenomeno del c.d. turismo procreativo[50], l'interpretazione del divieto di fecondazione *post mortem* e delle fattispecie connesse ha ottenuto un effetto contrario. La richiesta della vedova di rilascio dei gameti crioconservati e della loro portabilità all'estero è stata fortemente limitata anche sulla base di un'interpretazione restrittiva della portata della norma sul suolo nazionale. Anche sul piano del ricono-

[50] Per un bilancio sul divieto di gestazione per altri si rimanda a G. Mingardo, *Approdi e partenze*, cit. L'analisi della fattispecie di reato e la sua possibile applicazione a condotte realizzate all'estero si veda T. Trinchera, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/2017, 1391 ss.

Nel momento in cui si scrive, è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale la legge 4 novembre 2024, n. 169 che estende la punibilità del reato di maternità surrogata al cittadino italiano che compia tale pratica all'estero. Sul punto si vedano le osservazioni di M. D'Amico, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2023, 4 ss.

scimento del figlio nato in violazione dei divieti posti è possibile osservare un differente trattamento. Se, infatti, nel caso sopra esaminato la Corte di cassazione ha riconosciuto il legame di filiazione con il padre defunto, altrettanto non è successo per quanto riguarda il nato in Italia da una coppia lesbica. Le fattispecie risultano analoghe poiché le pratiche vietate sono svolte all'estero, ma il minore nasce in Italia. Tuttavia, nel caso della coppia omogenitoriale femminile la giurisprudenza è ormai allineata nel ritenere che nell'atto di nascita debba essere iscritto unicamente il nome della partoriente, ben potendo la madre intenzionale procedere con l'istituto dell'adozione nei casi particolari[51].

Il divieto di p.m.a. *post mortem*, così come disposto dalla legge n. 40, appare inoltre in linea con i parametri convenzionali. Non solo non vi è stata una sentenza di condanna nei confronti dell'Italia, ma le argomentazioni addotte dai giudici di Strasburgo non parrebbero mettere in luce un'incoerenza normativa italiana. La *ratio* perseguita dal divieto, infatti, è coerente rispetto a tutte le altre forme proibite di genitorialità difformi dal modello tradizionale bigenitoriale, ossia quella monoparentale e quella omosessuale. Inoltre, benché la questione relativa alla trasferibilità del materiale gametico all'estero non sia stata ancora stata chiarita dalla giurisprudenza, è stata riconosciuta la possibilità di impianto dell'embrione crioconservato, così come il riconoscimento del vincolo di filiazione avvenuto in violazione del divieto.

Se da un lato, dunque, si conferma che il divieto di fecondazione *post mortem* – così come interpretato dalla giurisprudenza – non appare il frutto di un irragionevole bilanciamento, dall'altro lato le stesse argomentazioni dimostrano come tale assunto risulti sempre più precario.

Vi è infine un ulteriore elemento che rafforza la prospettiva di un divieto sempre più fragile: la pronuncia n. 161 del 2023 della Corte costituzionale[52]. Tale sentenza ha dei risvolti sulla tematica in oggetto, pur non trattando direttamente della fecondazione *post mortem*. La Corte, infatti, ha chiarito che i presupposti indicati dalla legge n. 40 valgono solo per il momento d'accesso alle tecniche di p.m.a. e non devono necessariamente sussistere nei momenti successivi alla fecondazione[53]. Nel caso di specie, ciò si rifletteva sul consenso del partner maschile, il quale in sede di p.m.a. non può essere revocato dopo la formazione dell'embrione.

[51] Da ultima si veda Corte di cassazione, ord. 8 gennaio 2024, n. 511. In dottrina, si rimanda a B. Checchini, *Famiglie omoaffettive: tra dichiarazione di nascita ed adozione in casi particolari*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 6/2023, 1373 ss.

[52] Corte costituzionale, sent. 24 maggio 2023, n. 161. V. osservazioni di M. D'Amico, B. Liberali, *La tutela della "corporalità" e dell'"investimento fisico ed emotivo" femminili: una scelta davvero a tutela della donna (e dell'embrione)?*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 6/2023, 1348 ss.

[53] Così *Considerato in diritto*, punto n. 7.1.

Il principio di diritto su cui si fonda tale pronuncia si riverbera anche in casi analoghi in cui il venir meno del vincolo affettivo non sia da imputare alla libera scelta delle parti. È chiaro che ciò comporta la legittimazione dell'impianto dell'embrione anche in seguito alla morte del marito[54]. Già questo primo assunto è sufficiente a indebolire la ragione del divieto in fecondazione *post mortem*. Se infatti l'obiettivo del divieto era garantire la nascita del minore in un nucleo famigliare c.d. tradizionale, composto quindi da due genitori, l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale permette la nascita tramite p.m.a. in contesti familiari in cui i genitori, per scelta o per destino, non sono più una coppia affettiva, talvolta anche da molto tempo.

Tuttavia, sembra emergere un problema di coordinamento e di uguaglianza nella comparazione del ruolo del consenso del padre nelle due fattispecie, tale da rendere ancor più fragile la *ratio* del divieto in questione. In base all'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, infatti, l'uomo non può più revocare il proprio assenso dopo la fecondazione e quindi è "costretto" a diventare padre anche in tempi molto distanti dalla rottura del rapporto affettivo[55]. Non rileva perciò alcun mutamento della sua volontà in ragione del consenso espresso nella procedura di p.m.a. in quanto, come gli stessi giudici costituzionali hanno avuto modo di affermare, «[tale] consenso […] ha una portata diversa e ulteriore rispetto a quello ascrivibile alla mera nozione di "consenso informato" al trattamento medico, in quanto si è in presenza di un atto finalisticamente orientato a fondare lo stato di figlio. In questa prospettiva il consenso, manifestando l'intenzione di avere un figlio, esprime una fondamentale assunzione di responsabilità, che riveste un ruolo centrale ai fini dell'acquisizione dello *status filiationis*»[56].

In quest'ottica, non si comprende allora il motivo per cui nel caso della fecondazione *post mortem* non possa essere valorizzata la volontà del partner deceduto quando costui abbia espresso, tramite testamento, la chiara e inequivocabile volontà che la propria partner possa continuare il percorso di p.m.a. e realizzare così il progetto genitoriale che entrambi avevano condiviso. La giurisprudenza è netta nell'escludere tale possibilità, nonostante in questo caso vi sia una doppia assunzione di responsabilità, prima nel consenso informato rilasciato nel momento in cui la coppia ha avuto accesso alla procedura di p.m.a.,

[54] Così G. Razzano, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e «gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna» nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2024, 202-203.

[55] Tuttavia, sul punto si deve segnalare che il Tribunale di Siena, con ordinanza del 27 giugno 2024, ha respinto la domanda ex art. 700 c.p.c. presentata dalla donna, la quale, a distanza di otto anni dalla fecondazione e sei anni dal divorzio, chiedeva alla clinica l'impianto degli embrioni crioconservati. L'ordinanza è consultabile in *Foro italiano*, n. 9/2024, I, 2528.

[56] Così Corte cost. n. 161/2023, punto n. 11.4 del Considerato in diritto.

poi in un successivo atto libero e personale. L'interpretazione della Corte, infatti, conduce a un paradosso evidente: una volta fecondato l'ovulo, il padre si trova vincolato a un percorso irreversibile; al contrario, in assenza di fecondazione, la morte del marito o del convivente, anche se preceduta da una chiara manifestazione di volontà testamentaria, pone un ostacolo insormontabile alla realizzazione del progetto genitoriale. Eppure, in tali fattispecie non si tratterebbe di "imporre" una paternità al defunto contro la sua volontà, quanto piuttosto di riconoscere la peculiarità del caso concreto in cui la morte rappresenta un incidente inevitabile nel percorso di costruzione della genitorialità.

La prospettiva diacronica dell'interpretazione e dell'applicazione del divieto in oggetto permette di affermare in conclusione che il divieto di fecondazione *post mortem*, pur rimanendo valido e ragionevole, progressivamente sta perdendo la propria ragione d'essere, rischiando di diventare sempre più inattuale.

Abstract

The essay devotes careful attention to evaluating the reasonableness of the prohibition on post-mortem procreation, examining its underlying rationale as well as its implications. In doing so, it highlights the complex challenges involved in aligning this prohibition with the existing legal framework. The analysis is carried out through a thorough review of both national and European case law, which serves as a lens to explore the broader legal and ethical tensions surrounding this issue

III.12. *La complessa regolamentazione della disciplina relativa alla procreazione medicalmente assistita* **post mortem**

di Alessandra Mazzola*

Sommario: § 1. – La legge n. 40/2004 dopo la sentenza 161/2023 della Corte costituzionale e le Linee guida sulla procreazione *post mortem*. § 2. – La procreazione *post mortem* in alcuni ordinamenti europei. § 3. – Qualche ulteriore spunto di riflessione con particolare riguardo all'uso delle fonti del diritto.

§ 1. – *La legge n. 40/2004 dopo la sentenza 161/2023 della Corte costituzionale e le Linee guida sulla procreazione* post mortem

Il progresso tecnico-scientifico consente ormai di includere nella sfera della volontà eventi sui quali l'essere umano non ha mai avuto possibilità di scelta, né di controllo[1]. In relazione alla procreazione medicalmente assistita (PMA), già nel 1949 Simone de Beauvoir scriveva che con essa «si compie l'evoluzione che permetterà all'umanità di dominare la funzione riproduttrice. Questi cambiamenti hanno per la donna in particolare un'immensa importanza; può ridurre il numero delle gravidanze, integrarle razionalmente alla propria vita, invece di esserne schiava»[2]. Siccome con queste tecniche la riproduzione e, in conseguenza, il rapporto di genitorialità, non dipende più esclusivamente dalla «sfera naturalistica dell'*an*»[3], si rende necessario ragionare sulle conseguenze relative al *quomodo*.

All'ordinamento giuridico è affidato il compito di salvaguardare il diritto alla libertà procreativa, il quale non deve essere semplicemente inteso alla stregua della c.d. libertà negativa di procreare (il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza), poiché abbraccia un princi-

* Università degli Studi di Brescia.

[1] Ciò vale tanto per la sessualità senza riproduzione, quanto per la riproduzione senza sessualità, come hanno rilevato fra i tanti L. Ronchetti, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2006; G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 2013, 28-29; A. Apostoli, *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, in *Ragion pratica*, 2021, 211. Si rende pertanto necessario riuscire a costruire un rapporto non antagonista tra scienza e diritto di modo che non si verifichi alcuna «subordinazione del secondo alla prima, favorendo piuttosto un rapporto basato sulla integrazione e sulla compatibilità» tra le due differenti dimensioni (S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, 2015, 273).

[2] S. De Beauvoir, *Il secondo sesso*, Milano, il Saggiatore, 2016, 142.

[3] G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, cit., 28. V. anche S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2012.

pio più ampio che affonda le radici nell'autodeterminazione indicando precise responsabilità a carico degli aspiranti genitori nei confronti dei nascituri[4]. Del resto, è all'ordinamento che spetta di bilanciare gli interessi dei soggetti coinvolti tenendo conto, da un lato, che diverse possono essere le posizioni "di partenza" (stato civile o orientamento sessuale) di coloro che intendono soddisfare il desiderio di genitorialità e, dall'altro lato, che i nascituri non possono subire discriminazioni in ragione delle condizioni di nascita (*secundum* o *contra legem*).

Al fine di contrastare il "*far west* riproduttivo"[5], è stata approvata la legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), che tuttavia ha introdotto nell'ordinamento più dubbi che certezze[6]. I severi divieti da essa previsti hanno sollevato numerose perplessità tra coloro che avrebbero voluto usufruirne e tra gli operatori giuridici tanto che, in diverse occasioni, le norme sono state fatte oggetto di dichiarazioni di incostituzionalità da parte del Giudice costituzionale. Gli effetti di tali pronunce hanno comportato un ampliamento delle condizioni soggettive di accesso alla PMA e un'estensione del novero delle tecniche lecite.

Nessuna di queste sentenze, tuttavia, ha consentito di individuare negli articoli 5 e 6, terzo comma, della l. n. 40/2004 la *ratio* del divieto "soggettivo"[7] e "oggettivo"[8] di procreazione medicalmente assistita

[4] Come precisato da A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, II, Milano, Giuffrè, 2011, 1342 se la genitorialità non può essere imposta, né vietata, non può neppure essere sostenuto «che questo diritto si trasformi, in particolare nella sua declinazione positiva (cioè come diritto ad avere una propria discendenza) in un desiderio "senza limiti", da realizzare "ad ogni costo", e non importa con quali strumenti». Più in generale, F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, 10 afferma che se i diritti fondamentali a presidio delle libertà sono in grado di tutelare qualsiasi libertà che il progresso fa emergere, allora tali "nuovi diritti" possono essere intesi come sviluppi di posizioni giuridiche soggettive già riconosciute dalla Carta costituzionale.

[5] Come fra gli altri ha rilevato A. Apostoli, *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, cit., 194.

[6] Nella copiosa bibliografia v. L. Chieffi, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le "due culture"*, in L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernández (a cura di), *Questioni di inizio vita*, Udine, Mimesis, 2015, 157-159, riferisce di una certa «incoerenza scientifica» della normativa sulla PMA, che deriva dalla rigidità della legge, ovvero dalla volontà di disciplinare ogni aspetto di tali tecniche procreative. *Ivi*, A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, 182-183 sostiene che, benché tale legge debba essere inclusa tra quelle c.d. costituzionalmente necessarie, il legislatore ha posto vincoli e divieti tendenzialmente irragionevoli, che imbrigliano i diritti dei viventi e dei non ancora viventi allontanando – mutuando L. Chieffi, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in Id. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, Paravia, 2000, XI ss. – la bioetica dal rispetto dei valori costituzionali. Cfr. anche S. Agosta, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, Aracne, 2020, spec. 143-204.

[7] Ai sensi dell'art. 5 l. n. 40/2004 «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

[8] Così come previsto dall'art. 6, terzo comma, l. n. 40/2004, ovvero che «tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non infe-

post mortem. Si ritiene, comunque, che tale proibizione si fonda sull'assunto secondo cui, giuridicamente, i concetti di paternità e maternità derivano dal dato biologico e, nel caso della PMA, principalmente dal consenso[9] poiché l'obiettivo prevalente è quello di tutelare la posizione del nascituro nella famiglia e nella società. Ci si è chiesti, allora, in quale momento debba essere soddisfatto il requisito dell'esistenza in vita del genitore biologico di sesso maschile affinché sia possibile accedere alla procreazione medicalmente assistita[10]. Ovvero se all'atto del prelievo dei gameti, escludendo dunque il prelievo del seme da cadavere; se al momento della fecondazione; oppure all'atto della formazione dell'embrione[11].

Quest'ultima ipotesi sembra da ritenere l'interpretazione più ragionevole sia dal punto di vista letterale, che sistematico. L'art. 6, terzo comma, ultimo periodo, della l. n. 40/2004 sancisce infatti che il consenso non può essere revocato se l'embrione è già formato[12]; per-

riore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

[9] Corte di Cassazione, sez. I civile, sentenza n. 13000 del 2019, § 7.8.2.1. afferma che «lo *status* di figlio del nato da P.M.A. non deriverebbe dalle regole applicabili alla generazione biologica naturale […] poiché detto *status* verrebbe attribuito direttamente dalla legge e, inscindibilmente, nei confronti della coppia che abbia espresso la volontà di accedere alle tecniche di P.M.A.». C. Ingenito, *La Genitorialità basata solo sul consenso e diritto alla vita e alla dignità dell'embrione. Ancora una questione eticamente complessa sottoposta alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, 254 precisa che è sul consenso che si fonda la genitorialità, che in caso di PMA è «puramente volontaristica»; il consenso non determina solo il legittimo affidamento della donna a diventare madre, ma «il rapporto di filiazione e di genitorialità» dal momento che in sua assenza l'embrione neppure si formerebbe. *Ivi*, 262 sostiene che ciò che conta nella procreazione *post mortem* è la genitorialità voluta, la quale si desume proprio dal consenso all'utilizzo dei propri gameti (ovvero all'impianto dell'embrione) in un momento successivo al trapasso. Sul consenso nell'ambito della procreazione, che presenta tratti caratteristici differenti rispetto al consenso informato *tout court* di cui alla legge n. 219 del 2017, si veda per tutti B. Liberali, *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, in *BioLaw Journal*, 2021, 512-519.

[10] S. Agosta, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, cit., 96 afferma che il requisito dell'esistenza in vita dei membri della coppia è «frutto più di un *lapsus* legislativo che non di una ponderata scelta». Cfr. anche B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017, 268 ss.

[11] Per una ricostruzione dei diversi tipi di PMA *post mortem* si rimanda a A. Marchese, *La fecondazione* post mortem: *irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2018, spec. 211, nonché M. Faccioli, *La procreazione assistita* post mortem *tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004*, in *BioLaw Journal*, 2021, 2-3.

[12] Come ha osservato A. Marchese, *La fecondazione* post mortem: *irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, cit., 216-217, il consenso degli aspiranti genitori si manifesta (e deve perciò considerarsi valido) nel momento in cui la coppia accede alla PMA e decide di conservare i propri embrioni. Se in un momento successivo alla crioconservazione intervenisse il decesso del genitore biologico di sesso maschile, non sorgerebbe alcun dubbio circa la validità del consenso manifestato. Siccome in questo caso si verificherebbe l'impianto nell'utero dell'embrione già formato, non il contatto tra gameti maschili e femminili, non dovrebbe sussistere alcun dubbio circa la volontà dei membri della coppia di instaurare un legame di filiazione. S. Cacace, *La revoca del consenso ad essere padre nella procedura di procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2023, 572-573 afferma che i requisiti di accesso alla PMA previsti dalla l. n. 40/2004 devono sussistere al momento dell'espressio-

tanto, la gravidanza prosegue anche nel caso in cui si dovessero verificare eventi imprevedibili le cui conseguenze potrebbero determinare l'affermazione di modelli monogenitoriali o di "bigenitorialità attenuata" per il nascituro[13].

Considerato che il decesso del padre o l'interruzione della relazione affettiva non ostano alla gestazione, poiché se tali eventi insorgessero in un momento successivo alla formazione dell'embrione «la procedura non potrebbe essere arrestata»[14], non si comprende per quale ragione la stessa non possa iniziare se il decesso dell'uomo si verifica tra la formazione dell'embrione e l'impianto nell'utero[15].

Tale interrogativo è sorto, in particolare, successivamente alla pubblicazione della sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale, che com'è noto ha dichiarato incostituzionale l'art. 14, secondo comma, della l. n. 40/2004 ai sensi del quale gli embrioni potevano essere prodotti esclusivamente per «un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». Ad avviso della Consulta tale pratica «rende[va] necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non [avesse dato] luogo ad

ne del consenso e non devono necessariamente persistere fino al trasferimento dell'embrione nell'utero «in ragione della irrilevanza sia dei comportamenti sia degli eventi intervenuti dopo che il consenso dei due aspiranti genitori sia divenuto irrevocabile, pena la natura meramente residuale della tutela accordata al nascituro». Anche G. Razzano, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e «gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna» nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, 2024, 202-203 sostiene che l'esistenza in vita è richiesta al momento della fusione dei gameti, ovvero della formazione dell'embrione.

[13] Per "bigenitorialità attenuata" si intende la formale presenza e la sostanziale assenza del padre, che si può verificare quando l'uomo dichiara di non voler più assumere gli oneri genitoriali e/o quando la coppia si divide.

[14] G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, cit., 25. Compito del legislatore, d'altronde, è assicurare la bigenitorialità al momento della fecondazione, atteso che il dato normativo non può assicurare che la coppia resti unita o resti in vita; su questo aspetto cfr. C. Ingenito, *La Genitorialità basata solo sul consenso e diritto alla vita e alla dignità dell'embrione*, cit., 262.

[15] Va peraltro osservato che è assente una disciplina normativa relativa alle possibilità di donazione e sperimentazione su gameti ed embrioni crioconservati; gli artt. 13, primo comma, e 14, primo comma, l. n. 40/2004 si limitano invero a vietarne la donazione, la soppressione e l'utilizzo a fini di ricerca genetica. Comitato Nazionale per la Bioetica, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, 18 novembre 2005 già sollecitava l'intervento del legislatore affinché disciplinasse la donazione o la sperimentazione sugli embrioni eccedenti. Ad avviso di L. Chieffi, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le "due culture"*, cit., 163-167, la donazione dell'embrione sovrannumerario precorrerebbe gli effetti dell'adozione poiché il "passaggio" dal genitore biologico a quello intenzionale-sociale si verificherebbe in un momento antecedente alla nascita. Inoltre, se fosse possibile la sperimentazione, tali cellule potrebbero in qualche misura dare corso alla propria esistenza ancorché «in altra forma, *diffusa*, *cellulare* […] *come cellule* in altri individui (come la donazione di organi di cadavere)» (A. Santosuosso, C.A. Redi, *Opinione dissenziente sulla "Relazione finale" della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di P.M.A.*, 8 gennaio 2010) restituendo utilità ad un "bene" comunque creato. Ad avviso di S. Cacace, *La revoca del consenso ad essere padre nella procedura di procreazione medicalmente assistita*, 573 il fatto che la sussistenza dei requisiti prescritti dall'art. 5 della l. n. 40/2004 sia circoscritta al momento dell'accesso alla PMA «comporta altresì l'irrilevanza del successivo decesso dell'aspirante padre» e, prosegue, addirittura anche dell'eventuale «rettificazione anagrafica del sesso».

alcun esito» e, quando erano elevate «le possibilità di attecchimento», si produceva «un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, […] salvo il ricorso all'aborto»[16]. La dichiarazione di incostituzionalità dell'obbligo di procedere a un unico e contemporaneo impianto degli embrioni nell'utero ha determinato anche l'incostituzionalità del divieto di crioconservazione sancito dal primo comma, così come è stato colpito da illegittimità costituzionale il terzo comma dell'articolo 14 nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni nell'utero dovesse verificarsi solo se e quando l'intervento non recasse alcun danno alla salute della donna[17].

Per effetto della richiamata sentenza si è dunque reso possibile procedere all'impianto dell'embrione anche dopo il decorso di un considerevole periodo dalla manifestazione del consenso all'accesso alla procreazione medicalmente assistita, e perciò anche in caso di mutate situazioni nella sfera affettivo-relazionale.

Ciò ha dato luogo a diverse richieste di poter accedere alla PMA in casi particolari, alle quali i giudici di merito hanno risposto autorizzando l'impiego degli embrioni crioconservati anche a favore di donne ormai vedove[18]. Le argomentazioni prendevano le mosse, da un lato, dalla possibilità che gli embrioni potevano restare congelati presso le

[16] Corte costituzionale, sentenza n. 151 del 2009, § 6.1 *Cons. dir*.

[17] Vale la pena ricordare che prima della l. n. 40/2004, onde evitare che la donna fosse sottoposta a numerose stimolazioni ovariche e a plurimi prelievi di ovociti, ne venivano estratti diversi e tutti erano inseminati producendo embrioni soprannumerari. Al massimo due di questi venivano impiantati nell'utero; gli altri erano crioconservati cosicché, qualora il primo impianto non avesse prodotto il risultato desiderato, altri embrioni erano disponibili senza dover ripetere il processo. In questo modo era possibile salvaguardare la salute (fisica e psichica) della donna.

[18] Sia sufficiente ricordare Tribunale di Palermo, sentenza 8 gennaio 1999, che ha dato seguito al principio espresso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 347 del 1998 bilanciando i diritti in gioco (quello dell'aspirante madre e quello del nascituro) ritenendo che il dovere-diritto di mantenere, istruire e educare i figli non può essere posto nel nulla. L'elemento innovativo si ritiene rappresentato dal fatto che la pronuncia aveva riguardo a un embrione crioconservato e non a un bambino formato. Più precisamente, il Tribunale palermitano ha affermato che non è possibile procedere alla soppressione degli embrioni sacrificando il diritto alla vita del concepito, né che può essere vanificato il diritto alla genitorialità del coniuge superstite; perciò, ha ordinato al centro medico presso il quale erano conservati gli embrioni il trasferimento nell'utero della vedova. Tribunale di Bologna, sentenza 16 gennaio 2015, ha fatto leva su un presunto cavillo normativo rappresentato dalla circostanza che la coppia aveva già tentato, invano, la strada della procreazione medicalmente assistita prima che entrasse in vigore la legge del 2004; il Tribunale ha applicato le Linee guida del Ministero della salute e ha sancito che «in caso di embrioni crioconservati, ma non abbandonati, la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento dei predetti». La pronuncia bolognese ha aperto le porte al Tribunale di Reggio Emilia che, con sentenza 18 aprile 2015 ha sancito che «nell'ipotesi di embrioni crioconservati ottenuti con il consenso di entrambi i componenti della coppia, di cui uno successivamente sia deceduto, gli articoli 5 e 12 [della legge n. 40 del 2004] non costituiscono limite alla esplicazione del diritto della donna ad ottenere il trasferimento degli embrioni». Per la ricostruzione giurisprudenziale si rimanda a R.E. De Rosa, *La procreazione medicalmente assistita* post mortem. *Un confronto italo-spagnolo*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 581-592.

cliniche sanitarie per lungo tempo e, dall'altro lato, dal fatto che la l. n. 40/2004 non sanciva un esplicito divieto di procreazione *post mortem*, limitandosi a considerare l'assenza di vizi nel consenso manifestato dall'uomo.

Successivamente, il Giudice di legittimità ha autorizzato questa tecnica di procreazione medicalmente assistita anche qualora l'embrione non fosse ancora formato, ma fossero congelati solo i gameti degli aspiranti genitori[19]. Tuttavia, in assenza di una norma sul punto, l'autorizzazione all'utilizzo del materiale biologico e degli embrioni crioconservati finiva per essere rimessa alla discrezionale interpretazione normativa del giudice adito, dando luogo a possibili trattamenti differenti fra donne che si trovavano nelle stesse condizioni personali[20].

La rilevanza delle cause che hanno determinato l'interruzione del rapporto di coppia, intese come possibile "lasciapassare" o motivo di diniego per l'accesso alla PMA, è stata accentuata dalla sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale. Siccome con essa la Consulta ha giudicato non irragionevole l'art. 6, terzo comma, ultimo periodo, della l. n. 40/2004, ovvero la possibilità di trasferire in utero embrioni crioconservati a distanza di tempo dal consenso manifestato e anche qualora, *medio tempore*, sia venuto meno il progetto di coppia, sono sorti ulteriori interrogativi relativi alla possibile discriminazione tra persone di sesso femminile nella soddisfazione del desiderio di maternità.

Invero, se il cambiamento delle condizioni familiari fosse derivato dalla fine della relazione sentimentale, la donna avrebbe potuto accedere alla procreazione medicalmente assistita in virtù del consenso precedentemente prestato dall'uomo, il quale aveva instaurato nella donna il legittimo affidamento a diventare madre. Ad avviso dei Giu-

[19] Corte di Cassazione, sez. I civile, sentenza n. 13000 del 2019, § 8 *Cons. dir.* ha affermato che «L'articolo 8 della legge n. 40/2004, recante lo status giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa post mortem avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo aver prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di P.M.A., ai sensi dell'articolo 6 della medesima legge e senza che 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 suddetto; ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre»; in applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha ritenuto che nell'atto di nascita alla figlia minore della ricorrente, nata a seguito di inseminazione medicalmente assistita *post mortem*, potesse essere attribuito lo *status* di figlia del marito deceduto.

[20] A. Apostoli, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, in *Giur. cost.*, 2020, 2766 ha sostenuto che il rischio è quello di una «obiezione di coscienza giudiziaria». Nello stesso senso si erano già espresse I. Massa Pinto, *Unione omosessuale e adozione*: chi *decide?*, in *Rivista AIC*, 2015, 10-11 e A. Lorenzetti, *Le nuove sfide della genitorialità: il caso dell'omogenitorialità e il ruolo della Costituzione*, in *BioLaw Journal*, 2019, 640. *Contra* A. Ruggeri, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (spunti ricostruttivi a riguardo di alcune spinose questioni)*, in *dirittifondamentali.it*, 2024, 300. Vale la pena ricordare che per ovviare a tale problematica alcuni ordinamenti hanno istituito corti specializzate: cfr. C. Casonato, *Diritto costituzionale comparato e scienze della vita: paradigmi e connessioni*, in *DPCE online*, 2018, 3-4.

dici di Palazzo della Consulta, le possibili conseguenze sulla salute psichica della donna nel caso in cui il desiderio di maternità non venga soddisfatto[21] inducono a ritenere non irragionevole l'onere di sopportare le conseguenze personali ed economiche di una paternità non (più) voluta (art. 30 Cost. e artt. 8 e 9 l. n. 40/2004)[22]. Invece, se la fine del rapporto di coppia fosse dipesa dal decesso dell'uomo, non sarebbe stato riconosciuto alcun valore giuridicamente rilevante alla soddisfazione del desiderio di maternità, né era preso in considerazione il consenso espresso dal genitore biologico di sesso maschile (magari ribadito anche nelle disposizioni testamentarie)[23].

Il diverso trattamento cui era destinata la donna a causa delle condizioni personali del *partner* è stato per lo più attenuato con l'entrata in vigore delle "Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita" adottate con Decreto del Ministro della salute il 20 marzo 2024 e pubblicate in Gazzetta ufficiale il 9 maggio 2024[24].

Il Capo V, terzo comma, dell'Allegato al Decreto ministeriale ribadisce la procedura per manifestare il consenso ad accedere alla PMA e conferma la possibilità che i membri della coppia, congiuntamente, lo revochino, «fino al momento della fecondazione dell'ovulo o in caso di diagnosi genetica preimpianto fino al momento del *transfer*». Il comma quarto sancisce che la procreazione medicalmente assistita *post mor-*

[21] Tale scelta, a differenza di quanto sostenuto dal Giudice costituzionale, non sembra possa essere annoverata tra le scelte tragiche del diritto (Corte costituzionale, sentenza n. 161 del 2023, § 9.2 *Cons. dir.*) che, per costante giurisprudenza costituzionale, indicano la sussistenza di «scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene […] che comporta il rischio di un male […]. L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri» (Corte costituzionale, sentenza n. 118 del 1996, § 4 *Cons. dir.*), non foss'altro perché è assente l'elemento economicistico della distribuzione di risorse scarse e, più precisamente, la necessità di sacrificare il bene di qualcuno per soddisfare quello dei più. Anziché una scelta tragica si ritiene, piuttosto, un caso difficile da bilanciare e risolvere, come ha osservato S. Niccolai, *Una decisione di infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore? Scelte tragiche e tragiche non scelte in Corte cost. n. 161/2023*, in *Diritti comparati*, 16 ottobre 2023, 5. C. Ingenito, *La Genitorialità basata solo sul consenso e diritto alla vita e alla dignità dell'embrione*, cit., 253 sostiene invece che il caso di specie debba essere annoverato tra le scelte tragiche per tutti i soggetti coinvolti.

[22] Corte costituzionale sentenza n. 161 del 2023, § 12.3 *Cons. dir.* Mentre, se il desiderio fosse stato quello della paternità, non sarebbe stato possibile assicurarlo dal momento che non può essere eseguito questo tipo di trattamento sanitario contro (o senza) la volontà della destinataria, invero ingiustificabile ai sensi dell'art. 32, secondo comma, Cost. (§ 10 *Cons. dir.*).

[23] G. Razzano, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e «gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna» nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, cit., 202 ha sostenuto, dopo la pubblicazione della sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale, l'irragionevolezza del permanente divieto di fecondazione *post mortem*.

[24] Tale fonte è prevista dall'art. 7, terzo comma, l. n. 40/2004, a norma del quale le Linee guida devono essere aggiornate periodicamente e comunque non oltre un periodo superiore a tre anni dalla pubblicazione delle precedenti. Ciò nonostante, le precedenti risalivano al Decreto del Ministro della salute del 1 luglio 2015.

tem è possibile poiché, «dopo la fecondazione assistita dell'ovulo, il consenso alla P.M.A. non può essere revocato e la donna può richiedere l'impianto dell'embrione anche se il partner sia deceduto (Cass., 15 maggio 2019, n. 13000) ovvero sia cessato il loro rapporto (Corte costituzionale, n. 161/2023)».

Riconoscendo piena possibilità di espressione anche ai «nuovi percorsi della genitorialità»[25], il Decreto del Ministro della salute adottato nel marzo 2024 ha verosimilmente rimosso le principali differenze di trattamento tra le donne fondate sul relativo *status* familiare. Inoltre, se l'effetto della sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale si riteneva giustificato dall'intenzione di tutelare l'embrione già formato, derogando alla "regola" del modello di famiglia bigenitoriale, l'apertura alla procreazione *post mortem* svela un particolare interesse dell'ordinamento alla tutela della maternità.

§ 2. – *La procreazione* post mortem *in alcuni ordinamenti europei*

Per comprendere gli eventuali punti di forza delle Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita, e per individuare alcune soluzioni che il legislatore potrebbe adottare al fine di risolvere le criticità che residuano, può essere utile analizzare la normativa in vigore in altri ordinamenti.

In ambiti tanto delicati come quelli che interessano le questioni bioetiche, lo studio della legislazione straniera si ritiene vantaggioso poiché in grado di alimentare un «processo quasi circolare di conoscenza»[26] che si sposta dall'uno all'altro contesto socio-normativo offrendo, grazie all'acquisizione di elementi normativi, giurisprudenziali e dottrinari, possibili soluzioni ai problemi che il diritto vivente talvolta sottopone all'interprete. Ciò anche in considerazione del fatto che l'ordinamento giuridico sovranazionale non fornisce indicazioni in merito, limitandosi ad affermare che il tema della procreazione *post mortem* solleva diverse questioni che non consentono la formazione di un *consensus* europeo omogeneo[27]. Tale considerazione non risolve alcun dubbio interpretativo e finisce per lasciare la regolamentazione della materia alla discrezionalità dei legislatori nazionali.

[25] Corte di Cassazione, sez. I civile, sentenza n. 13000 del 2019, § 7.3.3.

[26] G. Gorla, *Diritto comparato* (voce), in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 928.

[27] Corte EDU, caso *Baret et Caballero* c. *France* (*reqête* n. 22296/20 e 37138/20, deciso nel 2023). La Corte EDU, già con le sentenze S.H. e altri c. Austria (*reqête* n. 57813/00 relativa al divieto di donazione di gameti per fecondazione in vitro) e Parrillo c. Italia (*reqête* n. 46479/11 concernente il divieto di ricerca sugli embrioni) aveva affermato che il legislatore nazionale è libero di decidere se vietare o meno la fecondazione *post mortem*.

La normativa del Regno Unito potrebbe rappresentare un valido sostegno per il nostro legislatore dal momento che tutela il superiore interesse del minore e considera irrilevante la soddisfazione del desiderio di genitorialità. Lo *Human Fertilisation and Embryology Act*[28], già nella versione del 1990, prevedeva una "clausola sociale" a norma della quale è necessario che i trattamenti finalizzati alla fecondazione artificiale siano orientati ad assicurare al nascituro il diritto ad avere un padre. La legge ha dato avvio a un discreto dibattito tra i giuristi perché è stata considerata discriminatoria in quanto implicitamente volta a impedire, specialmente alle persone omosessuali e alle donne *single*, la possibilità di accedere alle tecniche di PMA[29].

La fonte è stata revisionata nel 2008, sostituendo il principio relativo all'esigenza ad avere un padre con quello – più neutro – ad avere un genitore partecipe o che comunque sostenga la crescita del minore («the need of supportive parenting»). È stata così risolta la discriminazione a danno delle coppie di donne che intendono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ed è stata altresì ammessa la PMA *post mortem*. Rispetto a quest'ultima si è ritenuto che per la crescita e lo sviluppo della personalità del minore ciò che conta è ricevere il supporto e l'affetto di soggetti adulti che instaurano con esso una relazione stabile; a essere valorizzata è, dunque, la presenza di adulti che possano costituire una guida sicura per il bambino, a prescindere dal legame biologico. Anche i giudici chiamati a dirimere le controversie del diritto di famiglia valorizzano quasi esclusivamente l'*entourage* familiare, che deve essere in grado di condividere il percorso affettivo e educativo del minore, assicurando al tempo stesso la rimozione di ogni possibile ostacolo alla formazione e allo sviluppo della personalità.

Anche l'ordinamento spagnolo si occupa prevalentemente della tutela della condizione giuridica, personale e sociale del bambino. La ley 14/2006, de 26 de mayo (*Técnicas de reproducción humana asistida*) – così come modificata dalla ley 19/2015, de 13 de julio – prevede che tramite testamento o altro atto pubblico l'uomo possa prestare il consenso all'utilizzo del materiale riproduttivo anche in un momento successivo

[28] La legge è il risultato di un lungo lavoro condotto da una commissione d'inchiesta (*Warnock Committee*) istituita all'inizio degli anni Ottanta, dopo che nel 1978 in Inghilterra era nata Louise Brown, la prima persona al mondo a venire alla luce attraverso la fecondazione in vitro. La commissione d'inchiesta, attraverso il *Warnock Report*, ha raccomandato al Parlamento l'adozione di una legge che disciplinasse i problemi relativi alla sterilità e infertilità e quelli dell'accoglimento nella società delle persone nate a seguito di interventi medico-scientifici. Per ulteriori riflessioni si veda S.A.M. McLean, *La fecondazione medicalmente assistita nel Regno Unito: il dibattito sulla regolazione giuridica*, in C. Casonato, T.E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2006, 93-95.

[29] Cfr. *Human Reproductive Technologies and the Law*, in *House of Commons*, *Select Committee on Science and Technology*, Session 2004-2005, 5th report, HC 7-1 (2005), 178, recommendation 24.

al trapasso. Se il seme è impiegato per fecondare la moglie o compagna entro tredici mesi dal decesso, il rapporto di filiazione si instaura *ope legis*, assicurando dunque anche il riconoscimento e il pieno godimento dei diritti successori (art. 9 ley 14/2006).

In Portogallo il decreto 188/XIV de 22 de outubro de 2021 – approvato a seguito del rinvio del Presidente della Repubblica – ha emendato l'artigo 22 della Lei n.o. 32/2006, de 26 de julho (*Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração)* rendendo legittima la procreazione *post mortem*. La legge ha riconosciuto la possibilità di trasferire gli embrioni nell'utero della donna anche dopo il decesso del marito o del convivente di fatto, ovvero di procedere all'inseminazione artificiale dell'ovulo con il materiale biologico precedentemente raccolto del defunto. Il testo normativo prevede che per accedere a tale tecnica è necessario il consenso scritto dell'uomo, il quale deve essere comunicato al *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida* quando è ancora in vita. L'art. 23 della Lei n.o. 32/2006 dispone, inoltre, che il nato è considerato figlio del defunto anche se la fecondazione è avvenuta in violazione della disciplina normativa, poiché l'obiettivo è assicurare i diritti del minore al di là dei comportamenti "fraudolenti" dei genitori[30].

Altri ordinamenti europei vietano, invece, tale tecnica poiché in questo modo ritengono di garantire il migliore interesse del minore; nessun rilievo assumono, infatti, gli interessi degli aspiranti genitori. Tra questi ordinamenti si segnalano quello tedesco, in cui la legge sulla protezione degli embrioni del 13 dicembre 1990 (*Embryonenschutzgesetz – ESchG*) vieta la procreazione *post mortem* sul presupposto che si tratta di una tecnica «pregiudizievole al benessere del bambino»[31]. Nonché l'ordinamento francese, nel quale la *loi bioéthique*, loi 94-654 du 29 juillet *1994* – così come revisionata nel 2011 e nel 2021 – stabilisce che la fecondazione in un momento successivo al decesso dell'uomo pregiudica la formazione e lo sviluppo della personalità del minore.

Le motivazioni che hanno indotto entrambi i legislatori a negare la possibilità di accedere a tale tecnica di PMA sono assai simili, tanto

[30] Si ricordi il "caso di Hugo", il bambino nato in Portogallo con la PMA *post mortem*. La legge portoghese sulla procreazione assistita del 2006 vietava la fecondazione con materiale genetico di un donatore defunto; tuttavia, una donna – il cui marito è deceduto nel 2019 – ha individuato una crepa normativa poiché il divieto si poteva applicare solo ai donatori che avessero un legame affettivo con l'aspirante madre e non agli anonimi che, in quanto tali, potrebbero essere già deceduti al momento dell'inseminazione. La donna, dopo la morte del marito, ha avviato una raccolta di firme (simile all'iniziativa legislativa popolare italiana) e ha iniziato un acceso dibattito pubblico attraverso i media. Il tema della procreazione *post mortem*, da questione sociale, è diventata questione politica e giurisprudenziale, tanto da arrivare in Parlamento e ottenere, grazie al fronte compatto di tutti i partiti di sinistra, la modifica della legge nel marzo del 2021.

[31] R. Arnold, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in C. Casonato, T.E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, cit., 17.

da poter essere richiamate congiuntamente. Il timore è che il bambino possa incontrare difficoltà a comprendere e accettare la propria origine e identità a causa della impossibilità di conoscere il genitore deceduto; ciò potrebbe provocare gravi ripercussioni sul senso di appartenenza alla famiglia e, di conseguenza, sulla formazione e sviluppo della personalità. Si teme, in particolare, che l'anomalia della fecondazione della madre in un momento successivo al decesso del padre possa avere effetti negativi sul benessere emotivo e psicologico del minore, il quale potrebbe anche subire pregiudizi e discriminazioni all'interno delle formazioni sociali che frequenta a causa delle particolari circostanze della nascita.

Va nondimeno ricordato che il *Conseil d'État*, con la sentenza n. 396848 del 2016, ha consentito che una donna spagnola esportasse nel proprio Paese il materiale biologico del marito italiano defunto in Francia, affinché in Spagna accedesse alla PMA *post mortem*. I giudici d'oltralpe hanno sostenuto che il divieto contenuto nella *loi bioéthique* non è di per sé illegittimo, mentre lo è quello di esportare il seme del marito defunto che ha acconsentito al relativo utilizzo per esaudire il desiderio di maternità della moglie, cittadina di un Paese in cui tale tecnica non è vietata. Ad avviso del supremo organo di giustizia amministrativa, se si applicasse pedissequamente la legge francese, si verificherebbe un risultato oltremodo sproporzionato rispetto all'obiettivo di vietare tale tecnica di procreazione medicalmente assistita in Francia giacché la normativa nazionale si porrebbe irragionevolmente in contrasto con la legge di un altro Stato.

Nel 2023 i Giudici di Strasburgo, con la sentenza relativa al caso *Baret et Caballero* c. *France*[32], hanno affermato che il divieto di trasferimento di gameti ed embrioni sancito dalla loi 2141-11-1 (*Code de la santé publique*), dalla Francia a un Paese in cui tale tecnica è consentita non è illegittimo e non contrasta con l'art. 8 CEDU poiché tale preclusione costituisce il corollario della proibizione della procreazione *post mortem*. Il primo divieto è pertanto imprescindibile per assicurare il secondo, ovvero per scongiurare l'inefficacia della normativa francese. La scelta del legislatore transalpino, che ha come fine la «protection des droits et libertés d'autrui» e «la protection de la morale», è stata ritenuta coerente con il sistema normativo nazionale dai Giudici della Corte EDU, i quali hanno anche sostenuto che la normativa non eccede il margine di apprezzamento di cui lo Stato dispone alla luce della Convenzione.

Ferma la discrezionalità del legislatore d'oltralpe, va osservato che questi ha rischiato di rendersi colpevole di un trattamento discri-

[32] Corte EDU, caso *Baret et Caballero* c. *France* (*reqête* n. 22296/20 e 37138/20).

minatorio perché, attraverso la revisione alla legge bioetica (loi 2021-1017), ha consentito l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali femminili e alle donne *single* (c.d. *PMA pour toutes*), lasciando inalterato il divieto di fecondazione delle vedove con il seme del defunto marito[33]. La novella si ritiene foriera di discriminazioni tra coloro che intendono portare a compimento il progetto genitoriale con il *partner* deceduto – ovvero quando il donatore del seme non è anonimo – e coloro che vogliono soddisfare il desiderio di maternità servendosi del seme di un donatore anonimo, che ad ogni buon conto sarà comunque assente nel percorso di crescita del minore.

Il *Conseil d'État*, nel parere pubblicato il 28 giugno 2018 – ai sensi dell'art. 39 Cost. francese sul progetto di revisione della legge bioetica – ha ritenuto discriminatorio l'accesso all'inseminazione artificiale tramite donatore anonimo per la donna *single* e il divieto di accedere alla medesima tecnica per la vedova che intende utilizzare il seme crioconservato del *partner* defunto. Pertanto, ha raccomandato al legislatore di autorizzare l'accesso alla PMA indipendentemente dall'esistenza in vita delle persone dalle quali sono prelevati i gameti[34].

Benché le normative e le pronunce giurisprudenziali dei Paesi considerati si pongano su due posizioni opposte rispetto alla possibilità di procedere alla procreazione medicalmente assistita *post mortem*, è possibile individuare un rilevante punto di convergenza, rappresentato dall'obiettivo di soddisfare il superiore interesse del minore.

Sebbene venga perseguito attraverso metodi assai differenti, i legislatori europei sembrano orientati a valorizzare il contesto affettivo-familiare nel quale il bambino forma e sviluppa la relativa personalità. Entrambe le posizioni, infatti, danno risalto al ruolo degli adulti che si impegnano a istruire, mantenere e educare i minori instaurando con essi un particolare rapporto affettivo. Da un lato, i principi normativi si dimostrano in grado di superare il legame biologico per valorizzare solo quello affettivo; dall'altro lato, ritengono che la certezza del rapporto biologico sia imprescindibile per assicurare al minore una crescita quanto più libera da ostacoli.

Con le Linee guida pubblicate nel 2024 anche il legislatore italiano sembra essersi adeguato alla *ratio* più profonda delle discipline normative in vigore nei Paesi contraddistinti da tradizioni costituzionali comuni alle nostre. Infatti, è stata finalmente disciplinata in maniera esplicita la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assi-

[33] Cfr. Corte EDU, caso *Petithory Lanzmann* c. *France* (*rêquete* n. 23038/19) con la quale i giudici lasciavano intendere che l'apertura della PMA alle coppie di donne e alle donne *single* può discriminare le vedove. Condivide questa interpretazione A. Ruggeri, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita*, cit., 299-300.

[34] Cfr. *Conseil d'état*, *Assemblée générale*, *Section sociale*, *Avis sur un project de loi relatif à la bioéthique*, n. 397.993, 18 juillet 2019, 15.

stita anche qualora il genitore biologico di sesso maschile sia nel frattempo deceduto o abbia interrotto la relazione sentimentale con l'aspirante madre.

§ 3. – *Qualche ulteriore spunto di riflessione con particolare riguardo all'uso delle fonti del diritto*

L'interpretazione evolutiva della Carta costituzionale consente di sostenere che le norme in essa contenute sono orientate ad assicurare l'esercizio della funzione genitoriale all'interno della famiglia, nella caratterizzazione più ampia di formazione sociale, certamente più esaustiva di quella *ad instar naturae*, «due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile» quale «"luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato»[35]. Del resto, la Costituzione repubblicana non ammette «una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti» e si adopera per tutelare le posizioni giuridiche soggettive dei figli a partire dal «riconoscimento formale dello *status filiationis*»[36]. Il Testo fondamentale pone, inoltre, l'accento sulla circostanza che alle figure genitoriali sono affidati precisi doveri[37], a partire da quello di garantire la formazione e lo sviluppo della personalità dei minori.

Assumendo questa interpretazione del concetto giuridico di famiglia[38], le Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita adottate con decreto del Ministro della salute nel marzo 2024 hanno contribuito, nel solco delle pronunce della Corte costituzionale, a espandere la tutela della maternità evincibile (anche) dalla l. n. 40/2004, com-

[35] Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 2019, § 13.1 *Cons. dir.* A tal proposito, sia sufficiente richiamare la disciplina dell'adozione in casi particolari (art. 44, legge n. 184 del 1983), nonché le guarentigie che il Giudice costituzionale ha riconosciuto a tutela della filiazione; senza entrare nel merito delle decisioni, del resto figlie del ruolo di "legislatore in negativo" della Consulta, si ricordi l'apertura della c.d. adozione in casi particolari per il/la partner dello stesso sesso del genitore biologico a seguito delle sentenze n. 221 del 2019 e n. 79 del 2022 della Corte costituzionale.

[36] Corte costituzionale, sentenza n. 494 del 2002, § 6.1 *Cons. dir.*

[37] Come ha osservato P. Passaglia, *I minori nel diritto costituzionale*, in F. Giardina, E. Pellecchia (a cura di), *Una voce per i minori. Il progetto SCREAM contro lo sfruttamento del lavoro minorile*, San Miniato, Titivillus, 2008, 88 la logica che guida l'art. 30, secondo comma, Cost. è quella per la quale «se il "dovere" non viene adempiuto, il "diritto" decade». E. Lamarque, *Il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli*, in F. Marone (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 167 ritiene necessario allontanarsi dalla prospettiva ormai dominante quando si affronta il rapporto di filiazione, ovvero il punto di vista del *best interest* del minore. Del resto, l'art. 30 Cost. si occupa di questo tema a partire dalle posizioni giuridiche che interessano i genitori, lasciando in secondo piano quelle *direttamente* riferite ai figli (commi terzo e quarto).

[38] Che C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1967, 922 ha definito «cellula elementare necessaria di vita sociale, *principium urbis*, in cui l'uomo trova il primo impulso per educarsi al sentimento della solidarietà».

piendo un passo in avanti verso tale ampia definizione di formazione sociale. In particolare, il decreto del Ministro della salute sembra aver dato piena attuazione all'art. 6, terzo comma, ultimo periodo, della l. n. 40/2004 poiché ha riconosciuto la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita anche se il padre biologico del nascituro è assente, a prescindere dalle ragioni che determinano la mancanza di tale figura genitoriale. Il dato normativo sembra inoltre porsi in linea con la *ratio* che ha guidato i legislatori degli ordinamenti contraddistinti da tradizioni costituzionali comuni alle nostre, posto che tale fonte si considera idonea a tutelare i diritti fondamentali di ciascun soggetto coinvolto, in atto o *in fieri*, da questa tecnica di PMA.

Va nondimeno osservato che la tutela prestata dalle Linee guida è assai peculiare proprio per il tipo di fonte atto che viene utilizzato, ossia un decreto ministeriale. Benché si tratti tecnicamente di una fonte sub-secondaria, le Linee guida previste dall'art. 7, terzo comma, della l. n. 40/2004 si contraddistinguono per una notevole portata innovativa dal momento che non sembra possibile riconoscere loro un ruolo meramente ricognitivo della giurisprudenza di legittimità e costituzionale, riuscendo piuttosto a integrare la l. n. 40/2004[39]. Il vantaggio principale nel ricorso a questo tipo di fonte può probabilmente essere individuato nella relativa duttilità e, perciò, nella capacità di adeguare rapidamente l'attuazione della disciplina legislativa sulla procreazione medicalmente assistita alle acquisizioni e ai progressi tecnico-scientifici, pur senza stravolgere le scelte normative compiute dal legislatore.

D'altro canto, la forza sostanziale del decreto ministeriale contenente le Linee guida – che si ritiene debba essere incluso nella categoria degli atti amministrativi generali – si avvicina a quella prevista dall'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400 circa i regolamenti governativi, discostandosene però per quanto riguarda le forme e i controlli. Sia sufficiente osservare che il decreto del Ministro della salute prevede il parere, ancorché di tipo sostanziale, del Consiglio superiore di sanità, mentre, com'è noto, i regolamenti governativi prevedono il controllo formale (*rectius*: che verifichi il rispetto della legalità costituzionale) del Consiglio di Stato. Senza potersi soffermare sull'annosa questione relativa alla c.d. fuga del regolamento[40], non sembra possibile omettere di considerare che il legislatore ordinario dovrebbe procedere alla ordinata ricognizione della "stratificazione" normativa (le

[39] Cfr. P. Veronesi, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in *Studium iuris*, 2004, 1357 e B. Liberali, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, in *BioLaw Journal*, 2016, 242-244.

[40] P. Veronesi, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita*, cit., 1356-1357. V. inoltre per una prospettiva più generale G. Rivosecchi, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, 93-94.

Linee guida), anche "di risulta" (le sentenze di incostituzionalità della Consulta) rispetto a un tema tanto delicato e complesso qual è quello in considerazione, come peraltro sostengono ormai da tempo la dottrina e la giurisprudenza costituzionale.

Posto che l'esigenza di instaurare rapporti di filiazione prescindendo dall'atto sessuale tra persone di sesso diverso si manifesta con frequenza sempre maggiore, e che altrettanto frequentemente si infrange contro i divieti legislativi, le conseguenti (e inevitabili) incertezze giuridiche potrebbero essere eluse se il legislatore adottasse un approccio normativo "a maglie larghe", che non sigilli «le duttili vicende dell'esistenza [ne]lla rigidità della norma»[41]. Più la norma è generale e astratta, infatti, più è in grado di consentire alle fattispecie concrete di essere adagiate sulla stessa senza dare luogo a (irragionevoli) vuoti di tutela[42].

Abstract

For a long time, the prohibition against accessing post-mortem medically assisted procreation was inferred from the systematic interpretation of Law No. 40 of 2004. However, following Constitutional Court ruling No. 161 of 2023, which permitted a single woman, who had ended a romantic relationship with her partner, to become a mother through medically assisted procreation, the prohibition on post-mortem procreation was deemed unreasonable. This issue was subsequently addressed by the Minister of Health's Decree of March 20, 2024, which successfully ensures the reasonable protection of the subjective legal positions prescribed by Article 6, third paragraph, of the same law, exclusively with regard to the fulfillment of the desire for motherhood.

[41] A. Apostoli, *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, cit., 197.

[42] L'auspicio è che il legislatore adotti l'approccio del "diritto leggero" proposto da S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1999. La libertà, essendo «inesauribile nelle sue esplicazioni e direzioni» non può essere predeterminata dal legislatore, ma deve avere la possibilità di espandersi in lungo e in largo entro tutto il perimetro di autonomia che la Costituzione riconosce a ogni persona, arrestandosi là dove l'esercizio della propria libertà possa ledere o comprimere quella degli altri; così F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit., 5-8.

III.13. *Da una «scelta tragica» ad una possibile apertura? Commenti a margine della sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*

di Sara Di Giovanni*

Sommario: § 1. – Introduzione. § 2. – Le questioni di legittimità costituzionale. § 3. – Un'ulteriore (inevitabile) questione di costituzionalità in seguito alla "riscrittura" della legge n. 40 del 2004… e la decisione sul punto della Corte costituzionale. § 4. – Riflessioni conclusive. Tra rotture di "dogmi" e sopravvivenza dei requisiti soggettivi ex art. 5, l. n. 40 del 2004. – Postilla.

§ 1. – *Introduzione*

La sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale rappresenta un punto di svolta nel dibattito giuridico attorno alla legge n. 40 del 2004, relativo alla disciplina della procreazione medicalmente assistita (PMA). Pur confermando la scelta del legislatore in ordine alla «cristallizzazione»[1] del consenso maschile al momento della fecondazione dell'ovulo, la Corte si è trovata ad operare un bilanciamento complesso tra diversi diritti fondamentali: la salute psicofisica della madre, la dignità dell'embrione e la libertà dell'uomo di non diventare padre. Questo equilibrio ha portato la Corte ad operare una «scelta tragica»[2], in cui la libertà maschile è stata subordinata ai diritti della donna e dell'embrione, giustificata dalla necessità di un ragionevole contemperamento tra interessi.

La scelta legislativa di limitare l'autodeterminazione maschile, confermando l'irrevocabilità del consenso all'impianto dell'embrione dopo la fecondazione dell'ovulo, trovava giustificazione nell'originario impianto normativo della legge n. 40 del 2004, antecedente agli interventi modificativi della Corte costituzionale. La *ratio* del divieto

* Università degli Studi di Milano.

[1] B. Liberali, *La cristallizzazione del consenso maschile nella fecondazione assistita e la sua trasformazione in strumento di tutela dell'«investimento fisico ed emotivo», della donna*, in *Studium Iuris*, VI, 2024.

[2] Corte cost., sent. n. 161 del 2023, *Cons. in dir.* 9.2., dove la Corte costituzionale afferma che «[La questione di legittimità costituzionale è] delicata perché, consentendo l'impianto dell'embrione (o degli embrioni) anche in una situazione in cui, per il decorso del tempo, è venuto meno l'originario progetto di coppia, la norma che stabilisce l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo si è venuta a collocare al limite di quelle che sono state definite «scelte tragiche» […], in quanto caratterizzate dall'impossibilità di soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti nella fattispecie».

di revoca del consenso risiedeva infatti nella volontà di promuovere la formazione di un nucleo familiare conforme al modello "tradizionale" di famiglia, composto da due genitori di sesso diverso, maggiorenni e in età potenzialmente fertile, con una tutela correlativa degli embrioni creati, che dovevano essere immediatamente impiantati in un unico e contestuale intervento, non essendo all'epoca immaginabile un lasso temporale tra fecondazione dell'embrione e impianto in utero.

Tuttavia, l'impianto originario della legge n. 40 del 2004 è apparso nel tempo sempre più incapace di far fronte alle necessità sociali legate alla genitorialità e alla procreazione, sollevando interrogativi sulla sua coerenza e adeguatezza. A ciò si sono, infatti, aggiunti molteplici interventi della Corte costituzionale, che hanno gradualmente indebolito la struttura normativa della legge, determinando spaccature e aperture che hanno avviato un progressivo processo di «sgretolamento»[3] di elementi intrinsecamente problematici[4], evidenziando contraddizioni che la sentenza n. 161 del 2023 non risolve completamente, ma anzi contribuisce ad accentuare.

In particolare, la Corte costituzionale opera una modifica significativa nell'impianto nella legge n. 40 del 2004, sollecitando dei cambiamenti anche nell'idea di famiglia che la legge n. 40 del 2004 deve ora tendere a realizzare. Le modifiche apportate – indirettamente – dalla Corte costituzionale hanno non solo rimodellato l'architettura normativa della PMA, ma hanno anche messo in luce come la concezione di famiglia tradizionale possa non essere più del tutto congruente con le esigenze e i diritti delle famiglie contemporanee.

Il presente contributo si propone di offrire una riflessione critica sulla capacità dell'interpretazione fornita dalla Corte di incidere ulteriormente sulla già fragile struttura della legge, contribuendo ad un processo di progressiva "destrutturazione" del quadro giuridico che regola la PMA in Italia, con riguardo ai requisiti soggettivi ex art. 5 della legge n. 40 del 2004, alla luce delle trasformazioni sociali e familiari in corso.

[3] P. Sanfilippo, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

[4] L'*iter* legislativo della legge n. 40 del 2004 è stato interessato da numerosi dibattiti, polemiche e dubbi dal punto di vista politico e sociale. Si pensi soltanto che nei primi anni di vigenza della legge, sono stati proposti cinque diversi quesiti referendari – di cui uno di abrogazione totale della legge – volti a incidere sul suo contenuto. Per saperne di più, si v. M. D'Amico, *I diritti contesi*, Milano, FrancoAngeli, 2016, 50 ss.

§ 2. – *Le questioni di legittimità costituzionale*

Con la sentenza n. 161 del 2023, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, terzo comma, ultimo periodo, della legge n. 40 del 2004, nello specifico, in tema di revocabilità del consenso della coppia, in riferimento agli artt. 13, primo comma e 32, secondo comma della Costituzione.

La Corte ha inoltre dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionali dell'art. 6, terzo comma, ultimo periodo, della legge n. 40 del 2004, sollevate in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, primo comma Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal Tribunale ordinario di Roma, sono sorte nel corso di un giudizio instaurato dalla signora A.C. affinché la struttura sanitaria E.H., presso la quale aveva in precedenza intrapreso il percorso di PMA, procedesse al decongelamento dell'embrione crioconservato e, di conseguenza, all'impianto in utero nonostante la volontà contraria espressa dal marito.

La discontinuità temporale che aveva interessato la procedura di procreazione medicalmente assistita, avviata nel 2017, era stata giustificata dall'esigenza di approfondire esami nonché cure farmacologiche che avrebbero permesso di superare l'ostacolo della scarsa qualità endometriale e procedere positivamente all'impianto in utero dell'embrione crioconservato. La conclusione delle procedure di fecondazione assistita erano state poi ulteriormente rallentate dall'intervenuta conflittualità coniugale che aveva portato alla separazione di fatto dei coniugi da un lato e alla revoca del consenso originariamente prestato dal marito dall'altro.

Per questo motivo, la donna procedeva a chiedere alla struttura sanitaria la conclusione della procedura di PMA, affermando in giudizio che «il diritto di essere madre è un diritto assoluto, fondamentale della persona, garantito dalla Costituzione agli artt. 2, 31, co. 2, e 32»[5]. A ciò aveva fatto seguito il costituirsi in giudizio dell'ex marito, il quale, insieme alla struttura sanitaria, aveva richiesto il rigetto del ricorso, sottolineando al contempo dei profili di illegittimità costituzionale.

Il giudice *a quo*, sentite le parti, sollevava questione di legittimità costituzionale sull'art. 6, terzo comma, ultimo periodo, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non prevede un termine ulteriore alla fecondazione dell'ovulo per revocare il consenso alle tecniche di PMA. Il Tribunale di Roma riteneva che l'asserita irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo, sancita già dal legislatore del 2004,

[5] Corte cost., sent. n. 161 del 2023.

comporterebbe – alla luce del modificato "impianto normativo" della legge n. 40 del 2004[6] a seguito di importanti interventi della stessa Corte costituzionale – la violazione degli artt. 2, 3, 13, 32 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU. Il giudice remittente riteneva infatti che l'irrevocabilità del consenso lederebbe gli artt. 3 e 13, primo comma, Cost., in quanto la norma comporterebbe un sacrificio della libertà individuale di una sola delle due parti, cioè l'uomo, in quanto sarebbe altrimenti impossibile immaginare di procedere contro la volontà della donna all'impianto in utero dell'embrione. Ugualmente, il giudice *a quo* sottolineava profili di dubbia legittimità costituzionale anche con riferimento all'art. 32 Cost., in quanto la procedura di procreazione assistita assoggetterebbe altrimenti l'uomo ad un trattamento sanitario obbligatorio.

Così come formulato, il divieto di cui all'art. 6, comma 3, ultimo periodo della legge n. 40 del 2004, avrebbe violato il principio di autodeterminazione tutelando la volontà dell'uomo solo nella fase iniziale della procedura di PMA, dando origine – di conseguenza – ad una «irragionevole disparità di trattamento, relegando su un piano residuale la volontà dell'uomo».

§ 3. – *Un'ulteriore (inevitabile) questione di costituzionalità in seguito alla "riscrittura" della legge n. 40 del 2004… e la decisione sul punto della Corte costituzionale*

Gli interventi "correttivi"[7] della Corte costituzionale sulla legge del 2004 hanno comportato uno spostamento degli equilibri e degli interessi coinvolti nella pratica delle tecniche mediche di fecondazione assistita, culminando in una "riscrittura" della legge n. 40 del 2004, esito di un processo di «sgretolamento necessario»[8]. Le sentenze che

[6] La letteratura in tema di procreazione medicalmente assistita è molto ampia. Si v., *ex plurimis*, C. Casini, M. Casini, M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Torino, Giappichelli, 2004; F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alle fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017; M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020.

[7] Sul tema, si v. L. Varrone, *I "correttivi" alla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita ad opera della giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 12/2015.

[8] P. Sanfilippo, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 379, la quale afferma che «l'applicazione puntuale sia dei principi generali che del successivo statuto punitivo finiscono per realizzare un autentico caso di eterogenesi dei fini, dovuta alla scarsa considerazione degli effetti pratici, per nulla secondari, che hanno alterato lo scopo originario della disciplina e causato una straordinaria riduzione della libertà e dell'autonomia del singolo di autodeterminarsi».

negli anni sono intervenute in tema di procreazione medicalmente assistita hanno eliminato le «punte più aspre di un impianto normativo basato su una visione etica estranea ai valori fondanti la nostra Carta costituzionale»[9].

La sentenza n. 161 del 2023, pur traducendosi nella conferma della volontà originaria del legislatore di imporre la «cristallizzazione» del consenso (solo) maschile[10] al momento della fecondazione dell'ovulo, ha tuttavia provocato un cambiamento nella *ratio* sottesa all'irrevocabilità del consenso. Dunque, anche quest'ultima decisione si colloca nel contesto delle pronunce che hanno inciso sulla struttura della legge n. 40 del 2004, modificandone progressivamente e significativamente l'impianto.

Come noto, l'architettura normativa della legge n. 40 del 2004 aveva già subito un importante cambiamento con la sentenza n. 151 del 2009[11], nella quale la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 – limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» – e del comma 3, riconoscendo la possibilità di introdurre la fase di crioconservazione degli embrioni nella procedura di fecondazione assistita.

Con la caduta dell'obbligo di unico e contemporaneo impianto degli embrioni e dell'obbligo di trasferimento immediato, è stato possibile differire il *transfer* per motivi di salute della donna, consentendo la crioconservazione degli embrioni anche in numero superiore a tre. La sentenza ora richiamata ha quindi aperto alla possibilità che tra la fecondazione dell'ovulo e l'impianto in utero possa trascorrere un tempo significativo, durante il quale possono verificarsi cambiamenti rilevanti.

Le ipotesi di congelamento degli embrioni sono state ulteriormente ampliate anche dalla successiva sentenza n. 96 del 2015[12], con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non permettevano l'accesso alle tecniche di PMA anche alle coppie che, benché fertili, erano portatrici di malattie genetiche

[9] M. Fortino, *Cronache di una morte annunciata*, in S. Agosta, G. D'Amico, L. D'Andrea (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettiva*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 46.

[10] Non essendo immaginabile imporre trattamenti sanitari obbligatori sulla donna.

[11] Per un commento, si v. M. Casini, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3/2009, 1033 ss.; M.P. Costantini, *Prime osservazioni al dispositivo della sentenza della Corte costituzionale che dichiara l'illegittimità costituzionale parziale della legge n. 40 /2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *federalismi.it*, 2009.

[12] A commento, si v. M.P. Iadicicco, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore. A prima lettura sulla sentenza n. 96 del 2015*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, 789 ss.

trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. *b)*, della legge n. 194 del 1978. Nelle ipotesi prospettate in seguito alla pronuncia richiamata, le esigenze di pregiudizio e di conseguente necessario approfondimento di accertamenti medici rispondeva alla logica garantita dalla stessa crioconservazione, in quanto avrebbe permesso alla donna di acquisire le informazioni necessarie per autodeterminarsi, eventualmente, nella scelta di una possibile interruzione di gravidanza[13].

Tali pronunce hanno ampliato in modo significativo i confini per l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita[14] e, al tempo stesso, la modifica degli equilibri originari stabiliti dalla legge n. 40 del 2004 ha generato nuove dinamiche che pongono (e hanno posto) la normativa a possibile ulteriore scrutinio di legittimità costituzionale, rischiando di comprometterne ulteriormente la stabilità strutturale. Già a seguito della sentenza n. 151 del 2009, la dottrina[15] aveva evidenziato la possibilità che la questione relativa al termine temporale per la revoca del consenso alle tecniche di PMA potesse essere nuovamente sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale[16]. La sentenza n. 161 del 2023 costituisce allora il punto di arrivo di un processo di trasforma-

[13] S. Talini, *Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel "labirinto" della legge n. 40 del 2004*, in *Consulta Online*, 2023.

[14] Nel "catalogo" di pronunce correttive della legge n. 40 del 2004, rientra anche la sentenza n. 162 del 2014, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, fondando la possibilità per le coppie con un progetto genitoriale di accedere alle tecniche di PMA facendo ricorso ad un soggetto terzo che fornisse il necessario apporto biologico alla fecondazione.

[15] In tal senso, B. Liberali, *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021.

[16] È degno di nota che il tema sia già stato esaminato dai giudici di merito. Tuttavia, questi ultimi non hanno seguito la via ritenuta più idonea, ossia il ricorso alla Corte costituzionale (sul tema, si v. M. D'Amico, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto…)?*, in *Forum cost.*, 2004, 1 ss., in cui l'A. commenta la decisione adottata Tribunale di Catania il 3 maggio 2004, con la quale è stata respinta la richiesta di due coniugi affetti da talassemia di procedere aduna diagnosi preimpianto in base alla legge n. 40 del 2004. L'A. critica la decisione per aver adottato un'interpretazione rigida e acritica della legge, trascurando i principi dello Stato costituzionale e il corretto processo di sollevamento delle questioni di legittimità costituzionale alla Corte, mancando di considerare adeguatamente i diritti coinvolti).

Con l'ordinanza n. 9240 del 2021, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ha rigettato il reclamo con cui il coniuge separato aveva impugnato il ricorso del giudice di primo grado con il quale si era ordinato alla struttura ospedaliera competente di procedere all'impianto in utero degli embrioni, nonostante nello spazio temporale tra l'«accesso» alle tecniche e la conclusione delle procedure mediche fosse intervenuta la separazione dei coniugi e la revoca del consenso dell'uomo. In tale occasione, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere sostenne profili di non manifesta infondatezza dell'art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, in relazione agli artt. 2, 13, 30, 31 e 32 Cost., proprio nella parte in cui la disposizione impugnata cristallizza il consenso al momento della fecondazione dell'embrione. Senza entrare nel merito della decisione, è evidente come l'ordinanza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ha mancato di sollevare, davanti al suo giudice, una importante problematica costituzionale dell'art. 6, comma 3, ultimo periodo della legge n. 40 del 2004. Per un approfondimento dell'ordinanza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, si v. B. Liberali, *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, cit.; G. Ferrando, *Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni* in vitro*, dissenso del marito*, in *Nuova giurispru-*

zione strutturale della legge n. 40 del 2004, che ha introdotto questioni nuove, non prevedibili rispetto alle finalità originariamente stabilite dal legislatore. Il fine originariamente immaginato per la legge n. 40 del 2004 era quello di garantire alle coppie infertili e sterili di risolvere le «ingiustizie della natura»[17], favorendo «la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana»[18] attraverso il ricorso agli strumenti della scienza medica, così da soddisfare il proprio desiderio ad avere un figlio, nonché il diritto dell'embrione all'impianto in utero, così come sancito allo stesso art. 1 della legge n. 40 del 2004 che pone sullo stesso piano quest'ultimo e tutti gli altri soggetti coinvolti nel processo di fecondazione.

Come sottolineato dalla dottrina, è necessario che tale inciso normativo – pur non essendo mai stato oggetto di una questione di legittimità costituzionale – sia reinterpretato alla luce delle pronunce con cui la Corte ha «progressivamente ridisegnato l'impianto della disciplina»[19]. In occasione della sentenza n. 161 del 2023, il Giudice delle Leggi è tuttavia pervenuto alla sua decisione attraverso una «non perfettamente lineare interpretazione della sussistenza e della permanenza temporale dei requisiti soggettivi»[20], trascurando l'esigenza di adottare un'interpretazione sistematica e combinata della normativa.

L'art. 6, comma 1, della legge n. 40 del 2004 precisa in modo puntuale che le informazioni «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 nascituro» devono essere fornite dal personale medico per ciascuna delle tecniche applicate. In questo senso, con il presupposto che il *consenso* assume, nelle procedure di fecondazione assistita, il duplice valore di *consenso al trattamento medico in sé*, e *consenso all'assunzione di responsabilità verso il nato*[21], è chiaramente riscontrabile una prima "frattura" intrinseca della stessa norma di cui all'art. 6, la quale, al comma 3, pone il divieto di revocare il consenso *dopo* la fecondazione dell'embrione. Sul punto, rileva la *ratio legis* originaria

denza civile commentata, 2021, III, 649 ss.; R. Villani, *Trasferimento di embrioni crioconservati e separazione personale tra coniugi*, *ivi*, 586 ss.

[17] M. Fortino, *Cronache di una morte annunciata*, cit., 46.

[18] Cui va aggiunto, in seguito alla sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale, anche l'obiettivo di consentire l'accesso alle tecniche anche alle coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili.

[19] B. Liberali, *La cristallizzazione del consenso maschile nella fecondazione assistita e la sua trasformazione in strumento di tutela dell'«investimento fisico ed emotivo», della donna*, cit., 5.

[20] Così, M. D'Amico, B. Liberali, *La tutela della "corporalità" e dell'"investimento fisico ed emotivo" femminili: una scelta davvero a tutela della donna (e dell'embrione)?*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2024.

[21] G. Ferrando, *Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni* in vitro*, dissenso del marito*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, III, 652.

che, declinandosi nel garantire «il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa» era costruita su un impianto normativo che non prevedeva, allora, *gap* temporali tra la fecondazione dell'embrione e l'impianto in utero, previste ora in seguito, in particolare, della sentenza n. 151 del 2009.

La "destrutturazione" del contesto normativo della legge n. 40 del 2004 rende necessario procedere ad una interpretazione sistematica della norma di cui all'art. 6, interpretazione che, tuttavia, non è stata effettivamente compiuta dalla Corte. In relazione al bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, il Giudice delle Leggi preannuncia che la questione sottoposta alla sua attenzione è una questione «delicata» perché «consentendo l'impianto dell'embrione (o degli embrioni) anche in una situazione in cui, per il decorso del tempo, è venuto meno l'originario progetto di coppia, la norma che stabilisce l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo si è venuta a collocare al limite di quelle che sono state definite "scelte tragiche" in quanto caratterizzate dall'impossibilità di soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti nella fattispecie».

Il *punto di vista* che la Corte costituzionale adotta nel definire la sua posizione sulle questioni di legittimità costituzionale muove, dunque, dal presupposto fondamentale che, nonostante il divieto di revoca del consenso sia riferito a ciascuno dei soggetti coinvolti, «la norma non può condurre a ipotizzare un impianto coattivo nei confronti della donna». In questo caso, infatti, il *transfer* in utero si tradurrebbe in un vero e proprio trattamento sanitario, invasivo della sua stessa dignità.

Da un punto di vista prettamente biologico, la posizione della donna è estremamente diversa rispetto a quella in cui si trova l'uomo, in quanto il desiderio di paternità può realizzarsi solo grazie ad una donna che porti avanti la gravidanza[22]: il diritto di scelta tra paternità e non paternità si esaurirebbe e consumerebbe nel momento stesso della fecondazione dell'embrione[23].

Quanto invece alla libertà di autodeterminazione rispetto alla scelta se diventare genitore (padre) o meno, la Corte riconosce che la scissione determinata dalla caduta del divieto di crioconservazione incide e si ripercuote proprio sulla libertà di autodeterminazione dell'uomo: in questa situazione, infatti, «la volontà della donna di procedere comunque all'impianto dell'embrione costringe quella libertà a subire tale evento»[24]. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, la Corte costituzionale "ricostruisce" la posizione della donna – nelle tec-

[22] *Ibidem*, 651.

[23] Da qui, e dall'eterogeneità delle situazioni, che, secondo la Corte, discenderebbe la non fondatezza della questione rispetto al parametro costituzionale dell'art. 3 Cost.

[24] Corte cost., sent. 161 del 2023.

niche di fecondazione assistita e, quindi, anche nel giudizio costituzionale – come "corpo". Come affermato dal Giudice delle Leggi, infatti, «l'accesso alla PMA comporta per la donna il *grave onere*[25] di mettere a disposizione la propria corporalità, con un importante investimento fisico ed emotivo in funzione della genitorialità che coinvolge rischi, aspettative e sofferenze e che ha un punto di svolta nel momento in cui si vengono a formare uno o più embrioni». Tali considerazioni, cui si aggiunge che, secondo la Corte, «corpo e mente della donna sono inscindibilmente interessati in questo processo», comportano la funzionalizzazione del corpo femminile esclusivamente e strettamente alla procreazione[26].

In questo modo, la Corte costituzionale avrebbe determinato la trasformazione dell'irrevocabilità del consenso a strumento attraverso cui garantire il legittimo affidamento nella donna determinato dall'uomo al comune progetto genitoriale, garantendo al tempo stesso l'integrità psicofisica della donna stessa[27]. Questa posizione sarebbe ulteriormente confermata dalla circostanza che, nella sua interpretazione, la Corte costituzionale aggancerebbe alla tutela del legittimo affidamento della donna anche il riferimento alle maggiori – e più gravi – ripercussioni cui potrebbe incombere soprattutto laddove si consideri che, a causa dell'età o delle condizioni fisiche, alla donna non residuasse possibilità di intraprendere un nuovo percorso di PMA. La Corte afferma infatti che «a questo investimento, fisico ed emotivo, che ha determinato il sorgere di una concreta aspettativa di maternità, la donna si è prestata in virtù dell'affidamento in lei determinato dal consenso dell'uomo al comune progetto genitoriale».

Il Giudice delle Leggi sembra assegnare una «connotazione aprioristicamente positiva e dunque meritevole di tutela al desiderio di procreazione della donna» (e in secondo luogo, alla dignità dell'embrione), provocando di fatto una «frustrazione» del contrapposto interesse dell'uomo a non procreare[28]. Di conseguenza, l'irrevocabilità del consenso sarebbe funzionale «a salvaguardare l'integrità psicofisica della donna […] dalle ripercussioni negative che su di lei produrrebbe l'interruzione del percorso intrapreso, quando questo è ormai giunto alla fecondazione».

[25] Corsivo aggiunto.

[26] M. D'Amico, B. Liberali, *La tutela della "corporalità" e dell'"investimento fisico ed emotivo" femminili,* cit.

[27] In questo senso, si esprime anche B. Liberali, *La cristallizzazione del consenso maschile nella fecondazione assistita e la sua trasformazione in strumento di tutela dell'«investimento fisico ed emotivo», della donna*, cit.

[28] M. D'Amico, B. Liberali, *La tutela della "corporalità" e dell'"investimento fisico ed emotivo" femminili*, cit.

La compromissione della tutela degli interessi dell'uomo sembra allora giustificarsi alla luce di un confermato cambiamento di prospettiva rispetto alla funzione attribuita originariamente dal legislatore del 2004 all'irrevocabilità del consenso: esso infatti non sarebbe più utile ai fini di garantire la realizzazione di un progetto di vita famigliare quanto più aderente all'idea di una "famiglia tradizionale", quanto piuttosto quello di sostenere e tutelare l'affidamento che la donna aveva posto sulla scelta autodeterminata dell'uomo all'inizio del percorso di PMA.

Per quanto riguarda invece l'embrione, la sentenza n. 161 del 2023 parrebbe fare da eco alla posizione precedentemente adottata dalla Corte in occasione della sentenza n. 151 del 2009, in cui era stato affermato che – seppur l'embrione goda di un certo grado di soggettività correlato alla genesi della vita, tale per cui non può essere ridotto a mero materiale biologico[29], ma anzi deve riconoscersi la tutela della sua stessa dignità[30] all'art. 2 Cost. – non è possibile garantire l'assolutezza della sua tutela, dovendo talvolta procedere ad una sua limitazione in nome delle esigenze della procreazione e del diritto alla salute della donna[31].

In altri termini, pur valorizzando ulteriormente la tutela della dignità dell'embrione, così come la Corte aveva già fatto in occasione delle sentenze nn. 229/2015 e 84/2016, con la sentenza n. 161 del 2023 la motivazione viene costruita attorno alla maggiore tutela della donna. Pur posti sullo stesso piano, l'interpretazione della Corte costituzionale è orientata a garantire *prima* la corporalità della donna e *dopo* la dignità dell'embrione.

La necessità di garantire la tutela della salute e della corporalità della donna, nonché la tutela – seppur limitata – della dignità dell'embrione rende «non irragionevole la compressione, in ordine alla prospettiva di una paternità, della libertà di autodeterminazione dell'uomo»[32] e, di conseguenza, rende non irragionevole la «scelta tragica» operata.

[29] Cfr. Corte cost., sent. n. 229 del 2015. Per un approfondimento di tale pronuncia, si v. I. Pellizzone, *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati*, in *Studium Iuris*, 2016, VII-VIII, 826 ss.

[30] Sulla costruzione della «dignità antropologica» (cfr. Corte cost., sent. n. 84 del 2016), si v. B. Liberali, *Scelte definitorie fra scienza e diritto: una questione non solo terminologica*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 241 ss. In generale, sul concetto di *dignità umana*, si v. A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011.

[31] Corte cost., sent. n. 151 del 2009.

[32] Corte cost., sent. n. 161 del 2023.

§ 4. – *Riflessioni conclusive. Tra rotture di "dogmi" e sopravvivenza dei requisiti soggettivi ex art. 5, l. n. 40 del 2004*

L'interpretazione della Corte relativamente al ruolo e alla centralità della tutela della salute e della *corporalità* della donna ha comportato un ulteriore scostamento dall'assetto normativo originariamente stabilito dal legislatore nel 2004, benché non sia stata accolta la questione di illegittimità costituzionale.

Nel contesto di un quadro normativo già profondamente alterato da precedenti interventi della stessa Corte, la sentenza n. 161 del 2023 ha amplificato lo sbilanciamento degli equilibri della legge n. 40 del 2004, comportando la "rottura" di un fondamentale dogma, o quantomeno la prosecuzione di un processo di «sgretolamento» non solo della legge, ma anche dei principi su cui essa si fondava.

La «scelta tragica» adottata dalla Corte e il conseguente sacrificio della tutela degli interessi dell'uomo hanno determinato una revisione del ruolo e della funzione dell'art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, relativo all'irrevocabilità del consenso per la prosecuzione delle tecniche di procreazione assistita dopo la fecondazione dell'ovulo. La previsione normativa della «cristallizzazione» del consenso maschile non risponderebbe più all'esigenza di garantire la realizzazione di un progetto di vita famigliare – intrapreso consapevolmente e consensualmente dalla coppia – quanto piuttosto alla necessità di garantire la tutela del legittimo affidamento della donna al completamento di quel progetto di vita famigliare, a prescindere dalla sopravvivenza della volontà del padre. In altri termini, la Corte costituzionale sembrerebbe riconoscere maggior valore alla posizione della donna e alla volontà di questa di realizzare il proprio desiderio di genitorialità, nonostante nel percorso di PMA siano intervenuti elementi che non avrebbero più permesso la creazione di un nucleo famigliare quanto più aderente all'idea di "famiglia tradizionale"[33], intesa cioè composta da due figure genitoriali (di diverso sesso).

In questo modo, il Giudice delle Leggi ha articolato una tutela per la donna e per l'embrione applicabile anche in situazioni di conflitto tra genitori e in casi in cui vi sia un'assenza di volontà paterna di assumere il ruolo genitoriale, nonostante l'art. 9 della legge n. 40 del 2004 preveda comunque l'obbligo di riconoscimento della paternità.

A fronte di quanto detto, è necessario riflettere sulle possibili implicazioni della sentenza n. 161 del 2023, in relazione al processo di

[33] Preme qui richiamare, come elemento dinamizzante nel processo di «sgretolamento» della legge n. 40 del 2004 anche la sentenza n. 162 del 2014, con la quale la Corte ha aperto alla possibilità di accedere anche alla fecondazione eterologa. Sul tema, si v. M. D'Amico, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal*, 2014.

destrutturazione del dogma della famiglia tradizionale – intesa come finalità della legge n. 40 del 2004 – e al suo impatto sull'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. In altri termini, riconoscendo prevalenza in primo piano all'interesse a portare avanti una gravidanza e in secondo piano all'interesse a nascere, è opportuno domandarsi se tale evoluzione possa aprire la strada a forme di genitorialità non convenzionali, caratterizzate dall'assenza del componente della coppia che, nel contesto della sentenza a commento, potrebbe ritenersi "sacrificabile". Appare quindi interessante interrogarsi sulla possibilità che la sentenza in esame abbia introdotto ulteriori fratture nell'impianto normativo della legge n. 40 del 2004, e se, conseguentemente, possa aprire a future questioni di legittimità costituzionale relative ai divieti di accesso alle tecniche di PMA[34]. Tali divieti, inizialmente concepiti per proteggere una specifica configurazione familiare in linea con il «grado di accettazione sociale»[35], sembrano ora entrare in tensione con l'attuale contesto sociale. Proprio in relazione al tema della famiglia tradizionalmente intesa, in occasione della sentenza n. 221 del 2019, la Corte costituzionale aveva affermato che «l'idea che una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il "luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali»[36].

La concezione della famiglia "*ad instar naturae*" originariamente immaginata dal legislatore del 2004 sembra mutare nel contesto della sentenza n. 161 del 2023, che ha determinato un attenuarsi del requisito della «coppia sposata o convivente», pur necessario al momento

[34] Sul punto già B. Liberali, intervento "*Alla ricerca del fondamento costituzionale del diritto alla procreazione*" al convegno *Just Parent. Legal protection for social parenthood* – Modena 22, 23 e 24 febbraio 2024 aveva avanzato la possibilità che, proprio come conseguenza della sentenza n. 161 del 2023, sarebbero state proposte questioni di legittimità costituzionale sull'art. 5 della legge n. 40 del 2004, con la prospettiva di aprire l'accesso alla PMA anche per coppie non conformi ai requisiti soggettivi originariamente immaginati dal legislatore del 2004.

[35] Corte cost., sent. n. 221 del 2019.

[36] *Ibidem*, dove la Corte afferma inoltre che «nell'esigere, in particolare, per l'accesso alla PMA, la diversità di sesso dei componenti della coppia – condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia – il legislatore ha tenuto conto, d'altronde, anche del grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta "omogenitorialità" nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto». Inoltre, la Corte aveva ribadito che la disciplina della genitorialità e della famiglia ex artt. 29, 30 e 31 Cost. si ispira al paradigma eterosessuale: di conseguenza, non sarebbe irragionevole la scelta di riservare la procreazione medicalmente assistita alle famiglie "più idonee" (sul tema, si v. M. Manetti, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2020, 2613).

dell'"accesso", legittimando però la prosecuzione delle tecniche di PMA in un contesto familiare che non risponde più ai principi stabiliti dalla legge n. 40 del 2004. In tale prospettiva, è opportuno interrogarsi se l'infertilità «fisiologica»[37] della coppia omosessuale femminile, così come quella della donna *single* – pur differendo ontologicamente dall'infertilità delle coppie eterosessuali – non possa ora configurarsi come una questione costituzionalmente rilevante, alla luce di un'interpretazione della Corte costituzionale che, privilegiando l'interesse della donna a proseguire nel progetto di vita familiare, conduce, in ultima analisi, alla "rottura" del dogma della famiglia tradizionale, prediligendo la tutela dell'embrione anche in contesti genitoriali caratterizzati da conflittualità o, più in generale, da condizioni sostanzialmente diverse rispetto a quelle originariamente contemplate dal legislatore.

Postilla

Nelle more della stesura del presente contributo sono state sollevante dinnanzi alla Corte costituzionale due questioni di legittimità costituzionale che appaiono interessanti per le riflessioni qui contenute.

Con l'ordinanza di rimessione n. 196 del 2024, il Tribunale di Firenze ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull'art. 5 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non permette l'accesso alle donne *single* alle tecniche di PMA. Nel motivare in punto di non manifesta infondatezza, il giudice *a quo* richiama il mutato contesto normativo della legge n. 40 del 2004 determinato dalla sentenza n. 161 del 2023, in quanto quest'ultima avrebbe privilegiato la nascita dell'embrione in un contesto famigliare non più aderente ai parametri strettamente imposti dalla stessa norma impugnata[38]. Ciò porterebbe a dubitare della solidità dei requisiti soggettivi, in quanto non sarebbero più in grado di rispondere alla necessità di garantire la creazione di un nucleo famigliare tradizionalmente inteso, venendo meno la loro utilità ai fini della tutela dei diritti dei soggetti coinvolti, a ben vedere cioè donna ed embrione.

[37] Corte cost., sent. n. 221 del 2019

[38] Il giudice *a quo* motiva ulteriormente affermando che l'art. 5 prevede un'irragionevole disparità di trattamento, senza che tale disparità possa essere giustificata da alcun interesse costituzionalmente rilevante, tra categorie di soggetti, a seconda che si tratti di coppie o *single* sebbene nel nostro ordinamento venga ammessa e tutelata la famiglia monogenitoriale attraverso la disciplina dell'adozione di persone singole in casi particolari, e a seconda delle risorse economiche di ciascuno.

Su un piano differente, ma ugualmente interessante, è l'ordinanza di rimessione n. 186 del 2024 del Tribunale di Como, il cui caso di specie si inserisce in un contesto di nascita di un minore in un progetto di procreazione medicalmente assistita, nello specifico di tipo omologo, intrapreso da una coppia di sesso diverso e conclusa quando uno dei due membri della coppia aveva ottenuto la rettificazione del sesso anagrafico, determinando la conclusione del progetto di vita famigliare come coppia di sesso uguale. Il giudice *a quo* solleva questione di legittimità costituzionale sugli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui, limitando l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole «coppie […] di sesso diverso», impediscono che vi possa ricorrere una coppia formata da componenti dello stesso sesso, allo scopo di consentire la fecondazione omologa tra il gamete maschile di uno di essi (crioconservato prima della rettificazione dell'attribuzione di sesso, quando la coppia era formata da componenti di sesso diverso) e il gamete femminile dell'altro e sanzionano, di riflesso, chiunque applichi tali tecniche «a coppie […] composte da soggetti dello stesso sesso».

Tuttavia, quanto la parte contestava dinnanzi al Tribunale di Como non era tanto l'impossibilità di *accedere* alle tecniche di PMA[39] (dal momento che, di fatto, la coppia aveva già fatto accesso come coppia di sesso diverso), quanto piuttosto la difficoltà, intervenuta la rettificazione del sesso anagrafico del padre biologico, di riconoscere la paternità del minore nato. La parte, infatti, contesta la rigidità dell'art. 250 c.c. in quanto impedirebbe il riconoscimento della paternità da parte di un soggetto che, pur avendo partecipato biologicamente al processo di fecondazione, non corrisponde al genere maschile al momento del riconoscimento giuridico della genitorialità.

A prescindere da problematiche di rilievo processuale, l'ordinanza n. 186 del 2024 impone di riflettere su numerosi temi, quali anche l'individuazione delle possibili categorie della genitorialità, e non solo la possibilità di modificare i requisiti soggettivi dell'art. 5 della legge n. 40 del 2004. Sarà interessante vedere come la Corte si muoverà in confini da lei stessa confermati nella loro legittimità, ma applicati in un contesto normativo di "crisi" della famiglia tradizionalmente intesa e dei suoi elementi fondanti.

[39] La Corte costituzionale, con la sentenza n. 161 del 2023, aveva inoltre chiarito che i requisiti soggettivi ex art. 5 della legge n. 40 del 2004 sono necessari per «accedere» alle tecniche di PMA. Infatti, «il dato testuale non richiede […], che tali presupposti rimangano invariati anche dopo la fecondazione.

Abstract

The essay examines Constitutional Court ruling no. 161/2023, which redefines the balance within Law no. 40/2004 on assisted reproduction by emphasizing women's health and autonomy. Although it upheld the law's constitutionality, the ruling undermines the original model of the traditional family, shifting the focus from shared parental intent to the woman's individual right to motherhood. This interpretation weakens the requirement of male consent and opens the door to non-traditional forms of parenthood, raising new constitutional questions about access to PMA for single women and same-sex couples.

III.14. *Love will tear us apart, and reproductive cells too*

Post-mortem reproduction in Italy and Spain: litigation, filiation recognition rules, and immortal parenthood

di Stefania Pia Perrino*

Summary: § 1. – *Introduction*. § 2. – *The reproductive contingencies*. § 3. – *The governance of the reproductive contingencies*. § 4. – *The* post-mortem *reproduction*. § 5. – *The Italian legal approach on* post-mortem *reproduction*. § 6. – *The case law approach on the Italian legal ban, affixing limits to its application space*. § 6.1. – *The case law on* post-mortem *fertilization and succession in the cryo-deposit contract*. § 6.2. – *The* post-mortem *embryo transfer*. § 6.3. – *A new apparent approach on the women's body and some succession implications*. § 7. – *The European case law on* post-mortem *reproduction*. § 8. – *The recent Spanish legal framework*. § 9. – *The cross-border issues*. § 10. – *Conclusion*.

§ 1. – *Introduction*

Biological factors shaped the national laws of filiation and enforced a gender-hierarchical heterosexual order[1]. Against this legal backdrop, intentional[2] and functional parenthood[3] gained traction in some European reforms or judicial reasoning, addressing a new range of family configurations, while considering stepchild adoptions[4], double motherhood by reception of the partner's eggs, filiation by surrogacy performed abroad[5] or by embryo-sharing, by the application of kafala[6] and, recently, with *post-mortem* reproduction applications.

* Università degli Studi di Milano - Bicocca.

[1] D. Nejaime, *The Nature of Parenthood,* in *The Yale Law Journal*, 2017, 2260-2381; Idem, *Marriage Equality and the New Parenthood,* in *Harvard Law Review*, n. 5/2016, 1185 ss.

[2] T. Auletta, *L'incidenza dell'interesse del minore nella costituzione o rimozione dello stato filiale*, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università editrice, 2021, 523-610.

[3] C. Huntington, C.G. Joslin, C. Von Bary, *Social Parenthood in Comparative Perspective,* New York, NYU Press, 2023, 1-10.

[4] M.G. Stanzione, *Filiazione e genitorialità: il problema del terzo genitore*, Torino, Giappichelli, 2010, 111.

[5] I. Corti, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo, Trattato di Biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011, 1479-1494; Idem, *La maternità per sostituzione*, Milano, Guffrè, 2000; P. Giunti, Per te tamen haberem…*Modelli antichi e moderni tra maternità biologica e maternità sociale*, in R. Fiori (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, Jovene, 2011, 243-276; M. Sesta, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, 203-213; P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, 193-202.

[6] R. Senigaglia, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione". I casi della poligamia e della kafala di diritto islámico,* in *Europa e Diritto privato*, n. 2/2014, 533; G. Carapezza Figlia, *Tutela del minore migrante ed ermeneu-*

Usually, *post-mortem* reproduction is banned[7]. However, certain European national laws allow it, such as the Spanish legal system, and other legal frameworks do not provide a notion for this phenomenon while it is banned.

The procedure can be traced in several scenarios[8]: examples may include the use of embryos cryopreserved following the deceased partner's instructions (if available), the use of cryopreserved gametes based on consent given during artificial insemination, or the removal of gametes immediately after death to carry out PMA techniques. So, it is relevant to understand if all the mentioned procedures are banned or if some do not qualify as *post-mortem* reproduction.

The issue generates several pressing questions that can be summarized as follows: is it allowed to use one patient's cells or embryo after his/her death?; who is the parent in these cases?; when there aren't specific rules, is it possible to apply the national rules on filiation based on biological factors?; whenever *post-mortem* procedures are performed abroad (e.g. in Spain), is it possible to recognize the *status filiationis* or is it against the public policy clause?; Is there any difference within the national case law approaches on the matter?[9]; is this *filiation status* based on consent[10]?

To comprehend the aforementioned interpretative knots, it is essential to implement the following investigative plan.

The first step would be devoted to identifying the several reproductive contingencies that may occur after informed consent to *in vitro* fertilization (IVF). Between these phenomena assessment, peculiar attention needs to be addressed to the *post-mortem* procreation, by considering the general notion and its various facets and nuances. Moreover, the essay will trace a comparison of the regulatory scenario. This analysis will help to investigate how the Italian legal system regulates reproductive health, specifically *post-mortem* reproduction. Thereafter, a national case law analysis will be conducted to explore how national

tica del controllo, in *Dir. fam. pers*., 2018, 239 ss.; P. Virgadamo, *La kafalah tra ordine pubblico, miglior interesse del minore e tutela integrale della persona,* in *Dir. succ. fam*., 2019, 247.

[7] M. Faccioli, *La procreazione assistita* post mortem *tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004*, in *Biolaw Journal*, n. 3/2021, 27 ss.

[8] A. Figone, *Fecondazione omologa post mortem: nell'atto di nascita la paternità in capo al padre defunto*, in *ilFamiliarista,* 20 November 2019; G. Cassano, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*, in *Famiglia e diritto*, 1999, 384-393; G. Baldini, *Ricognizione dei profili problematici in tema di fecondazione artificiale* post mortem, in *Rassegna di diritto civile*, 1995, 725-745.

[9] R.E. De Rosa, *La procreazione medicalmente assistita post mortem. un confronto italo-spagnolo,* in *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* 2022, 17-*bis*, 576-603; F. Lledó Yagüe, *Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica,* in Aa.Vv., *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas,* Madrid, Dykinson, 2006, 155 ss.

[10] M. Álvarez Sarabia, *Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida*, in *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, n. 1/2015.

courts consider and apply the regulation and how the legal principles are practically enforced in reproductive health cases. Subsequently, the hermeneutic approach of Italian jurisprudence will be compared with the Spanish legal provisions on the matter and with the European court's rulings.

§ 2. – *The reproductive contingencies*

Assisted reproductive techniques (ART or MAP) encompass a range of medical procedures designed to aid people who face challenges in conceiving naturally. These techniques are employed when spontaneous conception is impossible or highly unlikely, or when other pharmacological or surgical interventions prove inadequate.

ART includes various therapeutic options categorized into three levels based on complexity and technical invasiveness. As with other medical procedures, patients access ART with informed consent, which authorizes the doctor and the expert staff to pick up, fertilize, and implant the reproductive cells and embryos obtained.

However, after the consent, the patient or patients could decide to cryopreserve the cells and the embryos to postpone the embryo transfer. And, specifically, during the cryo-phase, which can last days, weeks, months, even years, and even decades, several contingencies could happen.

The most common contingency to cryopreservation can be traced in the couple crisis: the married or unmarried couple might abandon the common life project and, as well, the one concerning the formation of a family with children together.

Another but more recent case can be identified whenever the person or one of the patients of the couple, whose access to MAP, transitions, with a registry rectification of the gender assigned at birth or with a change in primary and secondary sexual characteristics.

Last but not least: one or both patients could die.

§ 3. – *The governance of the reproductive contingencies*

In the countries most advanced in the field[11], such contingencies are regulated and space is provided for techniques to be performed or

[11] On Spain, see: R. Rubio, *El estatuto juridico de la vida por nacer*, in A. D'Aloia, *Il diritto e la vita. un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Napoli, Jovene, 2011, 145 ss.; P. Rodriguez, P. Patron, *Voluntad de la mujer versus nasciturus*, *ivi*, 137-144; I. Alkorta, *Spanish Legal Reproscape: The Making of a Bio-Industry*, in *Law, Technology and Humans*, n. 1/2021, 127. On the UK, see: D. Brahams, *The legal and social problems of in Vitro Fertilisation: Why Parliament must legislate,* in *New Law Journal*, n. 4/1983, 236 ss.; M.D.A. Freeman, *After Warnoch-Whither the Law?*, in *Current Legal Current Legal Problem,* 1986, 99; P. Grubb, D. Pearl,

clear preclusions to cell use at the onset of a contingency. However, such cases are not always regulated because the lawmakers have not measured themselves, or have not done so adequately, with the potential and implications of cryopreservation[12]. This is precisely the case in Italy[13], where it is the administration first and the judiciary subsequently that have to contend with contingencies and apply minimal, rigid, and outdated regulatory dictate.

In the first among the cases mentioned, the problem of balancing opposite needs arises: on the one hand, the desire for filiation subsists, and, on the other hand, the right to therapeutic self-determination in artificial procreation procedures might supervene but does not necessarily subsist in every case.

In the second case, traditional notions of parenthood are challenged: gestational capacity might be departed from the legal notion of motherhood; the dating legal concept of fatherhood may be disregarded.

In the last case scenario, the legal scientist observer can trace the most sensitive and complex issues, considering the application of succession law to reproductive cells and embryos and legal filiation after death in contrast with the traditional private law rules.

§ 4. – *The* post-mortem *reproduction*

Post-mortem reproduction generally refers to the use of assisted reproductive techniques after an individual's death. Thanks to advancements in cryopreservation techniques, which play a pivotal

Medicine, health, the family and the law, in *Family Law,* n. 16/1986, 227; H.D. Krause, *Artificial Conception: Legislative Approaches,* in *Family Law Quarterly,* n. 3/1985, 185; D. Parker, *Legislation on Human Infertility Services and Embryo Research,* in *Family Law*, n. 17/1987, 168; E. Walsh, *Warnock and after,* in *Family Law, n.* 15/1985, 138. On France, see: L. Balestra, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese,* in Aa.Vv., *La fecondazione assistita. Riflessione di otto grandi giuristi,* Milano, Corriere della Sera, 2005, 84; C. Piciocchi, *La disciplina giuridica della procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento francese,* in C. Casonato, T.E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato,* Torino, Giappichelli, 2008, 107-130.

[12] Such as Germany and Austria.

[13] Aa.Vv., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi,* Milano, Correre della Sera, 2005; L. Lenti, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità,* Padova, Cedam, 1993; N. Riva, *Diritti e procreazione assistita: le ragioni della legge n. 40/2004,* in *Sociologia del Diritto*, n. 1/2010, 39-64; Idem, *Diritti e procreazione medicalmente assistita. Un esame della normativa italiana,* Roma, Aracne, 2012; M. D'amico, B. Liberali, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future,* Napoli, ESI, 2016; L. d'Avack, *Il potere sul corpo. Limiti etici e giuridici,* Torino, Giappichelli, 2015; Idem, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, I ed., Torino, Giappichelli, 2012; I.A. Caggiano, *Tipologie di procreazione, stato di filiazione e conseguenze patrimoniali,* Pisa, Pacini, 2017.

role in enabling *post-mortem* reproductive options, this field has seen progressive growth.

Within this phenomenon, *post-mortem* reproduction encompasses diverse approaches that can be summarized in four distinct variations: posthumous sperm retrieval, *post-mortem* fertilization, and embryo implantation after the other partner's demise.

The first *post-mortem* technique hypothesis is known in the scientific literature as posthumous sperm retrieval: it has been available for almost seventy years and it is a form of cell explant from a cadaver by lowering body temperature after death to preserve the viability of gametes in the hours immediately following death. By slowing the decay of tissues and cells, cell harvesting for assisted reproduction is permitted. This posthumous cell-extraction procedure is initiated on a deceased subject *ab initio* so that the other patient can use the gamete, fertilize it by using artificial reproductive technologies, obtain an embryo, and then implant it to eventually start a pregnancy.

The second case is traced to the fertilization of gametes, taken from living people, cryopreserved, then thawed and processed at a time when one of the two patients has died while the other is still alive.

The third case of posthumous MAP is usually traced whenever reproductive cells have been taken from living subjects, explanted, and fertilized to form an embryo, then the embryo is subject to cryopreservation and then used in the embryo-transfer procedure towards the woman of the couple only after the death of the partner.

A different dimension of the latter case is quite similar in the procedure, however, the difference occurs in the patient who dies: reproductive cells have been taken from living subjects, explanted, and fertilized to form an embryo, and then the embryo is subject to cryopreservation and then used in the embryo-transfer procedure activated by the surviving patient, the man, who wants to use the embryo by implanting it in the uterus of a woman who is not biologically linked to the embryo. This procedure is reminiscent of a form of surrogacy. However, it is not because the intentional mother is the one who carries the gestation to completion, which is generally the one component missing in surrogacy. This procedure is more like heterologous fertilization, in which instead of obtaining gametes donated by third parties, an embryo is obtained directly, and in this embryo, the pregnant woman's oocyte has not been used.

§ 5. – *The Italian legal approach on* post-mortem *reproduction*

Italy's legal framework for human artificial procreation is governed by Law No. 40 of February 19, 2004. This brief, but comprehensive legislation outlines both objective and subjective requirements for the execution of medically assisted reproductive techniques. Additionally, it imposes several prohibitions related to procedures involving embryos.

The above-mentioned law establishes specific criteria for accessing assisted reproductive techniques to be met for individuals within the country. Eligibility is limited to living, heterosexual couples who are married or not married but living together, who fall within potentially fertile age ranges are eligible. Crucially, these individuals must provide informed and voluntary consent to access the assisted reproductive procedure and become parents, based on their assumption of procreative and parental responsibility for the child.

Law No. 40 explicitly prohibits certain practices related to embryos: such as cloning, the creation of genetically identical copies of an organism; experimentation, conducting research or testing on embryos; creating hybrids and chimeras, which means combining genetic material from different species; surrogacy, allocating gestation to a surrogate mother. Notably absent from the prohibition list is the *post-mortem* fertilization ban which is quite common in the EU legal systems: the Italian law does not include a specific prohibition on *post-mortem* fertilization.

However, a careful analysis of legislative intent reveals that only living individuals can access these assisted reproductive techniques, and violating the access requirements constitutes an offense under Article 12 of the law. Consequently, any breach of these criteria is subject to legal sanctions and, since vitality is a prerequisite for access, *post-mortem* procreation is implicitly prohibited and punishable by Italian law. In summary, Italy's legal framework ensures that assisted reproductive techniques are available only to living individuals who meet specific criteria. While the law does not explicitly forbid *post-mortem* fertilization, its underlying principles prohibit such practices.

According to the general principle, summarized in Art. 12 of Preleggi[14], Italian legal norms that lack specificity must be interpreted in a manner consistent with the letter of the law and the intent of the legislature. Consequently, while the law does not explicitly address different types of *post-mortem* procreation, its emphasis on consent and vitality effectively restricts all forms of such practices. Rather than distin-

[14] G. Iorio, *L'interpretazione della legge civile*, Torino, Giappichelli, 2024.

guishing between specific methodologies, the law appears to preclude any variation of *post-mortem* procreation.

However, the case law distinguished the *post-mortem* declination and, in certain cases, allowed the procedure considering the case outside of the *post-mortem* (indirect) ban application space.

§ 6. – *The case law approach on the Italian legal ban, affixing limits to its application space*

Despite the regulatory provision of broad application, which is therefore applicable to all cases of *post-mortem* fertilization, Italian jurisprudence has adopted a very different interpretative direction differentiated by type of treatment.

According to Italian jurisprudence, the prohibition of *post-mortem* fertilization does not apply to all the cases declined in the previous paragraph, but only applies to some of them. In particular, it is anticipated from the outset, that the prohibition of *post-mortem* fertilization would find application only when the subject at the time of the beginning of the procedure is deceased or when the embryo has not yet been produced. In the second case, there are, if anything, two cryopreserved gametes, and the fertilization procedure has not yet taken place at the time of death. Nevertheless, there are still doubts about this second case, because according to some courts, succession in the gamete deposit contract would take place, with the wife being the universal heir; for other courts, there isn't space for succession in the cryodeposit contract.

On the other hand, for *post-mortem* procreation, *i.e.*, the uterine transfer of an embryo produced already before the death of one of the two parties, the Italian case law agreed: it does not fall under the prohibition.

Moreover, the indications of case law have been implemented by the Ministry of Health with the new guidelines for MAP experts and clinics. However, it is a priority to understand the reasons behind these decisions.

No case of posthumous or perimortem sperm retrieval is recorded, so on this point case law does not seem to have taken a position. On the other hand, the lack of precedent may also depose in the sense that this practice is prohibited and the adversarial stage in court is not reached because the prohibition is clear on this point.

For the *post-mortem* fertilization of cryo-preserved gametes, only first-instance courts in the country have ruled, and there is no Supreme Court intervention yet.

§ 6.1. – *The case law on* post-mortem *fertilization and succession in the cryo-deposit contract*

At first, the Tribunal and the Court of Appeals of Bologna ruled out the possibility of delivering the gametes of the deceased to the surviving patient, given that Italian law precludes *post-mortem* fertilization[15]. Similarly, the Court of Rome[16] affirmed that informed consent allows cryopreservation and use of cells taken during the patient's lifetime, however, it conditions such treatments to the reproductive purpose. So, abstractly the technique of artificial insemination on these gametes, according to the finality principle, is permissible even after death. However, the reproduction function – so the finality – persists only during the patient's life. After death, on the other hand, permission for use by the surviving partner is lost. Second, biological specimens are not objects of right; they are not property and, therefore, cannot form the subject of property. If so, according to the Roman court, they cannot be transmitted through the rules of mortis causa succession. And so, the patient, who had joined the PMA cycle with her partner, cannot claim control of these cells because she does not own them.

On this point, the Court of Modena has more recently intervened, again emphasizing the principle of finality: informed consent to PMA is functional to assisted reproduction and, therefore, to the achievement of filiation. This finality is binding precisely because the treatment is authorized by informed consent. In addition, the patient indeed has an informational relationship of belonging to the gametes, so once the subject ceases, the authorization for the use of the body parts and the information contained therein is lost. However, cryopreservation treatment of the cells would be useless, lacking a cause, if not functionalized for future use in an artificial insemination cycle. Nonetheless, as the capital court has already stated, the provisions of legitimate *ab intestato* succession do not apply, so the surviving spouse cannot legitimately request and achieve the delivery of the cryopreserved cells as a universal heir.

Yet, the same court affirmed the exact opposite in a later ruling. The Roman court[17] asserted that the will of the person who consented to the removal of the cells can govern the same through the will: among the atypical non-patrimonial testamentary dispositions one can revoke consent to PMA, as long as there is no formation of the embryo and can even revoke one's consent to the cryopreservation contract. So, in con-

[15] Trib. Bologna, 31 maggio 2012, n. 1522 in *Foro it*., 2012, I, c. 3349, conf. da App. Bologna, 11 dicembre 2013, n. 2203.

[16] Trib. Roma, sez. II, 28 giugno 2013, n. 14146, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, 1, 139 ss.

[17] Trib. Roma, 8 maggio 2019, in *Foro it*., 2019, 1, 1952.

trast to precedent, the Roman court affirms that mortis causa succession cannot be denied in the control of the *de cuius* already explanted gametic cells.

So, based on a quantitative and qualitative analysis of precedent, the majority view would seem to preclude succession in the deposit contract and thus *post-mortem* fertilization with the husband's gametes. This solution seems convincing because it precludes forms of discrimination against women who are not married to the other patient. After all, it seems respectful of self-determination in care, including reproductive care, as well as people's power of control over their body parts. Management of body parts for the time after death should be done through the most appropriate means, such as the biological will. Consequently, if realized, the prematurely deceased person cannot be regarded as a parent in the absence of the constitutive basis of social parenthood, namely valid and effective informed consent to assisted reproduction treatment.

Nevertheless, concerning the instrument for the exercise of therapeutic self-determination, namely informed consent, reference must be made to the biological will to produce effects after death, concerning the powers of control over human reproductive cells by way of succession a distinction needs to be made. Among the atypical non-property provisions of the will, the testator may, per Italian law, provide for and dispose of control over his or her cells in the future. The will, with its guarantees of form and content, allows the interests of the testator and the public order to be protected. Otherwise, the rules on legal succession cannot be applied, because there would be a lack of provision applicable to this kind of legal thing without economic value. So, testamentary succession could be considered permissible but not succession governed by law, in the absence of a valid, complete, effect-producing will. Thus, there are different instruments: first, there is the consent, which after death must be included in the living will, and then, there is the succession in the cell cryo-deposit contract, which requires the exercise of the testator's autonomy, with a testamentary succession.

§ 6.2. – *The* post-mortem *embryo transfer*

Different considerations have been made by Italian jurisprudence for the embryo transfer of an embryo produced before the partner's death and implanted after the partner's death: it is not covered by the prohibition, the practice is permitted, it complies with the subjective requirements for access to the law and the child born is the child of the

predeceased patient, according to the first instance courts of Bologna[18], Lecce[19], L'Aquila[20] and even the Supreme Court[21]. On the matter, even the Constitutional Court adopted the same approach[22].

According to case law, the Italian rules do not provide for an express prohibition of *post-mortem* procreation but, if anything, provide that the patients must both be alive at the time the fertilization cycle is commenced, according to Article 5 of Law no. 40/2004. Therefore, if the patients were both alive at the time treatment began, the procedure meets the subjective requirements of the law, regardless of the death of one of the patients at a later time. Cryopreservation and implantation constitute only the stages of a cycle that begins with the retrieval and fertilization of gametes, the same is already legitimately underway but is, for a few days or a few years, suspended. Secondly, the peculiarity of informed consent to treatment is emphasized: the determination to undergo PMA becomes irrevocable after fertilization of the oocyte so that the death of one of the two patients is irrelevant unless a revocation is manifested. Subsequently, the purpose of consent is emphasized, under the principle of finality, in this case exclusively procreative since no other purpose is admissible for the explant of gametic cells in Italy. Lastly, consent, as already affirmed for the continuation of the cycle of PMA during a marital crisis, is given in the interest of the future child and, like many of the rules contained in law no. 40/2004, safeguards the embryonic entity in a particularly vulnerable condition.

Particular attention must then be paid to the recent ruling in which the Constitutional Court intervened on the revocation of consent to medically assisted reproduction and sharply outlined the dichotomy of the man's irrevocable consent and the woman patient's always revocable consent in assisted fertilization procedures. According to the Constitutional Court, it is true that the rule of law prohibits the withdrawal of consent after fertilization of the oocyte and that this restricts self-determination in treatment, but the determination of the man who accesses procreation «matures in a context in which he is made aware of the possible recourse to cryopreservation, as introduced by constitutional case law, and he also gives his consent to this eventuality». Thus,

[18] Trib. Bologna, sez. I, 16 gennaio 2015.
[19] Trib. Lecce, 24 giugno 2019, n. 2190, in *D&G*, 8 agosto 2019.
[20] App. L'Aquila, sez. I, 20 giugno 2022, n. 875, in banca dati *De Jure*.
[21] Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000.
[22] Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, in *www.cortecostituzionale.it*. On the matter, see M. D'Amico, B. Liberali, *La tutela della "corporalità" e dell'"investimento fisico ed emotivo" femminili: una scelta davvero a tutela della donna (e dell'embrione)?*, cit., 1358-1352; B. Liberali, *La cristallizzazione del consenso maschile nella fecondazione assistita e la sua trasformazione in strumento di tutela dell'«investimento, fisico ed emotivo», della donna*, cit., 557 ss.; F. Angelini, *La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma l'irreversibilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni. Commento alla sentenza n. 161 del 2023,* in *Nomos*, n. 3/2023, 4 ss.

once the patients have determined the vitrification of the embryos and the blastocyst is now formed, it must be expected that something may happen to the couple in the medium term. Moreover, informed consent to PMA has a peculiar function: the legal act in question serves to establish the status of the child born of artificial reproduction techniques; it constitutes the manifestation of the will not only to undertake a therapeutic course of action but – above all – to assume parental responsibility voluntarily and consciously over the child born.

In addition to the arguments already expounded by other judges, the Italian Constitutional Court moves from a new consideration, namely the particular way in which PMA affects a woman's body. The patient undergoes more invasive therapies and treatments than those reserved for the man. Unlike her partner, she is forced, the court argues, to undergo severe risks and suffering. The woman undergoes these time-delayed procedures after placing her trust in the man's expressed determination as well. Thus, the irrevocability of consent preserves the psycho-physical identity of the woman involved. In this sense, reference is made to the content of the 2015 guidelines implementing law no. 40/2004, where they provide that the patient may request embryo transfer at any time.

§ 6.3. – *A new apparent approach on the women's body and some succession implications*

After attributing importance to the patient's body, however, the Constitutional Court goes on to state how the consent given is also functional in protecting the dignity of the embryo. In fact, according to the Court, law 40, in general, and informed consent to PMA, in particular, promote life and are placed to protect the dignity of the embryo, according to Art. 2 of the Constitution, the bearer of a 'principle of life'. Therefore, a compression of man's free self-determination, employing uterine transfer, for the protection of the embryo's primary interest in being born is not unreasonable. That interest is not affected by the subsequent separation of the future parents, which will not prevent the child from establishing an emotional bond with both of them. Thus, consent is given by a complex center of imputation, in the interest of both patients and also of the embryo, with the loss of a shared project between the future parents after fertilization of the oocyte not being relevant, provided that the patient's willingness to continue treatment persists and given the existence of an interest in the embryo's birth under cryopreservation.

The pronouncement seems to usher in an unprecedented and necessary valorization of women's self-determination and a renewed reflection on the female body in the procreative experience, also in contrast to the previous[23].

However, this approach must be correctly intended.

First, these conclusions are reached by negatively marking the MAP techniques, as the court had already done with abortion. In particular, it is stated that these procedures, to which the patient submits herself in the full and free exercise of her constitutionally protected self-determination, entail for the woman «the serious burden of making her corporality available, with an important physical and emotional investment in parenthood involving risks, expectations, and suffering»[24].

Not only that, because after emphasizing the role of the female patient's self-determination, a balance is reiterated between the embryo's interest in being born, who is not yet a person, and the right to therapeutic self-determination of the patient, who is a person and who has given her consent to a health treatment that involves first her own body and then her genetic heritage.

The third aspect to consider is the partiality of this decision. The Court appears to overlook the cases of heterologous fertilization with egg donation by a woman outside the couple or even the cases in which the doctor recommended a double heterologous fertilization. The approach on corporality doesn't work in both of these cases, since the woman does not participate with her reproductive cells in the procedure. Her physical and emotional investment can be considered similar to the man's, as the retrieval of cells is left to the woman who donates her eggs. The female member of the couple has to deal with the preparation of the endometrium for the reception of the embryos, which can occur on a spontaneous cycle, without any supportive therapy, but simply by monitoring the endometrium of the woman's natural cycle, or with an endometrial preparation therapy, based essentially on the intake of estrogens and progesterone. It is therefore simpler than described by the Court and it is considered to be a non-invasive treatment, whose effects are monitored with a couple of ultrasound checks. In cases of fertilization with egg donation or double heterologous fertilization, therefore, the woman may have to undergo, at most, simple non-invasive therapies for a limited period. That is why

[23] F. Angelini, *La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma l'irreversibilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni*, cit., 8-10.

[24] B. Liberali, *La cristallizzazione del consenso maschile nella fecondazione assistita e la sua trasformazione in strumento di tutela dell'«investimento, fisico ed emotivo», della donna*, cit., 562-563; F. Angelini, *op. cit*., 8-10.

the argumentative framework supported by the Constitutional Court might not be that solid.

On the succession rights, some consideration must be taken into account. In this case, the right of succession is not invoked and the child born will be the child of the parent who died before its birth and conception, considering only the *status filiationis*.

However, the question of his or her inheritance rights remains open, since he or she was conceived after the father's death: in fact, the unborn child can only succeed to the father's rights by will. In all likelihood, the question will come up in the courts in a few years. For now, it is possible to evaluate the issue on a theoretical level: the person who was born through *post-mortem* procreation, in each one of the mentioned cases, gets a legal status because of the consent: this status is the one that the Italian legal system considers as legitimate filiation. So it is possible to apply the exact legal framework even if the father is dead. But these rules provide a specific legal treatment considering the time of the birth.

More precisely, according to the general Civil code provisions, to give succession rights it is relevant to consider the patient's death timeframe and the time of the birth. If the person (the father) died while the embryo was still in the biobank, the embryo doesn't get any succession rights, except for those recognized within a will. This is a direct consequence of the different regulatory framework that applies to the fetus (conceptus) and to the "not yet conceived" (*concepturus*). It is impossible to consider the embryo as an already conceived person since the conception starts in the gestational mother's uterus, but it is mandatory to consider the frozen embryo as a *concepturus*, which doesn't have *ab intestato* succession rights but only *ex testamento* succession rights.

This scenario leads to a marked disparity in treatment between those born of natural fertilization and those born of assisted fertilization, not because of the intention of the law but because of the interpretation that is given to consent with deferred effects over time, that is, because of the misinterpretation of consent that cannot, by its nature, have deferred effects over time. Certain doctrinal voices have argued for a constitutionally oriented interpretation of the normative dictate, to apply the inheritance rules also to those born of *post-mortem* procreation. However, this path seems quite useful to avoid discrimination, but at the same time, it allows a non-application of certain norms, the inheritance norms aimed at avoiding the frustration of inheritance rights in the head of the subjects of the family circle within a determined or determinable time frame. If this is the case, then this approach would legitimize an interpretation capable of dis-

rupting the certainty of succession law even after years and decades from the death of the person whose gametes and embryos were used.

Nor can the rules on supervening child discovery come to the rescue, given that the subjects involved in the IVF procedure were well aware of the pre-existence of a cryopreserved blastocyst. Moreover, at least according to the Italian Court of Cassation's interpretive approach, both the female and the male patients were aware of the possibility that implantation could take place even sometime after one of the patient's death if the woman claims implantation in her uterus. Furthermore, the application space of the provision is quite different, and to make an analogical application the regulatory gap should not be intentional.

Thus, although the interpretive approach is moved by an apparent change of perspective on the involvement of women in the procreative process, especially that involving medical reproductive technologies, Italian jurisprudence forgets the inheritance law implications that go to give substance to the *status filiationis*. Therefore the status of the child is affirmed but this remains as an "empty box", a status deprived of its rights and, therefore, of its substance. Consequently, this significant case law, arising from the disputes relating to the status of children born from *post-mortem* procreation, risks remaining sterile, because people take legal action to obtain the status without knowing that they will not obtain what normally follows from the status, *i.e.* the rights.

§ 7. – *The European case law on* post-mortem *reproduction*

Despite the approach of the Italian courts, this distinction between cases is unprecedented. Indeed, the European Court of Human Rights seems to take a different view on the matter.

Three major *affaires* can be traced on *post-mortem* reproduction and filiation, which have not even been considered by Italian jurisprudence: Petithory Lanzmann vs France; Pejrilova vs Czech Republic[25] e Baret & Caballero vs France[26].

According to the interpretative approach adopted in the three cases: the prohibition applies across the board from post-homous sperm retrieval to fertilization and *post-mortem* implantation: so the ban has a quite broad application. There is no impairment of the individual's freedom under Article 8 ECHR because the interference is reasonable and exercised within the margin of appreciation in an ethically sensitive, complex area on which there aren't internationally agreed solutions.

[25] ECHR, sez. V, 8 december 2022, C-4889/19, Pejrilová vs Czech Republic, in *Hudoc*.
[26] ECHR, sez. V, 14 september 2023, C-22296/20 & C-37318/20, Baret & Caballero vs France, in *Hudoc*.

The first case concerned the refusal to allow a deceased man's sperm to be exported at the request of a parent wishing to become a grandparent or continue the family line. Indeed, the son of the applicant, who died at the age of twenty-three as a result of a tumor, as soon as he was informed of his illness he had taken steps to become a father and have offspring even in the event of his death. He had therefore banked sperm with a French hospital and had contacted a healthcare establishment abroad with a view to artificial insemination. Following the death of her son the French medical authorities refused the applicant permission to have her son's gametes transferred to a country that permitted their use *post-mortem* for medically assisted reproduction or gestational surrogacy.

The applicant made an application to the Administrative Court but the judge ruled that the statutory prohibition on the export of gametes in such cases pursued the legitimate aim of preventing domestic law from being circumvented and fell within the margin of appreciation available to each State in applying the Convention. Furthermore, it had not been demonstrated that the wish expressed by the applicant's son had been part of a specific plan to become a parent, or that he had consented to the use of his gametes after his death. Not a clear consent on *post-mortem* cells application was available.

The applicant's complaint concerned her inability to export the gametes of her deceased son and to have artificial insemination carried out after his death, following his wishes, in a State that permitted the practice, to perpetuate the memory of the Lanzmann family.

For its analysis, the Court divided the applicant's complaint into two parts, according to whether she claimed to be a direct or indirect victim. In the first part, the complaint concerns the deceased's rights to use his cells. However, according to the European Court that right belonged to the category of non-transferable rights. Accordingly, the applicant could not claim victim status on behalf of her late son. In the second part, the complaint considers the applicant's rights. The notion of private or family life indeed embraced the right to respect the decision to become a parent in the genetic sense and the right of couples to have recourse to medically assisted reproduction constituted a form of expression of that notion. However, Article 8 of the Convention did not guarantee the right to have a family.

In the instant case, the domestic judge had found, firstly, that the *post-mortem* reproduction prohibition at issue was not incompatible with the Convention. Secondly, the judge found that there was no evidence in the file that the son had given his mother permission to make use of his gametes after his death.

The Court was likewise not persuaded by the applicant's emphasis on her wish to prevent the memory of the Lanzmann family from being lost. Last but not least, Article 8 of the Convention does not encompass the right to become a grandparent.

In the matter, other two affaires had to be decided by the ECHR.

In the Czech case, the patient applied for the surrender of her deceased husband's cryopreserved gametes, but the clinic opposed a refusal based on the prohibition of posthumous fertilization laid down in the relevant legislation.

Submitting the matter to the ECHR, it was held that the prohibition, which also applied in this case, did not violate the applicant's right to private and family life. While it is true that the Court bases the right to conceive a child and to have recourse to medically assisted procreation on Article 8 ECHR, nevertheless the national prohibition of posthumous fertilization is clear and absolute, the husband then signed an informed consent to treatment to govern his gametic cells and this determination cannot produce effects deferred in time because no more than six months may elapse between authorization and treatment. The patient's self-determination must therefore be protected, as well as the interest in having two parents of the child eventually generated by PMA, as already stated in Evans v. United Kingdom.

Also in the French case, the Court held that the national prohibition applied to the case of posthumous fertilization of cells already removed during life. The bans on posthumous fertilization and also on the transfer of cells to states where the practice is permitted were not held to be contrary to Article 8 ECHR because the French legislature exercised its discretionary power within an ethically sensitive sphere, for the protection of other opposing interests, such as the protection of the rights and freedoms of others and collective morality, without exceeding its margin of appreciation.

§ 8. – *The recent Spanish legal framework*

Posthumous Assisted Reproduction (PAR) presents a complex legal landscape shaped by specific regulations and evolving interpretations in Spain. The Spanish legal framework for assisted reproduction, Ley 14/2006, addresses PAR. Spain's approach aligns with a modern trend that can be traced in the United Kingdom.

Art. 9, co. 1, of the aforementioned Law No 14/2006 states the general prohibition of *post-mortem* procreation and it is specified that the filiation relationship cannot be determined nor can any legal effect or parental relationship be recognized between the child born by such

techniques and the deceased husband or cohabiting partner of the pregnant woman when the reproductive material has not been specified in an embryo at the date of the opening of the succession. Thus, according to co. 2-3 of art. 9 l. n. 14/2006, only embryo transfer after death is permissible, whereas it seems that *post-mortem* fertilization and posthumous or perimortem sperm retrieval are forbidden and fall within the space of application of art. 9. The gametes that can be used to produce the embryo in a lab should belong to the pre-deceased man, while the eggs of a pre-deceased woman cannot be used since surrogacy is forbidden in Spain[27].

The Spanish law applies to both married and unmarried couples and it covers scenarios where one partner has passed away before the assisted reproductive procedure begins but after the extraction of the reproductive cells from the partner's body.

Consent is crucial for using reproductive material posthumously in Spain. In cases of marriage, the surviving spouse's consent suffices, however for unmarried couples, the man's consent is necessary to become a parent *post-mortem*. Furthermore, the timeframe for the consent is relevant. More precisely, the law specifies the timeframe for using reproductive material after death. This consent expires after 12 months. The child is the son of the pre-deceased person who gave consent according to the summarized rules[28].

Furthermore, this filiation status is not empty. While the predeceased person cannot exercise parental responsibility, the child has a parent and can have succession rights, since the time frame within the death and the *post-mortem* conception is narrow and conforms to the succession rules, but also for another reason. In this legal framework, it is possible to detect a specific provision that allows the consent to be valid for 12 months and this filiation is based on a valid consent.

For the reasons already explained, the Italian and Spanish legal systems are very different from each other, and this diversity leads to problems when the two systems intersect, *i.e.*, when Italian patients intend to transfer their reproductive cells abroad or when Italian

[27] Actually, surrogacy is not criminalized or directly forbidden: the surrogacy contract is invalid. On the matter, see A. Batuecas Caletrio, *L'iscrizione della nascita nel registro civile spagnolo dei nati da maternità surrogata all'estero*", in *Rivista di diritto civile*, n. 5/2015, 1153 ss.; F. Lledó Yagüe, *Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica*, in Aa.Vv., *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas* (coord. por A. Díaz Martínez), Madrid, Dykinson, 2006, 155 ss.

[28] R.E. De Rosa, *Posthumous assisted reproduction. An italo-spanish comparison*, cit., 580; A.M. Rodríguez Guitián, *La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico,* in *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, 292 ss.; Cobas Cobiella Ma. E., *La llamada reproducción asistida post mortem. Algunas reflexiones,* in *Actualidad civil*, n. 6/2017, 68 ss.; J.R. De Verda y Beamonte *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en españa,* in *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* n. 8/2018, 11.

patients go to Spain to carry out *post-mortem* procreation and then return to Italy to seek recognition of the legal effects of the foreign act or pronouncement granting *status filiationis.*

Based on available interpretative criteria and the exegesis of previous court decisions, it is believed that the circulation of reproductive cells between States (e.g. Italy and Spain) is not precluded without any explicit ban, prohibition, or sanction.

Therefore, in the case of transfer from Spain to Italy or vice versa, the several *post-mortem* applications of embryos are not excluded: while applications of non-fertilized cells are always prohibited, according to the Spanish clear legal framework and considering the evolution in the Italian case law on the matter. In Italy, a clearer regulation on embryos and reproductive cells import-export would be desirable, but without a clear rule, similar to the French one, patients are free to move, as are their goods and, for the reproductive cells, event their *res extra commercium*.

§ 9. – *The cross-border issues*

According to what was stated earlier in the essay, different considerations apply to the circulation of *status filiationis*. A distinction must be made between Italians traveling to Spain and Spanish citizens traveling to Italy.

In the first case, likewise, a distinction must be made between Italian women who carry out *post-mortem* procreation in Italy with embryos already formed, achieve filiation, and then travel to Spain to obtain recognition of filiation, and cases in which procreation takes place with gametes and not embryos. In the former case, recognition is compatible with public policy; in the latter case, however, recognition is incompatible with public policy, under the prohibition in Article 9 of the Spanish law mentioned earlier.

If, on the other hand, a Spanish person carries out *post-mortem* procreation in Spain and then applies for recognition in Italy of the filiation, if one considers the broad prohibition contained in the Italian law then recognition meets the public order limit, whereas if one considers the interpretation that case law makes of the prohibition then the application of the public order limit can be ruled out and recognition of the *status filiationis* can be considered unhindered.

§ 10. – *Conclusion*

The panorama of reproductive rights in Europe is undeniably intricate, multifaceted, and fraught with challenges. As evidenced by divergent regulatory choices and varying approaches taken by

national courts, the topic of *post-mortem* procreation exemplifies this complexity.

Recent developments, such as the European Parliament's resolution to enshrine abortion rights in the fundamental charter and ensure absolute sexual and reproductive health rights, signal progress. Moreover, the recent ruling of the Florence Territorial court, to refer the issue of single women's access to assisted reproduction to the Constitutional court, emphasizes the need to rethink national rules taking into account the different dimensions, spatial and temporary, involved in reproductive rights.

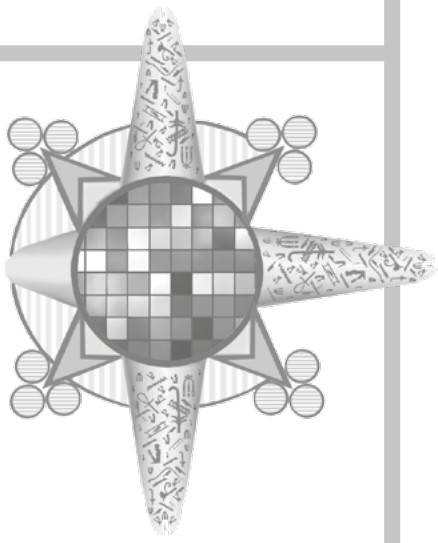
The absolute nature of these rights risks remaining theoretical and unattainable without clarity and certainty regarding permissible and prohibited procedures. Reproductive rights cannot exist without a clear and intelligible framework for patients.

In navigating the elusive balance between individual autonomy, medical ethics, and societal norms, European countries grapple with a patchwork of legal interpretations. While the European Parliament's stance represents a significant step forward, translating these principles into practical realities necessitates robust legal frameworks. Patients, practitioners, and policymakers alike require unambiguous laws and guidelines to safeguard reproductive rights effectively. Only through a transparent and patient-centric approach, Europe can uphold the essence of reproductive autonomy and well-being.

Abstract

Biological factors shaped the national laws of filiation and enforced a gender-hierarchical heterosexual order. Against this legal backdrop, intentional and functional parenthood gained traction in some European reforms or judicial reasoning, addressing a new range of family configurations, while considering stepchild adoptions, double motherhood by reception of the partner's eggs, filiation by surrogacy performed abroad or by embryo-sharing, by the application of kafala and, recently, with *post-mortem* reproduction applications. Even if frequently banned, legal practitioners tend to differentiate cases in which the ban can be applied and cases accepted. Where the ban does not apply, the embryo transfer or the *in vitro* fertilization can be completed, the filiation can be constituted and more issues arise. One of them is *post-mortem* parenthood, the other pressing knot takes into account the international embryos and gametes transfer towards countries where *post-mortem* reproduction is allowed. This paper analyses this phenomenon and the most pressing issues that are starting to be at the center of the legal focus.

IV. Adoptions and care



15. *Nuove genitorialità, continuità affettiva e significativi rapporti con i parenti*
di Alessandra Spangaro

16. *Dall'affetto all'effetto giuridico: riverberi sistematici e successori del riconoscimento dei rapporti di parentela nascenti dall'adozione in casi particolari*
di Ivan Libero Nocera

17. *L'affidamento familiare nel prisma dell'interesse del minore*
di Carlotta Ippoliti Martini

IV.15. *Nuove genitorialità, continuità affettiva e significativi rapporti con i parenti*

di Alessandra Spangaro*

Sommario: § 1. – L'emergere di nuove eterogenee genitorialità. § 2. – Le origini della c.d. continuità affettiva. § 3. – La continuità affettiva nell'adozione in casi particolari. § 4. – Il diritto alla c.d. "continuità affettiva" nell'ambito delle famiglie in difficoltà. § 5. – Il diritto alla c.d. "continuità affettiva" nella crisi della famiglia. § 6. – "Continuità affettiva" *vs* "rapporti significativi"… alcune riflessioni conclusive.

§ 1. – *L'emergere di nuove eterogenee genitorialità*

Il percorso evolutivo della genitorialità si caratterizza per tappe a velocità decisamente discontinua; se per millenni la genitorialità è sostanzialmente rimasta nel solco della biologia – salve alcune ipotesi facilmente circoscrivibili – dalla fine del secolo scorso i percorsi dell'istituto si sono invece moltiplicati, venendo ad emergere nuove forme di genitorialità, qualificata in via generale come "sociale", che ormai da tempo premono per ottenere formale riconoscimento, pur palesandosi, in alcune declinazioni, espressamente in contrasto con la disciplina normativa in essere (si pensi alla c.d. "maternità surrogata").

In tale complessa situazione, un ruolo fondamentale è stato svolto dall'evoluzione del contesto sociale in una combinazione di fattori, dalla significativa riduzione della durata dei matrimoni – con il correlativo aumento delle famiglie "ricomposte"[1], venendosi così a sovrapporre nel tempo plurimi nuclei familiari[2] – all'emergere di nuove forme di affettività, anche tra persone del medesimo sesso, cui sono andate affiancandosi nuove tecniche di procreazione medicalmente

* *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna.

[1] P. Rescigno, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Familia*, 2002, 1 ss.; E. Al Mureden, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 966; Idem, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, Ipsoa, 2007; D. Buzzelli, *La famiglia "composita". Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo-coniugi o conviventi, i figli nati da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Napoli, Jovene, 2012.

[2] In argomento diffusamente: E. Al Mureden, *Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi*, in *Fam. e dir.*, 2021, 23 ss.; P. Di Nicola, *Il bambino in una famiglia a confini variabili*, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, 313 ss.

assistita (p.m.a.)[3], pur nel limite del già richiamato divieto della maternità surrogata (art. 12 L. p.m.a.). In un contesto del tutto globalizzato, tuttavia, si è palesato come la tenuta di un siffatto divieto sia stato, per lo meno fino alla recente riforme del novembre 2024 (l. n. 169/2024), del tutto inane, anche perché non sia sorretto da stringenti guarentigie[4]. Alla luce di tutto ciò, le esperienze genitoriali hanno avuto la possibilità di divenire poliedriche, ponendo nuove sfide al sistema normativo tradizionale. Si rende allora opportuno cercare di scandire tale percorso evolutivo, pur necessariamente per approssimazione, procedendo dalla genitorialità biologica alla quale si sono progressivamente affiancate, oltre a quella adottiva c.d. "legittimante", ai sensi della L. 184/1983 (di seguito anche "L. adoz.") e all'adozione in casi particolari (art. 44 L. adoz.) – che ha visto ampliare notevolmente il proprio ambito di applicazione (cfr. § 3) – la genitorialità sociale[5], soprattutto nell'ambito delle famiglie ricostituite e quella più specificamente "di intenzione", legata alla progettazione e messa in atto di un disegno procreativo complesso, che spesso porta la coppia, soprattutto se dello stesso sesso, a recarsi all'estero per sopravanzare le limitazioni nazionali alle quali si è fatto cenno.

In un siffatto coacervo, spesso finiscono per intersecarsi normative differenti ma tematicamente contigue, i concetti talvolta si sovrappongono e, non di rado, perdono limpidezza; ciò che emerge, ad ogni modo, è che il principio della salvaguardia del migliore interesse del

[3] La L. 40/2004 era in origine tesa a offrire un rimedio alla sterilità o infertilità della coppia eterosessuale convivente, non necessariamente coniugata, in ossequio al principio dell'*imitatio naturae*, attraverso tecniche di fecondazione esclusivamente omologa. Successivamente, gli interventi della Consulta hanno ammesso alle tecniche anche le coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, cfr. Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, successiva alla decisione della CEDU, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, secondo la quale il divieto di accedere alla diagnosi preimpianto posto dalla L. 40/2004 anche nei confronti delle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili contrastava con l'art. 8 CEDU, in *NGCC*, 2015, 382 ss., con nota di G. Ferrando, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*. Poi C. Cost., 10 giugno 2014, in *Giur. cost.*, 2014, 2593 – con nota di C. Tripodina, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere* – ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, di qui il concetto di genitorialità giuridicamente riconosciuta basata sul consenso, cfr. L. Rossi Carleo, *Le informazioni per il "consenso" alla procreazione assistita*, in *Familia*, 2004, 712; 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 *NLCC*, 2018, 40 ss.

[4] C. Rusconi, *La continuità degli affetti nella disciplina dell'affidamento e dell'adozione. Significati, sistema e prospettive*, in *Jus-Online*, n. 5/2021, 122 ss., spec. 151 ss., riferisce come, in altri ordinamenti, la giurisprudenza si sia mostrata sensibile rispetto alla necessità di non permettere facili elusioni della legge nazionale sul divieto della maternità surrogata.

[5] Non solo nell'ambito dell'adozione in casi particolari – sulla quale cfr. § 3 – ma anche e largamente con l'adozione di maggiorenni di cui agli artt. 291 ss. c.c., disciplina che ha visto progressivamente ampliare il proprio raggio applicativo, al precipuo fine di dare riconoscimento ai rapporti di affezione filiale tra il nuovo partner o nuovo coniuge del genitore di un figlio – spesso appena divenuto – maggiorenne.

minore[6] – che dovrebbe costituire il minimo comune denominatore di tutte le situazioni in esame – si va oggi arricchendo di un ulteriore tassello, quello della continuità degli affetti, che spesso – ma non necessariamente – si fa strumento del primo.

§ 2. – *Le origini della c.d. "continuità affettiva"*

Nello scenario su delineato, la c.d. "continuità affettiva" ha trovato sempre più frequenti punti di emersione, così da potersi oggi configurare come un vero e proprio diritto soggettivo del minore[7].

La normativa che direttamente si è fatta espressione di tale principio è quella adottiva e ciò in ben più di una fattispecie, come si cercherà di delineare meglio anche nei paragrafi successivi. Già l'art. 1 L. adoz. (nella sua formulazione originaria ed, ancor più, in quella conseguente alla modifica ad opera della L. 149/2001) può ritenersi una primigenia espressione della c.d "continuità affettiva", laddove statuisce che il minore ha diritto di «crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia»[8].

È, tuttavia, la L. 173/2015 – intitolata, appunto "Modifiche alla L. 4 maggio 1983, n. 184, *sul diritto alla continuità affettiva*[9] dei bambini e delle bambine in affido familiare" – a farsi bandiera di tale concetto, permettendo al minore di mantenere le relazioni affettive sviluppate nel periodo dell'affidamento familiare. Detta normativa trova origine, come noto, nella decisione della CEDU del 2010 *Moretti e Benedetti c. Italia*[10], vicenda nell'ambito della quale una neonata era stata affidata tem-

[6] E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016; M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, cit.

[7] Si riferisce espressamente alla «*esigenza di proteggere il diritto fondamentale del minore alla continuità del rapporto affettivo con entrambi i soggetti che hanno condiviso la decisione di farlo venire al mondo, senza che vi osti la modalità procreativa*» Cass., S.U., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Fam. e dir.*, n. 5/2023, 408 ss., con note di M. Sesta, *Nota introduttiva*, 427 ss.; con nota di G. Recinto, *Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, 430 ss.; con nota di M. Dogliotti, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230*, 437 ss.; con nota di A. Spadafora, *Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"?*, 456 ss. Cfr. anche F. Tommaseo, *Sulla continuità degli affetti nell'affidamento familiare*, in *Fam. e dir.*, 2024, 543.

[8] Nella versione originaria del 1983 il testo recitava: «*il minore ha diritto di essere educato nell'ambito della propria famiglia*», la L. 149/2001 ha aggiunto il *diritto di crescere*, oltre che essere educato, nell'ambito della propria famiglia. Sul tema. C.M. Bianca, *L'interesse del minore alla propria famiglia: un interesse ancora in attesa di piena tutela*, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, cit., 255; E. Quadri, *Una riflessione su "l'interesse del minore e il suo diritto a crescere in famiglia"*, *ivi.*

[9] Corsivo aggiunto.

[10] CEDU 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ricorso n. 16318/07, reperibile in *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU344902*; cfr. anche CEDU, *Kopf e Liberda c. Austria*, 17 gennaio 2012.

poraneamente, per un periodo di 5 mesi, ai coniugi Moretti Benedetti, i quali, in seguito, presentarono due successive domande di adozione in casi particolari, ex art 44, lett. d) L. adoz. (sul quale cfr. § 3), senza tuttavia aver riscontro dal Tribunale. Solo circa un anno dopo, i coniugi vennero a conoscenza del fatto che il Tribunale aveva dichiarato lo stato di adottabilità della minore, avendo anche intrapreso le ricerche per individuare una famiglia adottiva diversa da quella dei ricorrenti affidatari ed anzi successivamente chiedendo a questi ultimi di aiutare la bambina ad inserirsi nella "nuova" famiglia. L'iter continuò poi con il provvedimento di affidamento preadottivo – tra l'altro non notificato agli affidatari – e con il conseguente prelevamento della bambina dalla casa di questi ultimi con l'ausilio della forza pubblica. Solo a questo punto il Tribunale respinse formalmente la domanda di adozione avanzata dei coniugi Moretti e Benedetti, motivando la scelta con il principio dell'interesse superiore del minore. La Corte EDU, su ricorso dei due coniugi, rilevò la violazione degli artt. 6 e 13 CEDU, vale a dire il diritto ad un equo processo e ad un ricorso effettivo e dell'art. 8, che tutela la vita privata e familiare, condannando l'Italia sotto il profilo procedurale, per non avere tempestivamente valutato la domanda di adozione in casi particolari avanzata dalla coppia affidataria e, nel merito, per violazione dell'art 8 CEDU, in quanto il rapporto instaurato tra la bambina e gli affidatari doveva ritenersi pienamente rispondente al concetto di vita familiare privata, che «non assegna un diritto a creare una famiglia né riconosce un diritto all'adozione dei minori abbandonati», ma «tutela una vita famigliare esistente», che deve considerarsi tale laddove, come nella specie, «oltre all'affetto generico – sussistano altri indici di stabilità, attuale o potenziale, quale potrebbe essere quello di filiazione naturale o di un affidamento pre-adottivo. Da questo punto di vista, 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».

In seguito a tale vicenda, la L. 173/2015 cit. ha provveduto, tra l'altro, ad aggiungere due significative previsioni all'art. 4 L. adoz.; così, se il minore viene dichiarato adottabile «*durante un prolungato periodo di affidamento*», la famiglia affidataria – la quale deve comunque soddisfare i requisiti previsti dall'art. 6 L. adoz. – può chiedere di accedere all'adozione e il tribunale, nel decidere, deve tener conto dei «legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria» (art. 4, co. 5-*bis* L. adoz). Se, invece, dopo un periodo di affidamento, il minore viene adottato da un'altra famiglia, vale a dire non quella affidataria (es. perché quest'ultima non aveva i requisiti di cui all'art. 6 cit. o comunque non ha chiesto di acce-

dere all'adozione) «è comunque tutelata, se rispondente all'interesse del minore, la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidatesi durante l'affidamento» (art. 4, co. 5-*ter* L. adoz).

Da ultimo, con la L. 4/2018 recante *Modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici*, all'art. 4 L. adoz. è stato poi aggiunto il comma 5-*quinquies*, che tutela la continuità delle relazioni affettive del «minore rimasto privo di un ambiente familiare idoneo a causa della morte del genitore, cagionata volontariamente dal coniuge, anche legalmente separato o divorziato, dall'altra parte dell'unione civile […], dal convivente o da persona legata al genitore stesso, anche in passato, da relazione affettiva».

Il diritto del minore alla "continuità affettiva" trova dunque il proprio campo elettivo di applicazione nella legge sull'adozione e, più precisamente, nei casi di affidamento; perciò, dovrà essere offerta piena tutela anche alla fattispecie di matrice pretoria dell'adozione a c.d. "rischio giuridico" – formalmente riconducibile alla collocazione provvisoria di cui all'art. 10 L. adoz. – che vede affidare i minori ad una coppia che abbia i requisiti per adottare, pur quando la sentenza relativa allo stato di abbandono del minore non sia ancora passata in giudicato. Ove lo stato di abbandono venga poi accertato definitivamente, il vantaggio è evidente, essendosi in tal modo collocato il minore presso la *sua* nuova famiglia in un lasso di tempo minore di quello richiesto dal passaggio in giudicato; ove, invece, l'accertamento dello stato di abbandono non sia confermato nei successivi gradi di giudizio, le altrettanto evidenti delicate problematiche legate al, pur auspicabile, reinserimento del minore nella famiglia di origine, compresa quella della tutela della continuità affettiva, possono oggi trovare idonea soluzione.

§ 3. – *La continuità affettiva nell'adozione in casi particolari*

Il diritto alla continuità affettiva del minore ha trovato un ulteriore terreno di applicazione, sempre nell'ambito della legge L. 184/1983, ma al di fuori della riforma attuata con la L. 173/2015 e ciò grazie all'interpretazione evolutiva operata dalla giurisprudenza, quale strumento del fondamentale principio del c.d. *best interest of the child*.

Il riferimento è, in primo luogo, all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 L. adoz., ove vengono disciplinate quattro differenti fattispecie di una forma di adozione inizialmente residuale, con requisiti meno stringenti ed effetti meno estesi rispetto all'adozione piena, che tuttavia oggi – come si cercherà di illustrare – assume un ruolo fonda-

mentale nell'ambito delle nuove genitorialità e anche nell'ambito della continuità affettiva, non recidendo i rapporti tra il minore e la sua famiglia di origine. La prima fattispecie, di cui alla lett. a), ammette l'adozione da parte di persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da un preesistente rapporto stabile e duraturo, «*anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento*», quando il minore sia orfano di padre e di madre. L'inciso qui riportato in corsivo trova origine, come intuibile, nella L. 173/2015 cit., ma non può negarsi che la *ratio* riconducibile ad una primigenia applicazione della c.d. "continuità affettiva" emergesse invero con nitore anche nella versione originaria della previsione, che, anche se priva dell'inciso di cui sopra, perseguiva comunque l'interesse del minore orfano a mantenere i rapporti già qualificabili come "stabili e duraturi" con i parenti entro il grado indicato. La seconda fattispecie, di cui alla lett. b), apre l'istituto a chi voglia adottare il figlio del proprio coniuge, andando così a formalizzare un legame già *de facto* sussistente, nell'ambito di una famiglia ricomposta. Si può allora trarre una prima, sintetica, conclusione: in entrambi i casi succitati, il fine ultimo consiste nell'agevolare la formalizzazione di un rapporto affettivo già esistente tra il minore e l'adulto e dunque nel permettere l'emersione nel mondo del giuridicamente rilevante di nuove genitorialità, in un'ottica di poliedrica continuità affettiva.

Le altre ipotesi di adozione in casi particolari previste dall'art. 44 cit. tendono, invece, ad offrire rimedio a situazioni di difficoltà in cui venga a trovarsi un minore di età o perché sia affetto da *handicap* e orfano di padre e di madre (lett. c); ovvero, ove sussista la «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» (lett. d). Questa ultima fattispecie ha costituito la chiave di ingresso di numerose ipotesi di nuove genitorialità nel nostro ordinamento e, per questo, si è detto che l'art. 44 cit. è andato perdendo la gran parte del carattere residuale che inizialmente lo qualificava. Secondo una ormai risalente e del tutto superata interpretazione, l'impossibilità dell'affidamento preadottivo doveva intendersi limitata ai casi di c.d. "impossibilità di fatto", vale a dire quando, per qualsivoglia ragione, pur essendo già stato accertato lo stato di abbandono del minore, non si poteva procedere, appunto all'affidamento (si pensi al caso del minore già diciassettenne).

Oggi, invece, l'interpretazione dominante[11] ha portato ad ammettere l'adozione anche nei casi di "impossibilità di diritto" dell'affida-

[11] Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Fam. e dir.*, 2016, 1025, con nota di S. Veronesi, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*; si tratta del partner, non del coniuge, di cui, altrimenti alla lett. *b)* dell'art. 44, L. adoz.; cfr. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, cit.; App. Milano, 9 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 2017, 798 con nota di C. Ciraolo, *Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La* stepchild adoption; Trib. Min. Roma, 30 dicembre 2015, in *Fam. e dir.*, 2016, 584 con nota di A. Scalera, *Adozione del figlio del partner e omogeni-*

mento preadottivo, vale a dire anche quando non sussista la previa dichiarazione di adottabilità, e, dunque, a monte, non sussista lo stato di abbandono, così allargando sensibilmente il novero delle ipotesi applicative; ciò ha permesso, in particolare, di aprire l'ordinamento ai casi di adozione da parte del *partner* del genitore del minore, anche del medesimo sesso, eventualmente anche ove il minore sia nato da p.m.a. effettuata all'estero. La "nuova genitorialità", nella specie, è evidente e la continuità affettiva potrebbe non venire in considerazione solo ove non si considerasse il fatto che nella grande maggioranza dei casi la fattispecie si innesta su di un progetto di genitorialità pervicacemente perseguito dalla coppia di *partners* del medesimo sesso, progetto che richiede un lungo percorso nella messa in atto del disegno procreativo e nelle successive tappe tese all'instaurazione di un rapporto giuridicamente riconosciuto tra il minore e il genitore di intenzione[12].

torialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettiva di riforma; Trib. Min. Roma, 23 dicembre 2015, in *NGCC*, 2016, 969, con nota di M. Farina, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*; Trib. Roma, 22 ottobre 2015, in *Foro it*., 2016, I, 338, con nota di G. Casaburi, *Omosessuali, unioni civili e filiazione: una questione aperta*; Trib. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *NGCC*, 2015, I, 109 con nota di J. Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso;* in *Dir. fam. e pers*., 2014, 1533, con nota di R. Carrano, M. Ponzani, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali; ivi*, 2015, 174, con nota di N. Cipriani, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali;* in *Dir. fam. e pers*., 2015, 1335, con nota di G. Miotto, *Adozione omoparentale e interesse preminente del minore;* e in *Fam. e dir.*, 2015, 574 con nota di G. Ruo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore;* App. Firenze 4 ottobre 2012, in *www.aiaf.it*; Trib. Min. Milano 28 marzo 2007, in *Fam. e dir*., 2007, 83.

[12] L'applicazione delle tecniche di p.m.a. in combinazione alla su riferita ampia interpretazione dell'art. 44 lett. d) L. adoz. conduce infatti a due possibili scenari; una prima ipotesi consiste nella possibilità di adottare il figlio che il proprio partner omosessuale abbia generato all'estero in esito alla pratica medica (anche nella forma della maternità surrogata), quando il figlio nasca sul territorio nazionale; posta l'impossibilità normativa di formare un atto di nascita recante una doppia maternità/paternità, il genitore d'intenzione può ricorrere alla adozione suggellata proprio dall'art. 44 lett. d) L. adoz. Tra le più significative: Cass., 25 febbraio 2022, n. 6383, in *Diritto & Giustizia*, 28 febbraio 2022; Cass., 13 luglio 2022, n. 22179, in *Diritto & Giustizia*, 15 luglio 2022; Cass., 23 agosto 2021, n. 23321, in *Foro it.*, 2022, I, 1, c. 293. *Contra* Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Guida al dir*., n. 28/2017, 51; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it*., 2016, 11, I, 3329; Trib. Genova, 8 novembre 2018, in *Dir. e giust. online*; Trib. Bologna, 6 luglio 2018, in *Foro it*., 2018, 9, I, 2883. Il secondo scenario si riferisce, invece, all'ipotesi in cui, il minore sia nato all'estero e ivi sia stato formato un atto di nascita che rechi la doppia maternità/paternità; in tal caso, il genitore sociale penserà, in prima istanza, di richiedere la trascrizione in Italia dell'atto di nascita straniero in cui egli compaia insieme al genitore biologico. Tale soluzione è stata talvolta ammessa dalla giurisprudenza, potendosi inserire nelle maglie della L. 218/1995, perlomeno quando si tratti di coppia omogenitoriale femminile, cfr. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur*., n. 2/2017, 181, con nota di G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*. In tale decisione la S.C. afferma che la fattispecie non dovrebbe considerarsi contraria all'ordine pubblico, pur essendo la fattispecie vietata in Italia, in quanto il parametro di riferimento deve essere rinvenuto nel c.d. "ordine pubblico internazionale", che costituisce la base dei principi fondamentali dell'ordinamento, vale a dire quei principi di rango costituzionale, che non possono essere oggetto di normativa ordinaria, come invece sono la L. adoz e quella sulla p.m.a. Precisa perciò la Corte che l'unico – e in quanto tale preminente – principio di ordine pubblico è quello della tutela del superiore interesse del minore, che ha diritto al riconoscimento della sua identità personale e al mantenimento del suo *status* familiare, anche se formato all'estero e ciò anche in considerazione della libera

Può quindi accadere che il genitore di intenzione conviva, cresca e si prenda cura del minore per un prolungato periodo di tempo prima di riuscire a dare riconoscimento giuridico a tale rapporto di fatto; di tale periodo – soprattutto ove questo sia di considerevole estensione[13] – non può non tenersi conto, nell'esclusivo interesse del minore e, ad oggi, la via ritenuta dalla S.C. più appropriata per contemperare l'ossequio ai divieti posti dalla normativa in tema di p.m.a. – in particolare l'impossibilità dell'accesso alle tecniche riproduttive per la coppia del medesimo sesso e, ancor più, il divieto di maternità surrogata, che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»[14] – e il migliore interesse del minore conduce proprio all'art. 44 lett. d) cit.

circolazione della persona. Cfr. anche Idem, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4/2019, 815.

[13] Così non è stato, per esempio, nel noto caso CEDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Fam. e dir.*, nn. 8-9/2017, con nota di E. Falletti, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*; cfr. anche la nota di L. Lenti, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *NGCC*, n. 4/2017, 495.

[14] Le S.U. hanno infatti ribadito che «Poiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della lex loci. Nondimeno, anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, primo comma, lettera d), della legge n. 184 del 1983», così Cass., S.U., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit. Conf. Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193, cit.; Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it*. 2014, 12, 3408. Già sostenevano l'inammissibilità della trascrizione dell'atto di nascita: Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, in *Ilfamiliarista.it*, 3 agosto 2020; Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *NGCC*, 2015, 235 ss., che esclude l'operatività del criterio del *child's best interest* ai fini della trascrizione dell'atto di nascita estero in caso di assenza di legame biologico con il nato. Con riferimento alla coppia omosessuale femminile: Cass., 12 febbraio 2024, n. 3769, in *Fam. e dir.*, 2024, 627, con nota di M. Dogliotti, *Ancora sui figli di coppie dello stesso sesso: l'autorevolezza della Cassazione, la forza della giurisprudenza di merito e la speranza… nella Corte costituzionale.* Il tema è, invero, ben più complesso, per una visione completa cfr. C. Cost., 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, in *Corr. Giur.*, nn. 8-9/2021, 1034, con nota di S. Tonolo, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*; in *Fam. e dir.*, n. 7/2021, 680 ss., con nota di M. Dogliotti, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*; e nota di G. Ferrando, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Contra* tra i più recenti Trib. Taranto, Sez. I, 31 maggio 2022, in *Diritto & Giustizia* 2022, 28 giugno; Trib. Milano, Sez. VIII, 23 settembre 2021, in *Foro it*. 2022, 1, I, 294. In dottrina, U. Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, in *Giur. it.*, nn. 8-9 2022, 1827; M. Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, in *NGCC*, n. 5/2022, 1013. Con riferimento alla non superabilità del divieto di maternità surrogata, cfr. Cass., S.U., 31 marzo 2021, n. 9006: «Non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogeni-

§ 4. – *Il diritto alla c.d. "continuità affettiva" nell'ambito delle famiglie in difficoltà*

Il diritto alla continuità affettiva ha portato – anche in conseguenza di alcune decisioni della CEDU[15] – all'emersione dell'esigenza di non recidere i rapporti del minore con la famiglia di origine, anche nei casi in cui questa sia in modo conclamato e irrecuperabile non totalmente idonea a curare la crescita e l'educazione del primo. Di qui l'apertura, in via pretoria, a nuove, ulteriori, forme di genitorialità non esclusiva, non sostitutiva di quella biologica, bensì addizionale ad essa.

Il contesto di riferimento è dato da quelle situazioni nelle quali le difficoltà della famiglia di origine del minore appaiono irreversibili[16] e, nonostante ciò, il legame di quest'ultimo con i genitori biologici offra risvolti positivi, di modo che non possa ritenersi configurata una condizione piena di abbandono morale e materiale. Di qui la giurisprudenza[17] ha elaborato il concetto di "semiabbandono", che ha stentato, invero, a trovare precisa collocazione nelle norme adozionali, prima della luce nuova su di esse irradiata dalle decisioni delle Corti sovranazionali e della Consulta, oltre che, più in generale, dall'evoluzione del contesto sociale.

La Corte EDU[18], nel 2014, aveva sanzionato l'Italia per aver dichiarato lo stato di adottabilità di un minore di età sulla base della rilevata inadeguatezza irreversibile della madre, non avendo tuttavia previamente adottato tutte le misure idonee ad evitare indebite intromissioni dello Stato nella vita privata di quel nucleo familiare e così violando l'art. 8 CEDU. Argomentando la propria decisione, la Corte EDU ha evidenziato che, pur non sussistendo in Italia una previsione normativa riconducibile al concetto di "adozione mite", nondimeno alcuni Tribunali già ne avevano fatto applicazione, riconducendo la fattispecie a quella «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» – qui legata all'insussistenza di un vero e proprio abbandono – di cui all'art 44, lett. d) L. adoz. Appena un anno dopo tale decisione, la medesima

toriale, ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione»; la decisione è pubblicata, tra l'altro, in *Fam. e dir.*, n. 11/2021, 992 ss. con note di: A. Figone, *L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico*; G. Recinto, *Le "pericolose oscillazioni" della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata;* M. Sesta, *Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade.*

[15] In particolare: CEDU, 21 gennaio 2014, ric. 33773/11, *Zhou c. Italia*, in *Foro it*., 2014, IV, c. 173; CEDU 13 ottobre 2015, ric. 52557/14, *SH c. Italia*, in *NGCC*, n. 5/2016, I, 683, con nota di L. Lenti, *Quale futuro per l'adozione? A proposito di Corte eur. dir. uomo, S.H. c. Italia e Cass. n. 25526/2015.*

[16] Mancano, quindi, i presupposti per l'affidamento ai sensi dell'art. 2 L. adoz.

[17] TM Bari, 7 maggio 2008, in *Fam. e dir*, n. 4/2009, 393, con nota di S. Caffarena, *L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive.*

[18] CEDU, 21 gennaio 2014, ric. 33773/11, *Zhou c. Italia*, cit.

Corte EDU[19] ha nuovamente sanzionato l'Italia, con riguardo ad un caso in cui un tribunale aveva dichiarato lo stato abbandono di tre minori[20], nonostante la C.T.U. avesse rilevato un buon rapporto affettivo con la madre biologica.

A tali decisioni non poteva certamente rimanere indifferente la S.C. a fronte di un caso del tutto analogo a quello deciso dalla Corte EDU, ove in sede di merito era stato dichiarato lo stato di adottabilità di due minori, nonostante la C.T.U. avesse evidenziato un forte legame affettivo con la madre, pur inidonea ad occuparsi autonomamente dei figli. A fronte del ricorso avanzato da quest'ultima, basato unicamente sulla mancata analisi della possibilità di procedere ad una "adozione mite", riconducibile all'art. 44 lett. d) L. adoz., la S.C. ha censurato la decisione del merito laddove aveva disposto l'adozione piena senza previamente accertare l'eventuale sussistenza dell'interesse del minore a conservare il legame con la madre biologica, pur versando questa in una condizione permanente difficoltà, costituendo l'adozione piena una *extrema ratio*[21].

L'approdo successivo alla c.d. "adozione mite" è consistito poi nell'avallo della c.d. "adozione aperta" ad opera di una recente decisione della Consulta[22], la quale, pur dichiarando infondata la questione di legittimità dell'art. 27, co. 3, L. 184/1983[23], ha sostanzialmente ridisegnato l'impianto tradizionale dell'adozione piena.

[19] CEDU 13 ottobre 2015, ric. 52557/14, *SH c. Italia*, cit.

[20] Nella specie, i tre fratelli furono per di più affidati a tre differenti famiglie, con ulteriore evidente violazione del loro diritto alla vita privata a familiare, oltre che di quello della madre, entrambi tutelati dall'art. 8 CEDU.

[21] In una prospettiva più ampia, circa il superiore interesse del minore: M. Sesta, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir.*, n. 7/2021, 763; M. Di Masi, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, Jovene, 2020, 39 ss.; E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, cit.; V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore, ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 405; e già P. Rescigno, *I minori tra famiglia e società*, in *Dir. fam. e pers*, 1982, 271.

[22] C. Cost. 28 settembre 2023, n. 183, in *Giur. it*., 2024. La q.l.c. era stata sollevata da Cass., 5 gennaio 2023, n. 230, sulla quale cfr. M. Dogliotti, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass. SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass., 5 gennaio 2023, n. 230,* in *Fam. e dir.*, 2023, 437.

[23] In relazione ad una ricca serie di parametri costituzionali e internazionali: all'art. 2 Cost., temendo che la previsione oggetto del vaglio di legittimità non consentisse «di mettere in campo tutte le energie affettive e relazionali […] che possono contribuire alla costruzione dell'identità e allo sviluppo equilibrato della personalità dei minori»; all'art. 3 Cost., temendo una ingiustificata disparità di trattamento tra adozione piena e quella in casi particolari, di cui all'art. 44, L. adoz. Con riguardo all'art. 117, comma 1, Cost., si temeva, che la previsione violasse il "diritto alla vita familiare", tutelato dall'art. 8 CEDU; con riguardo agli artt. 3, 20, co. 3 e 21 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, che complessivamente enunciano il principio del superiore interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano (proprio in ambito adottivo, cfr. art. 21: «Gli Stati Parti che ammettono e/o autorizzano l'adozione, si accertano che l'interesse superiore del fanciullo, sia la considerazione fondamentale in materia»).

La previsione oggetto del vaglio di legittimità, infatti, prevede che «con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali» (art. 27 L. adoz.), disposizione che l'interpretazione consolidata ha ritenuto applicabile tanto ai vincoli giuridico-formali, quanto alle relazioni di fatto, così da ergere un *muro* – queste sono le parole della Corte – tra famiglia biologica del minore e famiglia adottiva. All'esito della propria valutazione, la Consulta ha rilevato primariamente che la previsione oggetto del vaglio costituzionale non appare irragionevole, in considerazione del fatto che l'accertamento dello stato di abbandono manifesta, in via generale, l'assoluta inidoneità genitoriale e degli altri parenti tenuti a provvedere al minore, concludendo perciò che si può «presumere che sia nell'interesse del minore, proprio in quanto abbandonato, interrompere le relazioni» non solo giuridico-formali, ma anche «di fatto con i familiari biologici». Tuttavia la Corte ha precisato – e qui sta l'elemento interpretativo innovativo – che la suddetta presunzione non può essere interpretata in termini assoluti; ad essa, cioè, deve essere attribuito carattere meramente relativo, a pena di una disciplina non compatibile con il modello costituzionale, posto che, altrimenti, l'aprioristica esclusione dell' interesse del minore a mantenere le relazioni socio-affettive con la famiglia di origine impedirebbe al giudice di ricercare in concreto il migliore interesse del minore stesso.

In sintesi, la cessazione dei rapporti tra il minore e la sua famiglia di origine può presumersi rispondere al migliore interesse del primo solo *iuris tantum* e, significativamente, gli indici maggiormente sintomatici della natura meramente relativa della presunzione si rinvengono proprio nelle previsioni sulla c.d. "continuità affettiva" – di cui ai commi 5-*bis* e 5-*ter* all'art. 4 L. adoz. – laddove si ammette che gli affidatari possano adottare il minore loro affidato una volta che questi sia dichiarato in stato di abbandono, con evidente ed inevitabile superamento di quel muro di segretezza al quale si è fatto cenno[24].

§ 5. – *Il diritto alla c.d. "continuità affettiva" nella crisi della famiglia*

Il diritto alla continuità affettiva si è di recente imposto anche nell'ambito dei provvedimenti *de responsabilitate,* dunque al di fuori del percorso adozionale o almeno parzialmente al di fuori di esso. La

[24] Altro significativo indice in favore della natura meramente relativa della presunzione di cui all'art. 27 L. adoz, è da ravvisare nell'art. 28 L. adoz. laddove prevede che le informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici possano essere fornite agli adottanti "per gravi e comprovati motivi" e previsione che oggi ammette anche il c.d. "interpello materno".

S.C.[25] ha, infatti, ha avuto occasione di pronunciarsi con riguardo ad una fattispecie nella quale, nel corso di un affidamento preadottivo, a causa di alcune serie difficoltà della coppia adottante, il minore era stato affidato di fatto ad un terzo, il quale, per circa quattro mesi, ne aveva avuto cura, provvedendo anche ad alcune spese nell'interesse del minore stesso, oltre che a tenere le relative relazioni con i servizi sociali. Rientrato presso la famiglia adottiva – o, meglio, presso la madre, posto che il padre adottivo era nel frattempo deceduto – al minore era stato impedito di mantenere i rapporti con l'affidatario di fatto. In considerazione di ciò, quest'ultimo ha intrapreso un procedimento richiedendo l'applicazione in via analogica dell'art. 4, co. 5 *ter* L. adoz. Rigettata l'istanza in sede di merito per mancanza di legittimazione attiva e, come evidenziato dal giudice di seconde cure, non sussistendo «interesse giuridicamente apprezzabile di un terzo, estraneo al rapporto parentale o a quello di affidamento espressamente preso in considerazione dalla norma», l'impugnazione in sede di legittimità ha posto il tema sotto una luce differente. La Corte, infatti, preliminarmente ha evidenziato l'impossibilità di applicare analogicamente la norma invocata[26] – posto che «è la legge che indica quali sono gli adulti cui è affidata la loro rappresentanza e che sono legittimati ad agire nel loro interesse, con la garanzia che in ogni caso è assicurato l'intervento pubblico (art. 336 c.c.). Ed è sempre la legge che stabilisce le modalità attraverso le quali si accorda tutela, all'interno del processo, a determinate posizioni di interesse giuridicamente rilevante» – precisando altresì che la tutela dei legami di fatto, come quello in questione, «è attuata non già accordando azione a chiunque, non consanguineo, sia entrato in relazione con il minore, ma per il tramite dell'iniziativa del pubblico ministero». Si tratta di una strada già indicata dalla Consulta nel 2016[27], pronunciandosi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 337 *ter* c.c., nella parte in cui tutela il diritto del minore a mantenere rapporti affettivi con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale, ma non con terzi, pur vicini al minore medesimo (nella specie si trattava del genitore di intenzione). L'occasione della pronuncia all'epoca derivò infatti dalla disgregazione di una coppia omoge-

[25] Cass., 19 dicembre 2023, n. 35537, in *Fam. e dir.*, 2024, 540 con nota di F. Tommaseo, *Sulla continuità degli affetti nell'affidamento familiare*, cit.

[26] Che, precisa la S.C., si poggia su alcune ineliminabili garanzie processuali, quali la necessità che il giudice tenga conto anche delle valutazioni dei servizi sociali; l'ascolto del minore; e il fatto che gli affidatari debbano essere convocati a pena di nullità e possano presentare memorie scritte nell'interesse del minore (art. 5, co. 1 L. adoz.), pur non potendo essere considerati parti processuali.

[27] C. Cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Fam. e dir.*, 2017, 305, con nota di F. Tommaseo, *La Corte Costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*, la q.l.c. era stata posta con riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. e al combinato disposto degli artt. 117 Cost e 8 CEDU.

nitoriale femminile nell'ambito della quale erano nati due gemelli da una p.m.a. effettuata all'estero, accuditi da entrambe le componenti della coppia genitoriale, ma biologicamente legati ad una sola di esse; venuta meno l'*affectio*, la madre biologica si era opposta al mantenimento dei rapporti dei minori con la madre di intenzione. La Corte, pur dichiarando l'infondatezza della questione sollevata, già all'epoca evidenziò come l'interruzione ingiustificata e in contrasto con l'interesse del minore di un rapporto significativo da questi intrattenuto con un adulto che non gli fosse parente costituisse una condotta pregiudizievole del genitore, che, ai sensi dell'art. 333 c.c., consentiva al giudice di adottare *i provvedimenti convenienti* rispetto al caso concreto.

Su tale falsariga, la S.C., nel dicembre scorso[28], ha dunque statuito che anche l'interruzione ingiustificata di un rapporto di affidamento maturato *de facto*, è riconducibile alle ipotesi di condotta pregiudizievole di cui all'art. 333 c.c., il cui procedimento deve essere attivato su istanza dei soggetti indicati dall'art. 336 c.c. (genitori, parenti e curatore speciale) o, se del caso, dal p.m., eventualmente su sollecitazione di altri soggetti vicini al minore, compreso dunque l'affidatario *de facto*.

§ 6. – *"Continuità affettiva"* vs *"rapporti significativi"… alcune riflessioni conclusive*

Partendo dalla fattispecie riferita nel paragrafo precedente si può arrivare a trarre alcune conclusioni, per poi avanzare alcune finali riflessioni. In primo luogo, può rilevarsi che la decisione conferma l'acquisita rilevanza fondamentale del diritto soggettivo del minore alla continuità affettiva, ma al contempo va anche a dimostrazione dell'ormai pressoché altrettanto acquisita emersione di nuove genitorialità, indipendenti sia dal legame biologico, sia da quello adottivo, sia – ancora – dalle forme di affidamento disciplinate dalla L. 184/1983, assumendo rilievo anche l'affidamento di fatto, che abbia almeno la qualità del prolungarsi temporalmente.

Si pone, allora, il quesito circa le caratteristiche di tale prolungamento temporale, vale a dire quanto il periodo di affidamento di fatto debba prolungarsi per potersi ritenere rilevante; se, cioè, sia sufficiente – come sembra dal caso su riportato – qualche mese, evidentemente in considerazione del fatto che il tempo dei minori di età ha proprietà espansive maggiori di quello degli adulti, o se sia opportuno invece cercare una definizione elastica sì, ma maggiormente tipizzata, per evitare che si possa finire per arrivare ad un utilizzo distorto della fatti-

[28] Cass., 19 dicembre 2023, n. 35537, cit.

specie. L'ipotesi, invero, non è di difficile verificazione e finirebbe per dare voce a terzi estranei alla cerchia familiare del minore, che potrebbero riuscire ad intromettersi nell'esercizio della responsabilità genitoriale, laddove il diritto *del minore* alla continuità affettiva venisse invocato dall'adulto affidatario nell'interesse proprio, invece che in favore – appunto – *del minore*. È d'altronde piuttosto agevole reperire nel sistema una plausibile indicazione temporale, potendo far riferimento alla previsione contenuta nell'art 9, co. 4, L. adoz. secondo cui «chiunque, non essendo parente entro il quarto grado, accoglie stabilmente nella propria abitazione un minore, qualora l'accoglienza si protragga per un periodo superiore a sei mesi, deve, trascorso tale periodo, darne segnalazione al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni. L'omissione della segnalazione può comportare l'inidoneità ad ottenere affidamenti familiari o adottivi e l'incapacità all'ufficio tutelare». Sei mesi, dunque – nella fattispecie su riferita sembra che si trattasse di un periodo di quattro mesi – possono ritenersi un indice temporale di una difficoltà familiare e di un conseguente rapporto significativo con l'affidatario (di fatto) sufficientemente lunghi per instaurare con il minore un rapporto significativo, la cui interruzione potrebbe andare in senso contrario al diritto alla continuità affettiva del minore medesimo. Non può negarsi, ad ogni modo, che la tendenza giurisprudenziale vada oggi nella direzione della massima elasticità per evitare che eccessivi formalismi possano inficiare la ricerca del concreto migliore interesse del minore.

La seconda riflessione cui la fattispecie conduce parte proprio dal concetto di "rapporto significativo", o, meglio, "rapporti significativi", al plurale, in questi termini, infatti, si esprime il Codice negli artt. 315-*bis*, co. 2; 317-*bis*; 337-*ter* c.c.

Se la *continuità affettiva* permea la legge in materia di adozione (L. 184/1983) compreso il tema dell'affidamento – e si estende, secondo gli ultimi approdi giurisprudenziali[29], all'affidamento di fatto – muovendosi dunque nell'ambito di un percorso di *formazione della famiglia*, laddove, invece, la famiglia sia già sorta – e, generalmente, si tratta della famiglia biologica del minore – il Codice si preoccupa di tutelare i "*rapporti significativi*" del minore con i genitori, con i nonni e, più in generale, con i parenti, vale a dire soggetti stretti al minore da legami di sangue, oltre che da rapporti affettivi[30].

Si vengono così a denotare due campi d'azione contigui, l'uno per la famiglia già formata e giuridicamente riconosciuta, che prevede la tutela dei *rapporti significativi*, ai sensi delle norme del Codice su richia-

[29] Cfr. §§ precedenti.

[30] Anche se, invero, nulla osta all'applicazione delle norme su richiamate alla famiglia basata su di un vincolo di filiazione adottiva

mate[31]. Il secondo ambito di azione è invece per le famiglie in formazione, che siano tali in considerazione di un affidamento come disciplinato dalla L. adoz., eventualmente anche a rischio giuridico, o di un affidamento *de facto*.

La distinzione terminologica dei due concetti su riportati – *continuità affettiva* e *rapporti significativi* – e, dunque, i due contigui campi di azione indicati, rispondono ad ogni modo al medesimo principio e servono il medesimo interesse, vale a dire il diritto del minore a mantenere le relazioni affettive che nel tempo abbia intrecciato con i parenti o con terzi; diritto che appare *superiore* sia rispetto allo sfaldamento della famiglia di origine (adozione mite e aperta), sia rispetto all'eventuale pretesa del genitore biologico di escludere quello di intenzione.

Emerge in conclusione il fatto che si va sempre più verso la ricerca del miglior interesse del minore, avendo riguardo allo specifico, concreto caso – di qui il superamento dei formalismi di cui si è già fatto cenno – e che ciò oggi conduce all'acquisizione di rilievo giuridico anche per quelle relazioni prima solo affettive tra il minore e una cerchia più ampia di adulti, rispetto ai genitori. Se, dunque, con la riforma del 2012 sul c.d. stato unico di filiazione (L. 219/2012) è andata scomparendo qualsiasi distinzione tra figli nati nell'ambito di un rapporto matrimoniale dei genitori o fuori da esso – attribuendo rilievo giuridico alla "parentela naturale" – oggi si staglia un percorso potenzialmente ben più "estensivo" verso soggetti terzi, legati affettivamente al minore, ma estranei alla cerchia dei parenti (anche a quella dei parenti naturali"), a conferma di un sistema sempre più *paidocentrico*[32].

Abstract

Starting from the established emergence of new forms of parenthood, analyzed in their most recent and innovative manifestations, the Author explores the scope and extent of the concepts of 'affective continuity' and 'significant relationships' with relatives, within the unifying framework of the best interest of the child.

[31] Nell'ambito delle quali, tra l'altro, è certamente interessante notare che si parla di un diritto degli adulti, nella specie dei nonni, a mantenere tali rapporti (art. 317-*bis*, co. 1 c.c.), pur sempre, come meglio specificato nel secondo comma della norma medesima, nell'interesse esclusivo del minore, cfr. R. Carrano, *L'interesse del minore tra continuità affettiva e rapporti significativi*, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, cit., 1133 ss.

[32] M. Sesta, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, cit., 763.

IV.16. *Dall'affetto all'effetto giuridico: riverberi sistematici e successori del riconoscimento dei rapporti di parentela nascenti dall'adozione in casi particolari*

di Ivan Libero Nocera*

Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Le relazioni di parentela dell'adottato in casi particolari. § 3. – Effetti sistematici dell'acquisto dello *status* di figlio sull'adottato in casi particolari. § 4. – I diritti successori dell'adottato in casi particolari. § 5. – I diritti sulla successione dell'adottato. § 6. – Riflessi sulle prospettive di riforma della successione necessaria.

§ 1. – *Premessa*

Il diritto di famiglia nell'ultimo decennio è stato investito da due riforme di particolare rilievo: l'introduzione della disciplina sulle unioni civili attraverso la legge n. 76 del 2016 e prima l'unificazione degli stati di figlio legittimo e di figlio naturale attraverso la legge 10 dicembre 2012, n. 21 e il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154[1], conseguita, sul piano del contenuto del rapporto di filiazione, che ha «sganciato la relazione tra genitori e figli dal vincolo matrimoniale»[2]. È, quindi, oramai irrilevante la sede nella quale la persona è venuta al mondo, e illegittimo un regime differenziato, nonostante permangano differenti modalità di accertamento e contestazione dello stato, a seconda che il concepimento sia avvenuto dentro o fuori il matrimonio[3].

In proposito, valga evidenziare come la riforma della filiazione abbia realizzato, come riconosciuto in dottrina, una vera e propria

* Università degli Studi di Bergamo.

[1] In argomento vedasi la lucida analisi di M. Paladini, *Profili sostanziali e sistematici della nuova disciplina della filiazione*, in M. Paladini, C. Cecchella (a cura di), *La riforma della filiazione. La legge 10 dicembre 2012, n. 219. 1° quaderno della Scuola di formazione dell'Osservatorio sul diritto di famiglia*, Pisa, Pacini, 2013, 35.

[2] Così Commissione giustizia della Camera dei deputati nel documento conclusivo dell'Indagine conoscitiva sullo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozione e affido, 7 marzo 2017, 36 ss., *http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2017/03/07/leg.17.bol077.data20170307.com02.pdf* (§ 4.3 – Superamento della distinzione tra adozione legittimante e non legittimante).

[3] Sulla scissione "dei destini" del matrimonio e della filiazione, si veda F.D. Busnelli, *Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 39.

"rivoluzione" dell'ordine preesistente[4], in particolare con la nuova formulazione dell'art. 315 c.c. secondo cui «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico» cui si collega l'art. 74 c.c., ai sensi del quale «la parentela è il vincolo tra le persone che discendono dallo stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo»[5].

Tali riforme non sono state neutre sul piano del diritto successorio avendo avuto come effetto quello di appesantire il sistema della legittima allargando il novero degli eredi necessari: la legge n. 219 del 2012 ha, invero, incluso tra i legittimari anche gli ascendenti "naturali" e assegnato rilevanza alla parentela "naturale" anche nella successione legittima tra parenti in linea collaterale[6]; inoltre, la legge n. 76 del 2016, equiparando al coniuge la parte unita civilmente, ha riconosciuto a quest'ultima la quota di riserva, oltre che i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano[7].

Tuttavia, le più decise innovazioni in materia di diritto di famiglia paiono inesorabilmente segnate dall'attivismo giurisprudenziale, interno ma anche sovranazionale: a quest'ultimo proposito, basti pensare alla questione inerente alla necessità di assegnare un riconoscimento giuridico al legame tra il genitore c.d. intenzionale e i minori, a prescindere dalla circostanza che essi siano nati da procreazione medicalmente assistita o da maternità surrogata, rispetto alla quale la Corte EDU ha ripetutamente affermato che l'impossibilità generale e assoluta di ottenere il riconoscimento del rapporto tra minore e genitore intenzionale configura una sproporzionata ingerenza nel diritto del bambino al rispetto della sua vita privata di cui all'art. 8 CEDU[8].

[4] Così, si esprime M. Sesta, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1177, richiamando il termine usato da Luigi Mengoni per sottolineare la novità della disciplina della successione del coniuge introdotta dalla riforma del 1975 (L. Mengoni, *Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. Cicu Messineo,* 1, Milano, Giuffrè, 1999, 148).

[5] Vedasi in proposito M. Velletti, *La nuova nozione di parentela*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 441.

[6] In proposito, come osserva L. Lenti, *Diritto della famiglia*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, Giuffrè, 2021, 24 e 126, tra figli nati all'interno e fuori del matrimonio permangono tuttavia ancora alcune differenze relative alle modalità di acquisto e rimozione dello stato, le quali potrebbero avere riverberi sul piano successorio, benché in fattispecie non frequenti. In argomento, vedansi altresì G. Passagnoli, *I profili successori della riforma della filiazione*, in *Pers. e merc.*, 2014, 113; M. Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2014, 1; M. Cinque, *Profili successori nella riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2013, 657.

[7] Vedansi in proposito V. Barba, *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 13; Idem, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, in *Tratt. dir. fam. Bonilini*, VI, *Unioni civili e convivenze*, Torino, Giappichelli, 2017, 143 e G. Bonilini, *Unione civile, convivenza di fatto e successione* mortis causa, in R. Pane (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, ESI, 2017, 148.

[8] L'art. 8 CEDU, come interpretato nei precedenti *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* (sentenze del 26 giugno 2014) e, in particolare, nel parere consultivo reso il 10 apri-

Nel solco dell'ormai diffuso processo di "giuridificazione per mezzo della giurisdizione"[9], l'impulso al rinnovamento emergente dal corpo sociale è stato, negli ultimi anni, raccolto dal *medium* della Corte costituzionale, chiamata a farsi arbitro di un delicato equilibrio tra diritto ed esperienze di vita, dotando di effetti giuridici ciò che già avviene con pienezza sul piano dei rapporti affettivi[10], nella «incessante ricerca di soluzioni più aderenti alla complessità del reale»[11].

Dalla disamina di recenti sentenze[12] in materia di adozione del maggiorenne e di attribuzione del cognome, si osserva come la Consulta valorizzi le situazioni soggettive individuali e gli effetti relazionali delle scelte personali piuttosto che la conservazione dei valori di unità e stabilità del gruppo congiunto da legami di sangue, con conseguenti criticità sistematiche determinate dall'arduo contemperamento tra le istanze concrete di tutela e la tenuta dell'ordinamento giuridico.

Davanti al protrarsi del silenzio del legislatore, i casi prospettati dalla "fattualità" – per dirla con Paolo Grossi – «offerta dal basso della società»[13] forniscono alla giurisprudenza l'occasione di vestire di giuridicità il legame sorto nel tempo tra l'adulto che non abbia generato ed il figlio del partner, del coniuge o del soggetto in unione civile, giustificando la costituzione dello stato di figlio, ovvero il mantenimento

---

le 2019 (n. P16-2018-001), non obbliga la trascrizione dell'atto straniero né il riconoscimento degli effetti della pronuncia statunitense, ma prescrive agli Stati, nell'esercizio del proprio margine di discrezionalità, di tutelare la vita privata dell'individuo e, per questo, di garantire in via effettiva e rapida una protezione giuridica al rapporto legittimamente acquisito all'estero, anche con l'applicazione di strumenti alternativi, tra cui si annovera l'adozione, in modo da assicurare in concreto la possibilità di condurre un'esistenza paragonabile a quella delle altre famiglie. In tema, vedansi Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. 16, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2019, 956, su cui si rinvia all'acuta analisi di L. Tullio, *Nascere da madre surrogata e vivere inseguendo un legame. Il lungo cammino delle gemelle Mennesson*, in *Dir. Succ. e Fam.*, 2020, 1035 nonché G. Salvi, *Il caso della gestazione per altri nel canone della CEDU ed i suoi effetti nel nostro ordinamento*, in S. Pagliantini (a cura di), *Ricerche di diritto europeo tra sostanza e processo*, Napoli, ESI, 2020, 241; vedansi, altresì, tra le tante, la sentenza della Corte EDU 22 novembre 2022 (ricorsi n. 58817/15 e 58252/15), *D.B. ed altri v. Svizzera*, in *Giur. it.*, 2023, 27, nonché le sentenze della Corte EDU 6 dicembre 2022 (ricorso n. 25212/21), *K.K. ed altri v. Danimarca*; Corte EDU 22 giugno 2023 (ricorso n. 10794/12), *Germano v. Italia*; Corte EDU 30 maggio 2023 (ricorso n. 10810/20) *Bonzano e altri v. Italia*; Corte EDU 31 agosto 2023 (ricorso n. 47196/21) *C. v. Italia*, tutte disponibili al sito internet *www.echr.coe.int*.

[9] In questi termini si vedano le risalenti ma ancora attuali riflessioni di M. Taruffo, *Note sui modi della giuridificazione*, in *Pol. dir.*, 1987, 581 ss.

[10] In tema, vedansi le acute riflessioni di V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali (tra limiti di diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

[11] In questi termini, Corte Cost., 28 settembre 2023, sentenza n. 183, in *Fam. e dir.*, 2024, 121 con nota di M. Dogliotti, *Questa è l'adozione da preferire!*.

[12] Vedasi, tra le ultime, la sentenza della Corte Cost., 18 gennaio 2024, n. 5. Sul tema vedansi le riflessioni di A. Spangaro, *Ancora sul divario di età nell'adozione di maggiorenne*, in *Fam. e dir.*, 2021, 370. Vedasi, inoltre, la Corte Cost., 4 luglio 2023, n. 135, in *Fam. e dir.*, 2023, 805, con nota di G. Bonilini, *Il cognome dell'adottato maggiore di età*.

[13] Tale espressione è di P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 10. Vedasi altresì Idem, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, I, 2014, 10.

del rapporto affettivo consolidatosi, con la finalità di assicurare tutela giuridica al minore.

§ 2. – *Le relazioni di parentela dell'adottato in casi particolari*

In tale solco si colloca la sentenza della Corte Cost., 28 marzo 2022, n. 79[14] che, a fronte del variegato manifestarsi di esperienze di vita familiare nella realtà sociale, ha raccolto le istanze emergenti dalla società riconoscendo all'adozione del minore in casi particolari l'idoneità a far nascere relazioni di parentela con i familiari dell'adottante.

In tale decisione la Consulta proponendosi l'arduo obiettivo di offrire regolamentazione a delicati equilibri affettivi[15], si è concentrata sugli effetti inerenti alla parentela del provvedimento che decide l'adozione in casi particolari, ha inciso sull'intero istituto che contempla situazioni molto diverse tra di loro e difficilmente assimilabili. Soffermando la propria attenzione "a valle", ossia sulla condizione giuridica del minore, la Consulta ha colpito con censura di incostituzionalità le disposizioni che escludono l'esistenza di rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

Tale intervento tende così a restituire coerenza sistematica ad una norma relativa alla c.d. adozione "mite" – istituto non toccato dalla novellazione della riforma della filiazione, in quanto reputata, nell'intenzione del legislatore, non idonea ad attribuire all'adottato lo stato giuridico di figlio – che però negli ultimi lustri ha subito una notevole trasformazione, convertendosi da istituto circoscritto ad alcune ipotesi tipiche, a soluzione adottiva cui fare ricorso in via principale.

L'evoluzione in via pretoria della disciplina dell'adozione conduce di fatto ad uno svuotamento dell'efficacia deontica delle altre pre-

[14] Su tale sentenza vedansi i commenti di M.C. Venuti, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, 567; M. Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *Fam. dir.*, 2022, 904; M.C. Carbone, *Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giuridico della "familiarità sociale"*, in *www.giurcost.org*; G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione giustizia*, 7 giugno 2022; N. Chiricallo, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in *Familia*, 17 maggio 2022; R. Trezza, *I correttivi "funzionali" all'istituto dell'adozione in casi particolari*, *ivi*, 16 maggio 2022; E. Crivelli, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in *Osservatorio AIC*, n. 5/2022; G. Pacini, *L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ. com.*, 18 luglio 2022.

[15] Sul ruolo del giudice nelle delicate questioni all'incrocio tra diritto e bioetica vendansi le riflessioni di A. D'Aloia, *Biodiritto e giurisdizione*, in Idem, *Il diritto e l'incerto del mestiere di vivere*, Milano, Cedam, 2021; S. Penasa, *Il giudice al crocevia tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica dei casi. Riflessioni a partire dalla giurisprudenza italiana*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 3/2021.

visioni normative, collocate ora in posizione subvalente nella prassi applicativa rispetto al ricorso all'ipotesi, un tempo applicata *de residuo*, della lett. d), espressione di un procedimento ermeneutico che la dottrina costituzionalistica tedesca ha definito *Entfremdung*[16], ovvero l'estraniamento della norma giuridica dall'*occasio legis*, per adattarsi – alla luce di una sorta di prognosi *ex post* – in ragione dei mutamenti del contesto sociale.

Occorre sottolineare l'insussistenza, esplicitata anche dal Giudice costituzionale, di un asserito "diritto ad avere un figlio" che, attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita «lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati», potrebbe legittimare un presunto «diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'*an* e del quando, ma anche del *quomodo*»[17], nonché la netta condanna della pratica della surrogazione di maternità[18], che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»[19], in quanto comporta la intollerabile mercificazione del corpo, sovente in pregiudizio a donne maggiormente esposte sul piano economico e sociale[20].

Il rischio è che il minore assurga a "salvacondotto" per coprire la violazione della legge[21], contribuendosi così ad alimentare forti diseguaglianze tra soggetti che dispongono delle risorse economiche sufficienti per recarsi all'estero ed altri che, invece, ne sono privi[22]. L'ordinamento, tuttavia, non può ignorare la realtà dei minori frutto di tali pratiche e il loro incolpevole interesse alla tutela di un rapporto giuridico corrispondente all'effettività della propria relazione affettiva con il *partner* del genitore biologico, tenendo in debito conto le variabili della durata del rapporto instauratosi col minore e, dunque, della condizione identitaria già da esso acquisita.

---

[16] Si prende a prestito la distinzione tra *Entfremdung* e *Verfremdung* operata da F. Schleiermacher, *Über die verschiedenen Methoden des Übersetzens*, in *Abhandlungen der philosophischen Klasse der Königlich-Preussischen Akademie der Wissenschaften aus den Jahren 1812-1813*, in *der Realschul-Buch-handlung*, Berlino, 1816, trad. it. di G. Moretto, *Sui diversi metodi del tradurre*, in S. Nergaard (a cura di), *La teoria della traduzione nella storia*, Milano, Bompiani, 1993, 143, con riferimento al metodo di traduzione rispettivamente per "alienazione" o "addomesticamento" del testo – in modo tale che l'orizzonte di senso del testo tradotto non si allontani troppo da quello del lettore che ne deve fruire – ovvero per "straniamento" in cui si avrebbe una sorta di preferenza del testo a scapito dell'eventuale spaesamento del lettore.

[17] In questi termini Corte cost., 23 ottobre 2019, sentenza n. 221, *Foro it.*, I, 2019, 3782.

[18] Sul punto vedansi M. Di Masi, *Maternità surrogata, dal contratto allo "status"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 615; A. Lorenzetti, voce *Maternità surrogata*, in *Dig. civ., Aggiornamento*, VI, Torino, Utet, 2011, 617.

[19] Così, Corte cost., 18 dicembre 2017, sentenza n. 272.

[20] Vedasi Corte cost., 9 marzo 2021, sentenza n. 33.

[21] In proposito, L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 95 osserva che a volte «la dichiarata priorità dell'interesse del minore si risolve nell'effettiva promozione dell'interesse degli adulti».

[22] Così anche E. Crivelli, *La Corte costituzionale*, cit., 18.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 79 del 2022 ha spostato la propria attenzione dall'"*an*" al "*quomodo*" ovvero dai meri presupposti di accesso all'adozione in casi particolari allo *status* del minore adottato.

Invero, l'art. 55 L. adoz. nell'affermare l'applicazione all'adozione in casi particolari dell'art. 300 c.c.[23] in materia di adozione di maggiorenni comporta il mancato sorgere di alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, impedendo all'adottato minore di crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, *in primis* quelli con i fratelli e i nonni.

Secondo la Consulta, la norma che esclude, nelle adozioni in casi particolari, la sussistenza di relazioni familiari tra l'adottato e i parenti dell'adottante – oltre a violare l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 8 CEDU posto a tutela della vita privata e familiare, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU[24] – integra una violazione degli artt. 3 e 31 Cost., poiché in contrasto con il principio espresso in Costituzione e concretizzato negli artt. 315 e 74 c.c., come modificati dal legislatore della riforma 2012-2013, di parità di trattamento di tutti i figli, nati all'interno o fuori dal matrimonio e adottivi, i quali, avendo tutti il medesimo *status* giuridico, entrano a far parte della rete parentale di ciascuno dei loro genitori. Per effetto della sentenza della Consulta, pertanto, i rapporti di parentela dei minori sono allo stesso modo tutelati a prescindere dalla situazione di fatto o di diritto da cui il nuovo *status* di figlio ha tratto origine.

§ 3. – *Effetti sistematici dell'acquisto dello* status *di figlio sull'adottato in casi particolari*

Tale intervento della Consulta ha avuto come principale pregio quello di rimuove un ostacolo all'effettività della tutela offerta dall'adozione in casi particolare, eliminando il più importante elemento di inadeguatezza da tale istituto, riconosciuto dalla stessa Corte con la sentenza n. 33 del 2021. In conseguenza di tale declaratoria d'incostituzionalità, come riconosciuto dalla nota decisione di cui alla Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162[25], l'esigenza di assicurare al bambino

[23] Su tale norma vedansi le riflessioni di V. Barba, *Variazioni critiche sull'art. 300 Cod. civ.*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 487.

[24] Vedasi nota 8.

[25] Tale sentenza è stata pubblicata in *Fam. e dir.*, 2023, 408, con *Nota introduttiva*, di carattere adesivo, di M. Sesta ed è stata commentata, tra gli altri, da M. Dogliotti, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione "piena". Dove va la Cassazione? E che farà la Corte costituzionale*, in *Fam. e dir.*, 2023, 437; S. Patti, M. Bianca, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata. Riflessioni a confronto*, in *Familia*, 2023, 1; G. Salvi, *Ancora un no (forse definitivo) delle Sezioni unite alla trascrizione a seguito di gestazione per altri*, in *Giur. it.*, 2023, 2320; G. De Marzo,

nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse può – stante la perdurante inerzia del legislatore – essere assicurata dallo strumento dell'adozione in casi particolari, elevato ormai a modalità di costituzione del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione[26], nonostante presenti comunque effetti personali e patrimoniali più ridotti e instabili rispetto all'adozione piena[27]. Giova, in proposito, segnalare che il Tribunale di Lucca ha recentemente sollevato la questione di legittimità costituzionale con riferimento allo statuto giuridico dei figli delle famiglie composte da due donne, nati all'estero a seguito di procreazione medicalmente assistita, ritenendo che l'adozione in casi particolari non permetta di assicurare al minore una tutela adeguata in termini di effettività e celerità[28].

La decisione della Consulta del 2022, affermando la necessità, in ragione dell'unicità dello *status* di figlio, di uniformare il coacervo di diritti e doveri che da tale *status* scaturiscono a prescindere dalle ragioni che ne hanno determinato l'acquisizione, illumina ogni questione in cui vi sia una discriminazione dei figli in generale e ad applicarsi non solo alle ipotesi di adozione da parte di coppie dello stesso sesso, bensì anche a tutte quelle ipotesi in cui sia ravvisabile uno stato di abbandono semipermanente o di abbandono ciclico (si pensi al caso di genitori tossicodipendenti), atteso che, secondo l'interpretazione invalsa nella giurisprudenza di legittimità, l'adozione in caso particolare deve essere la soluzione cui fare ricorso in via principale.

Nondimeno, l'intervento della Corte, se costituisce una manifestazione del sempre maggiore accreditamento della giurisprudenza come interprete principale dell'evoluzione della coscienza sociale, stante l'inerzia del legislatore davanti alle materie riguardanti i diritti della per-

Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata?, in *Foro it*., I, 2023, 83; A. Spadafora, *Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"?*, *ivi*, 2023, 408. Riepiloga efficacemente le opinioni espresse dalla dottrina sulla decisione in questione M. Sesta, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ*., 2023, 399. Da ultimo, vedansi altresì le approfondite riflessioni di M. Dogliotti, *Ancora sui figli di coppie dello stesso sesso: l'autorevolezza della Cassazione, la forza della giurisprudenza di merito e la speranza… nella Corte costituzionale*, in *Fam. e dir*., 2024, 627 e L. Vizzoni, *Richiesta di adozione del genitore intenzionale e "pentimento" del genitore biologico all'indomani delle Sezioni Unite della Cassazione*, *ivi*, 344.

[26] Come ha successivamente affermato Cass., 2 agosto 2023, n. 23527, in *Fam. e dir*., 2023, 1053, con nota di R. Calvigioni, «l'adozione in casi particolari si presta a realizzare appieno il preminente interesse del minore alla creazione di legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, senza che siano esclusi quelli con la famiglia del genitore biologico, alla luce di quanto stabilito dalla sentenza della Corte Cost. n. 79 del 2022».

[27] Sulle differenze tra adozione piena e in casi particolari, vedansi R. Senigaglia, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 79/2022*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2022, 1347; G. Iorio, *Le adozioni in Italia fra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Familia*, 2022, 499; A. Finessi, *Unicità dello stato di figlio e interesse del minore nell'adozione in casi particolari*, in *Riv. dir. civ*., 2022, 1047.

[28] Trib. Lucca, 25 giugno 2024, disponibile su Altalex al sito internet *https://www.altalex.com/documents/2024/07/02/famiglie-omogenitoriali-nati-non-riconoscibili-parola-di-nuovo-corte-costituzionale*.

sona[29], non vale, per contro, a fugare tutte le incertezze che derivano dalla declaratoria d'incostituzionalità, in quanto non può pretendersi dalla Consulta l'azione sistematica e coordinata che è appannaggio del legislatore. L'adeguamento in via pretoria comporta, infatti, l'ontologica assenza di respiro sistematico, con l'inevitabile conseguenza di lasciare irrisolte ulteriori rilevanti questioni, quali la perdurante legittimità di ogni rinvio contenuto nell'art. 55 L. adoz., che prevede ancora profili problematici quali, ad esempio, l'obbligo di inventario dei beni del minore e la peculiare possibilità di revoca dell'adozione in casi particolari, che contrasta con le prerogative proprie dello *status* di figlio.

Rispetto a tale ultimo profilo, infatti, stona con l'unità dello stato di figlio la possibilità prevista per l'adozione in casi particolari di revocare la relazione con il genitore adottivo su richiesta dell'adottante, se l'adottato, maggiore di quattordici anni, «abbia attentato alla vita dell'adottante, del coniuge, dei discendenti o ascendenti di lui ovvero si sia reso colpevole verso di loro di delitto punibile con pena restrittiva della libertà personale non inferiore nel minimo a tre anni; se l'adottante muore in conseguenza dell'attentato, la revoca dell'adozione può essere chiesta da coloro che sarebbero eredi in mancanza dell'adottato e dei suoi discendenti» (art. 51 L. adoz.). Inoltre, la revoca può essere pronunciata su richiesta dell'adottato o su istanza del pubblico ministero se i fatti sopra esposti siano stati «compiuti dall'adottante nei confronti dell'adottato, il coniuge, gli ascendenti o discendenti di lui» (art. 52 L. adoz.) ovvero su richiesta del pubblico ministero in caso di violazione dei doveri cui l'adottante è tenuto (mantenimento, educazione, istruzione del minore) (art. 53 L. adoz.).

La disciplina della filiazione, in ipotesi di condotte pregiudizievoli rispetto ai figli, prevede invece i procedimenti configurati negli artt. 330 e s.s. c.c. – definiti, prima della riforma, *de potestate* e ora di decadenza e limitazione della responsabilità genitoriale – che tuttavia fanno permanere inalterati gli obblighi dei genitori, in particolare quello di mantenimento[30] e di vigilanza sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio[31], non trattandosi di un fenomeno estintivo *tout court*. Inoltre, una volta venute meno le esigenze cautelari che determinarono la pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale, e venga conseguentemente escluso il pregiudizio

[29] In proposito si rinvia alle lucide riflessioni di N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 1.

[30] Sul punto vedansi, *ex multis*, Cass. pen., 29 ottobre 2009, n. 43288, in *Dir. pen. e proc.*, n. 1/2010, 30.

[31] In proposito, vedasi le riflessioni di G. De Cristofaro, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 799 e G. Villa, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Trattato dir. famiglia Bonilini-Cattaneo*, III, Torino, Utet, 1997, 320.

per il figlio, il giudice, valutato l'interesse del minore, può disporre la reintegra nella responsabilità genitoriale (art. 332 c.c.). Infine, senza arrivare all'ablazione della responsabilità del genitore, quando vi sono comportamenti dannosi per il figlio, il giudice, secondo le circostanze, può assumere discrezionalmente i provvedimenti più idonei al caso concreto, revocabili in ogni momento (art. 333 c.c.).

In aggiunta, appare dissonante con il principio di unità dello *status filiationis*, ribadito dalla Consulta, l'art. 48, comma 3, L. adoz., che, per scongiurare adozioni interessate, esclude l'usufrutto legale dell'adottante sui beni dell'adottato, riconoscendogli solo l'amministrazione e l'impiego delle rendite per le spese di mantenimento, istruzione ed educazione del minore con l'obbligo di investirne l'eccedenza in modo fruttifero. Nondimeno, se l'adottato in casi particolari è inserito a pieno titolo nella rete di relazioni familiari dell'adottante, comprensive dei rapporti con i figli di quest'ultimo, i quali, a seguito dell'adozione, divengono fratelli e sorelle dell'adottato, il divieto di usufrutto legale sui beni dell'adottato contrasta con la logica solidaristica della famiglia[32] e con il dovere previsto dall'art. 315-*bis*, comma 4, c.c. in capo a ciascun figlio di «contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa».

Si tratta di strumenti senz'altro coerenti con lo scopo originario dell'adozione in casi particolari, ma che non sono più attuali, in quanto sicuramente dissonanti con le nuove e più complesse funzioni che l'istituto ha assunto alla luce della parificazione dei rapporti familiari avvenuta con la decisione della Consulta.

§ 4. – *I diritti successori dell'adottato in casi particolari*

La sentenza della Consulta nell'affermare che l'adozione in casi particolari, essendo equiparata *quoad effectum* all'adozione c.d. piena, è idonea a costituire un rapporto di parentela tra il soggetto adottato e i parenti dell'adottante, riverbera altresì sugli aspetti, di non poco momento, relativi al diritto successorio.

La prima novità rilevante è rappresentata, in primo luogo, dalla variazione dell'*ordo successionis*, giacché il figlio adottato in casi parti-

[32] Vedansi in proposito le riflessioni di L. Ferri, *Della potestà dei genitori, Art. 315-342*, in F. Galgano (a cura di), *Comm. del cod. civ. Scialoja e Branca*, *Libro Primo, Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1988, 120, secondo il quale «non solo si deve escludere che siano solo i figli proprietari a beneficiare delle rendite, ma si deve pure riconoscere che neppure una preferenza di questi rispetto ai non proprietari è ammissibile». Nello stesso senso, vedasi G.F. Basini, *L'usufrutto legale dei genitori*, in *Tratt. dir. famiglia Bonilini e Cattaneo*, II, Torino, Utet, 1997, 495.

colari diventa un successibile di ciascuno dei parenti di ciascun genitore adottivo e, valendo qui il reciproco, tutti i parenti di ciascun genitore adottivo diventano successibili del figlio adottato in casi particolari.

Quanto descritto non è esente dal creare disarmonie nel sistema complessivo. Sia sufficiente pensare ai riflessi sul piano ereditario del superamento del principio di esclusività della famiglia consentendo non solo che lo stesso minore abbia più genitori in senso giuridico, i genitori biologici e quelli adottivi, ma anche che il bambino abbia legami parentali plurimi e sovrapposti, in forza della riconosciuta valenza giuridica anche dei rapporti con i parenti dei genitori adottivi, in virtù del meccanismo descritto dall'art. 74 c.c. secondo il quale «la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite […] sia nel caso in cui il figlio è adottivo».

L'impatto sui diritti successori dell'adottato in casi particolari emerge, in primo luogo, osservando che a tale soggetto, in forza di quanto previsto sia dall'art. 300, comma 2, c.c. in materia di adozione di persone maggiorenni («L'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge»), richiamato dall'art. 55 L. adoz., sia dall'art. 567, comma 2, c.c. («I figli adottivi sono estranei alla successione dei parenti dell'adottante»), non era riconosciuto alcun diritto nei confronti della successione dei parenti dell'adottante, valendo anche il reciproco, ossia l'assenza di qualsiasi diritto da parte dei parenti dell'adottante nei confronti della successione dell'adottato[33]. Valga, tuttavia, segnalare in proposito l'opinione discordante in dottrina che ammetteva la possibilità per l'adottato di succedere per rappresentazione, evidenziando l'indipendenza tra il diritto di rappresentazione e l'esistenza di un rapporto di parentela tra *de cuius* e rappresentante, la sufficienza, ai fini della rappresentazione, di un duplice legame di parentela fra rappresentante e rappresentato e tra quest'ultimo e il defunto[34].

Il quadro delle norme sui diritti successori dell'adottato in casi particolari è completato dall'art. 304 c.c., parimenti richiamato dall'art. 55 L. adoz., che se nega qualsiasi diritto ereditario all'adottante, riconosce al comma 2 all'adottato la possibilità di partecipare alla successione dell'adottante sia legittima (art. 567, comma 1, c.c.) che necessaria (art. 536, comma 2, c.c.), assimilando *in toto* la posizione dell'adot-

[33] Sul punto, vedansi, tra i tanti, G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, Giuffrè, 2023, 689; C. Coppola, *Sub* Art. 300, in E. Gabrielli (a cura di), *Commentario al Codice civile*, *Artt. 177-342-ter*, Torino, Utet, 2010, 729.

[34] In tal senso, M. Costanza, *Delle successioni legittime. Della successione dei parenti*, in G. Cian, A. Trabucchi, G. Oppo (a cura di), *Commentario del diritto italiano della famiglia*, V, Padova, Cedam, 1992, 102.

tato a quella del figlio. L'adottato, peraltro, conserva verso i genitori la qualità di legittimario e di successibile legittimo ai sensi degli artt. 536, comma 1, e 566 c.c., come pure qualsiasi altra posizione ereditaria, che gli possa spettare, sul patrimonio di altri parenti della propria famiglia d'origine.

In seguito alla declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 300, comma 2, c.c. e dunque del riconoscimento dei rapporti civili tra l'adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante, deve, pertanto, ritenersi che l'applicazione dell'art. 567, comma 2, c.c. sia ora circoscritta all'ipotesi dell'adozione di maggiorenne, mentre l'adottato in caso particolare deve ritenersi incluso nel novero dei successibili di cui all'art. 565 c.c., potendo, quindi, partecipare alla successione dei figli dell'adottante, divenuti suoi fratelli e sorelle, nonché alla successione dei fratelli e delle sorelle dell'adottante, divenuti suoi zii, e più in generale alla successione di tutti i parenti entro il sesto grado dell'adottante, anche per rappresentazione, subentrando ai loro ascendenti se questi non possano o non vogliano accettare l'eredità.

§ 5. – *I diritti sulla successione dell'adottato*

Con riferimento, invece, ai diritti sulla successione dell'adottato in caso particolare, la decisione della Consulta comporta un esito paradossale. Invero, in forza dell'instaurazione dei rapporti di parentela tra parenti dell'adottante e adottato, stante la riconosciuta illegittimità del rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., in ipotesi di decesso dell'adottato, i parenti dell'adottante potranno partecipare alla successione del figlio adottivo, secondo le regole della successione legittima, mentre per assurdo non sarebbe riconosciuto alcun diritto ai genitori adottivi.

Invero, poiché la disciplina dell'adozione in casi particolari, benché connotata da un'impronta personalistica, è modellata sugli effetti dell'adozione del maggiorenne, caratterizzata invece da un'indole patrimonialistica, permane l'applicazione all'adottato in casi particolari dell'art. 304 c.c., in forza del richiamo ad opera dell'art. 55 L. adoz. Tale norma codicistica, come detto, nel disciplinare i diritti di successione nell'adozione di persone maggiorenni, prevede non già il riconoscimento di un vicendevole diritto in capo ad adottato e adottante nelle reciproche successioni, bensì solo in senso unilaterale, non attribuendo all'adottante alcun diritto successorio nei confronti dell'adottato. Ciò se è coerente con le caratteristiche e la *ratio* propria dell'istituto dell'adozione del maggiorenne, in modo da evitare adozioni

"interessate", volte a far beneficiare l'adottante del patrimonio dell'adottato[35], lo è meno rispetto a quelle dell'adozione in casi particolari.

Astrattamente si potrebbe sostenere, al fine di ammettere la successione dell'adottante all'adottato, superando l'esplicito divieto di cui all'art. 304 c.c., l'implicita abrogazione del rinvio a tale norma in seguito alla declaratoria d'incostituzionalità che ha colpito il rinvio all'art. 300 c.c. contenuto nel medesimo art. 55 L. adoz. Tuttavia, nella specie, le due norme non sembrano essere in contrasto in quanto riguardano due effetti differenti dell'adozione in casi particolari – l'art. 300, comma 2, c.c. i rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante, e l'art. 304, comma 1, c.c. i diritti di successione dell'adottante.

Inoltre, non sarebbe peregrino immaginare che il perdurante divieto della successione dell'adottante all'adottato possa giustificarsi, pur a seguito dell'intervento della Corte, con l'esigenza di evitare una duplicazione di eredi necessari. Invero, detto che il figlio entra nella famiglia del genitore o dei genitori adottivi, senza tuttavia recidere i legami parentali con la famiglia di origine, ciò comporta che, se il figlio premuore, ad esso succedono i soli genitori biologici; qualora, invece, alla successione dello stesso figlio partecipassero altresì i genitori adottivi, si verificherebbe una inedita e non codificata forma di concorso tra genitori adottivi e genitori biologici[36].

In proposito, non potrebbe soccorrere il criterio egalitario previsto dall'art. 568 c.c. che in materia di successione dei genitori dispone che in assenza di prole, né fratelli o sorelle o loro discendenti "succedono il padre e la madre in eguali porzioni", atteso che riguarda l'ipotesi di ascendenti in posizione paritaria tra loro nei confronti del minore. Al contrario tra i genitori adottivi in casi particolari e genitori biologici vi sono delle chiare differenze di *status*, in quanto oltre alla già vista revocabilità che connota l'adozione in casi particolari, in seguito alla pronuncia di adozione, la responsabilità genitoriale, ai sensi dell'art. 48, comma 1, L. adoz., viene ad essere esercitata solo dagli adottanti, sui quali gravano gli obblighi di cui all'art. 147 c.c. (ovvero di mantenimento, istruzione, educazione e assistenza morale), mentre l'obbligo di mantenimento in capo ai genitori biologici entra per così dire

[35] In proposito, vedasi P.M. Di Lauro, *Dell'adozione di persone maggiori di età*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1995, 555, e più recentemente, A. Giusti, *L'adozione di persone maggiori di età*, in G. Bonilini (a cura di) *Trattato di diritto di famiglia*, Torino, Utet, 2015, 4038.

[36] Una differente posizione sul punto è espressa da N. Chiricallo, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in *Familia*, 17 maggio 2022, secondo il quale «Per scongiurare tale antinomia, una possibile soluzione, rimessa all'interprete, potrebbe essere quella di creare una norma analogica, tale per cui il contenuto dell'art. 304 c.c. debba intendersi riferito non soltanto all'adottante, ma anche ai parenti di quest'ultimo: una siffatta opera di "costruzione giuridica", nondimeno, appare del tutto incoerente con lo spirito della sentenza».

in "quiescenza", salva una possibile reviviscenza nell'ipotesi di cessazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale da parte dell'adottante (ad esempio a seguito della pronuncia di decadenza ai sensi dell'art. 330 c.c. o di revoca dell'adozione) ovvero in caso di insufficienza di mezzi da parte degli esercenti la responsabilità[37].

Per ragioni analoghe non sarebbe neppure utilizzabile la previsione contenuta nell'art. 538 c.c., il quale, in materia di successione necessaria, regola l'ipotesi di pluralità di ascendenti stabilendo che in questo caso la riserva è ripartita tra i medesimi secondo il criterio adottato dal legislatore all'art. 569 c.c. per la successione legittima ovvero la divisione per linee in caso di uguaglianza di grado[38].

Invero, in caso di adozione in casi particolari i genitori adottivi e i genitori biologici apparterrebbero allo stesso grado ma non configurerebbero certo una "linea" paritaria e inoltre non è scontato che i legami del minore siano diretti verso due figure genitoriali e non tre.

L'ipotetica applicazione della regola del concorso tra ascendenti della linea paterna e ascendenti della linea materna, con conseguente attribuzione di metà del patrimonio a ciascuna delle linee, avrebbe come conseguenza che il patrimonio sarebbe devoluto, in parti uguali, a ciascuno dei genitori biologici, o per l'intero a quello che sopravvive, mentre l'altra metà spetterà, allo stesso modo, ai genitori adottivi o a quello che sopravvive. Tuttavia, tale soluzione non potrebbe applicarsi all'ipotesi in cui l'adozione in casi particolari veda quale adottante il coniuge o il convivente di uno dei genitori biologici. Infatti, in tale configurazione il minore avrebbe tre genitori: il genitore biologico che ha prestato consenso all'adozione, l'altro genitore biologico e il di lui coniuge o convivente che adotterebbe il minore, con conseguente ulteriore inapplicabilità del criterio per "linee" enunciato dall'art. 569 c.c.[39].

§ 6. – *Riflessi sulle prospettive di riforma della successione necessaria*

Da quanto sopra esposto, la successione degli adottanti o dell'adottante all'adottato resta, pertanto, inammissibile stante l'esplicito

[37] Valga in proposito rinviare a quanto affermato dalla Suprema Corte nella sentenza della Cass., 30 gennaio 1998, n. 978, in *Giust. civ.*, 1998.

[38] Sulla distinzione tra i concetti di "successione (per gradi)" e di "divisione (per linee)" vedansi le osservazioni di L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., 55, seguendo la terminologia già usata da M. Allara, *La successione familiare suppletiva*, Torino, Giappichelli, 1954, 221.

[39] Sul punto, vedansi le riflessioni di M. Dossetti, *Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili*, *Fam. e dir.*, 2015, 941; Eadem, *L'adeguamento della disciplina delle successioni e delle donazioni*, in M. Dossetti, M. Moretti, C. Moretti (a cura di), *La riforma della filiazione. Aspetti personali successori e processuali l. 10 dicembre 2012, n. 219*, Bologna, Zanichelli, 2013, 121; A. de Rienzi, *Le categorie dei successibili (art. 565-567),* in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Milano-Padova, Cedam, 2015, 923.

divieto di cui all'art. 304 c.c. e, del resto, ove mai fosse riconosciuta, non favorirebbe neppure l'adottato in quanto implicherebbe una oltremodo ridotta latitudine della sua autonomia testamentaria. Infatti, qualora l'adottante o gli adottanti assurgessero al rango di legittimari si produrrebbe, stante il descritto mantenimento dei legami giuridici con i genitori biologici, un incremento del novero dei soggetti cui la legge riserva una quota di eredità[40]. È pur vero che dal punto di vista quantitativo tale quota resterebbe intatta, tuttavia, atteso l'aumento degli ascendenti di pari grado, sarebbe accresciuta la probabilità che, alla morte dell'adottato senza figli, vi sia ancora un ascendente in vita, con la conseguenza che a favore di questi debba essere riservato un terzo del patrimonio (ai sensi dell'art. 538 c.c.) ovvero un quarto in ipotesi di concorso con il coniuge (ai sensi dell'art. 544 c.c.).

Vale, in proposito, fare cenno alle proposte di modifica normativa della successione necessaria con riferimento alla legittima degli ascendenti in generale, la quale, in assenza di figli del *de cuius*, riserva loro la medesima quota su descritta a prescindere dal numero degli stessi e dalla presenza di uno specifico stato di bisogno[41], peraltro, in concorso con il coniuge o l'unito civilmente sopravvissuto.

Sotto tale profilo, dunque, ove mai si ritenesse implicitamente superato il divieto di cui all'art. 304 c.c., si contribuirebbe a svilire l'atto di ultima volontà quale espressione del principio di autonomia, e dunque strumento di realizzazione della dignità della persona[42]. Tuttavia, potrebbe apparire iniqua sia l'assenza di qualsiasi loro tutela successoria[43] sia la previsione di un mero assegno periodico a carico della

[40] Similmente a quanto osservato in seguito all'estensione degli effetti del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio, come osservato da V. Barba, *Princìpi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, in *Fam. e dir.*, 2014, 501.

[41] In proposito si vedano le osservazioni di G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, III, Milano, Giuffrè, 2009, 318; Idem, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam., pers. e succ.*, 2007, 687.

[42] Sul punto valga, tra i tanti contributi, richiamare G. Perlingieri, *Il «Discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 678, il quale afferma che «l'autonomia testamentaria, più che mezzo di attribuzione patrimoniale, è prima di tutto atto di disposizione, anche di natura meramente negativa, e di regolamentazione, nonché strumento di realizzazione e di autodeterminazione della persona umana»; considerazioni, queste, ampiamente sviluppate in Idem, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 559, nonché in Idem, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, *ivi*, 2013, 778. Si vedano in proposito altresì le riflessioni di V. Barba, *Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 519; Idem, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 345; Idem, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 333.

[43] Auspicata da M. Palazzo, *L'autonomia in materia patrimoniale nella vicenda successoria*, in *Giust. civ.*, 2017, 524. In senso contrario all'espunzione degli ascendenti dal novero dei legittimari L. Gatt, Memento mori. *La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 556 e A. Spatuzzi, *Verso una successione diversamente "necessaria"?*, in *Notariato*, 2019, 407.

quota disponibile nell'ipotesi in cui versino in stato di bisogno[44], specialmente a fronte della circostanza che spesso gli ascendenti hanno assicurato al figlio poi premorto sostanziosi apporti economici. Una possibile soluzione potrebbe essere individuata – prendendo spunto dal *droit de retour* introdotto in Francia nel *Code civil* all'art. 738-2 dalla legge n. 2006-728 del 23 giugno 2006 – nel riconoscimento agli ascendenti del diritto a conseguire il valore corrispondente ai beni che avevano donato al figlio premorto, entro il limite di un terzo del patrimonio, pari alla quota di legittima ora prevista dall'art. 538 c.c.[45].

La circostanza che ora anche i minori adottati nelle forme dell'adozione in casi particolari siano pienamente inseriti nella famiglia dell'adottante, senza però, si ribadisce, elidere i legami con la famiglia di origine, stimola alcune considerazioni più generali sull'adeguatezza dell'attuale assetto della successione.

Se, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, «l'idea per cui si possa avere una sola famiglia appare smentita proprio dalla riforma della filiazione»[46], la modifica dell'originaria struttura dell'adozione nei casi particolari produce l'inevitabile effetto di duplicare i rami parentali, atteso che l'adottato avrà rapporti civili sia con la propria famiglia di origine che con i parenti dell'adottante, sommando i legami familiari accomunati dallo stipite da cui discende il genitore adottivo (in caso di adozione da parte del single) o ciascun genitore adottivo, ai rapporti parentali accomunati dallo stipite da cui discende ciascun genitore biologico.

Si schiudono, quindi, prospettive di riflessione più ampie e generali e coinvolgono la generale concezione di famiglia posta alla base dell'intera disciplina successoria, della quale elaborazione teorico-dogmatica non è possibile rendere nell'economia del presente lavoro.

Sia sufficiente osservare che l'assetto normativo del codice del 1942, riflesso di una società in cui era ancora diffusa la famiglia patriarcale, non può più ritenersi adeguato alla realtà attuale. Tale modello familiare è stato sostituito da quello nucleare, caratterizzato da monogamia della coppia, dalla durevolezza del rapporto, dall'apertura alla genitorialità: esso ha progressivamente mutato la propria funzione, da produttivo-patrimoniale ad affettivo-esistenziale, e infine anche la

[44] In proposito, vedansi le considerazioni di G. Bonilini, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 587; Idem, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in G. Bonilini (diretto da), *Trattato di Diritto delle successioni e donazioni*, III, *La successione legittima*, Milano, Giuffrè, 2009, 743 e G. Amadio, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2007, 811.

[45] In argomento vedansi M. Cinque, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 517; A.M. Garofalo, *A proposito di riforma del diritto successorio*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 107. Analogamente, S. Delle Monache, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, 2007, 821, suggerisce di tradurre la legittima degli ascendenti in un diritto di credito.

[46] In questi termini, Corte cost., 28 marzo 2022, sent. n. 79, cons. in dir. § 8.3.

stessa famiglia nucleare attraversa una fase di crisi[47]. Lo iato tra dato reale e dato normativo è particolarmente evidente rispetto all'attuale assetto della successione necessaria, il quale, certamente per quanto attiene all'ampiezza delle quote riservate ai legittimari, si rivela inappagante, e dimostra una certa vetustà, in quanto non più in grado di riflettere le effettive modalità di estrinsecazione della pluralità relazioni interpersonali aventi matrice affettiva e i correlati interessi da esse emergenti[48].

Abstract

The Italian Constitutional Court has recognized, within special cases of adoption, of the existence of civil relations between the adoptee and relatives of the adopter. This essay attempts to investigate the consequences of the recognition of such familiar relationships, considering the systematic and inheritance implications triggered by the decision of the Italian Constitutional Court in relation to the statute of inheritance law generally applied to the adopted in special cases.

[47] Sull'evoluzione e il pluralismo delle esperienze familiari si segnalano, tra la copiosa letteratura, senza pretesa di esaustività, G. Alpa, *La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2023, 363; L. Rossi Carleo, E. Bellisario, *La famiglia*, in E. Bellisario, V. Cuffaro, L. Rossi Carleo (a cura di), *Famiglia e successioni. Le forme di circolazione della ricchezza familiare*, Torino, Giappichelli, 2022, 5; E. Bilotti, *Un nuovo diritto della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2022, 1038; M. Paradiso, *Dal matrimonio alla filiazione. Ritorno al futuro del diritto di famiglia*, *ivi*, 1042; A. Nicolussi, *Diritto di famiglia e cambiamento*, *ivi*, 1048; M. Sesta, *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*, in *Fam. e dir.*, 2019, 1050; L. Balestra, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, 245; F.D. Busnelli, *Il diritto di famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1447; P. Femia, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, in A. Busacca (a cura di), *La famiglia all'imperfetto? Corso di diritto civile 2015-2016*, Napoli, ESI, 2016, 253.

[48] Sia consentito in proposito il richiamo a I.L. Nocera, *Per una rimeditazione quantitativa della legittima. Solidarietà endofamiliare e autonomia nel passaggio generazionale*, Napoli, ESI, 2024, *passim*.

IV.17. *L'affidamento familiare nel prisma dell'interesse del minore*

di Carlotta Ippoliti Martini*

Sommario: § 1. – Premesse. § 2. – L'affidamento familiare tra diritto a crescere nella propria famiglia… § 3. – … e continuità affettiva con la famiglia affidataria. § 4. – L'affidamento familiare come strumento di integrazione nella società multiculturale. § 5. – Osservazioni conclusive.

§ 1. – *Premesse*

L'istituto dell'affidamento temporaneo – introdotto oltre quarant'anni orsono ad opera della legge 4 maggio 1983, n. 184 in tema di *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori* – costituisce uno strumento funzionale all'attuazione del principio generale secondo il quale l'ordinamento tutela il diritto del figlio a vivere nella propria famiglia. In un contesto storico e sociale caratterizzato dalla prevalenza del paradigma della famiglia fondata sul matrimonio e tendenzialmente stabile[1] l'affidamento familiare appariva destinato ad assolvere alla funzione di fornire un supporto alle famiglie che versassero in una condizione di difficoltà momentanea e reversibile per quanto concerne l'accudimento e la cura dei propri figli. In quest'ottica il legislatore ha delineato una disciplina che, distinguendosi in modo netto rispetto a quella dell'adozione, assolve alla funzione di fornire un supporto necessariamente temporaneo rispetto ad una situazione di difficoltà transitoria.

In un sistema nel quale l'ordinamento valorizza il diritto del figlio a crescere nella propria famiglia di origine, il rimedio dell'affidamento familiare costituisce uno strumento che può operare solo qualora il minore sia «privo di un ambiente familiare idoneo». Esso, pertanto, viene in considerazione una volta preso atto dell'inefficacia degli interventi di sostegno che consentano alla famiglia di origine lo

* *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna.

[1] La crescita costante del tasso di separazioni e divorzi puntualmente confermata dalle statistiche più recenti (*https://www.istat.it/it/files//2023/12/REPORT_matrimoni-seprazioneidic2023.pdf*) ha subito un significativo incremento a seguito di interventi di riforma legislativa attraverso i quali è stata attuata dapprima la degiurisdizionalizzazione della crisi coniugale (decreto legge 12 settembre 2014, n. 132) e quindi introdotto il cosiddetto divorzio breve (legge 6 maggio 2015, n. 55). Per un'analisi diacronica effettuata in occasione dei cinquant'anni dall'introduzione del divorzio v. F. Rinesi, *La recente evoluzione dei divorzi: uno sguardo ai numeri*, in *Fam. e dir.*, 2021, 140.

svolgimento del suo ruolo naturale (art. 2, comma 1, l. n. 184/1983)[2]. L'osservazione dell'affidamento familiare nel contesto attuale fa emergere ulteriori profili di utilità che si manifestano soprattutto con riferimento a quelle fattispecie nelle quali l'esigenza di fornire un supporto alla famiglia del minore emergono nell'ambito di contesti particolari quali quello della famiglia disgregata dalla separazione e dal divorzio o quelli in cui siano presenti minori stranieri particolarmente bisognosi di protezione[3].

Il contesto complessivo nel quale operano le norme che governano l'affidamento familiare, inoltre, ha subito negli ultimi decenni profondi mutamenti che emergono dapprima sotto il profilo delle profonde trasformazioni demografiche, quindi nella prospettiva dell'influsso esercitato dalla crescente rilevanza dei principi sovranazionali in materia di tutela dell'infanzia e dei minori, infine dai pervasivi interventi di riforma attraverso i quali il legislatore ha progressivamente riconosciuto la pluralità dei modelli familiari introducendo discipline funzionali ad attuare una piena tutela delle persone minori di età in uno scenario caratterizzato da una significativa complessità e da un'accresciuta sensibilità.

L'osservazione dell'affidamento familiare nel contesto sociale e normativo attuale, pertanto, induce a valorizzare le potenzialità che esso può esprimere anzitutto come strumento capace di attribuire rilievo ai legami affettivi che si instaurano tra il minore e gli adulti che si prendono cura di lui; quindi come strumento di integrazione del minore straniero; infine come strumento funzionale a ricostruire una

[2] C.M. Bianca, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, VII ed. a cura di M. Bianca e P. Sirena, Giuffrè, Milano, 2023, 535; M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, X ed., Milano, Cedam, 2023, 324.

Oltre alle fattispecie riconducibili all'affidamento familiare giudiziale, è possibile individuare un affidamento "di fatto" o "informale", di cui «il legislatore prende atto disciplinando con l'art. 9 l. 184/1983 il regime delle segnalazioni aventi ad oggetto le situazioni di incuria minorile». A tale riguardo è stato osservato (E. Andreola, *Affidamento familiare consensuale e limiti di controllo (art. 9, commi 4 e 5, l. n. 184/1983)*, in *Familia*, 2020, 337) che, giusta la previsione contenuta nell'art. 9, commi 4 e 5, l. n. 184/1983, viene contemplata in modo implicito la possibilità che i parenti entro il quarto grado, accogliendo nel loro ambito domestico minori non sottoposti alla cura dei genitori biologici, divengano «legittimi affidatari dei minori loro congiunti senza limiti di tempo». Sotto questo profilo l'A. rileva che l'esonero per i parenti entro il quarto grado «dall'obbligo di dare notizia al P.M. presso il Tribunale per i Minorenni» sottrae questa particolare ipotesi di affidamento di fatto «alla logica e ai principi fissati in materia di tutela dei minori, aprendo una fenditura nel sistema delle garanzie elaborate nel tempo dalla legge e dalla giurisprudenza che impone di verificare la legittimità della soluzione».

[3] Sotto questo profilo appare assai significativo il raffronto tra i dati attuali (*https://noi-italia.istat.it/pagina.php?L=0&categoria=4&dove=ITA*) che attestano al 1º gennaio 2023 circa cinque milioni di cittadini stranieri residenti in Italia (pari all'8,7% della popolazione) e quelli in virtù dei quali si registravano fino alla metà degli anni Ottanta tassi di presenza di persone straniere di oltre dieci volte inferiori. Sotto questo profilo appare particolarmente significativo il dato secondo cui fino al 1984 risiedevano in Italia meno di 400000 persone straniere (*http://dati.istat.it/Index.aspx?DataSetCode=DCIS_RICPOPRES1991*).

rete familiare capace di alleviare la condizione di profonda sofferenza dei minori provenienti da famiglie nelle quali si siano verificati fatti ascrivibili ai crimini domestici.

§ 2. – *L'affidamento familiare tra diritto a crescere nella propria famiglia…*

In un sistema che, come osservato, valorizza il diritto del figlio a crescere nella propria famiglia di origine, il rimedio dell'affidamento familiare riveste un carattere sussidiario e residuale. Esso, pertanto, può essere disposto solamente all'esito di un rigoroso accertamento circa l'assenza di un «ambiente familiare idoneo» e l'inefficacia degli interventi di sostegno funzionali a supportare la famiglia di origine nello svolgimento del suo ruolo naturale (art. 2, comma 1, l. n. 184/1983)[4].

L'affidamento può dunque aver luogo con il consenso dei genitori (affidamento consensuale) o in assenza di questo (affidamento contenzioso). Nella prima ipotesi l'affidamento del minore è disposto dal servizio sociale locale, il quale – una volta ascoltato il minore ultradodicenne o anche di età inferiore se dotato di adeguata capacità di discernimento – emette un provvedimento destinato a divenire esecutivo a seguito del decreto del giudice tutelare (art. 4, comma 1, l. n. 184/1983). Nella seconda ipotesi, ossia in assenza del consenso dei genitori, l'affidamento contenzioso è disposto dal Tribunale per i minorenni in conformità alle previsioni contenute negli artt. 330 ss. c.c. (art. 4, comma 2, l. n. 184/1983)[5].

L'affidamento può essere disposto a favore di una coppia, di una persona singola o di una comunità familiare. Secondo l'espressa previsione legislativa l'affidamento ad una «famiglia con figli minori» costituisce in termini generali la soluzione maggiormente funzionale all'attuazione dell'interesse del minore e dunque preferibile (art. 2, comma 1, l. n. 184/1983).

Sulla scorta di un orientamento consolidatosi nella giurisprudenza la ricerca degli affidatari deve avvenire prioritariamente all'interno della rete parentale. Questa soluzione, infatti, appare quella maggiormente funzionale a conciliare l'allontanamento dai genitori temporaneamente inidonei con l'esigenza di conservare un saldo legame tra il minore e quella parte di rete familiare che fornisca adeguate garanzie riguardo alla attuazione dell'interesse di quest'ultimo ad una crescita

[4] Per un'approfondita ricostruzione, anche in chiave storica, degli strumenti attraverso i quali realizzare il diritto del minore a crescere nella famiglia, L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Milano, Giuffrè, 2021, 981.

[5] M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 324.

serena ed equilibrata[6]. In quest'ottica, pertanto, la giurisprudenza ha costantemente sottolineato la necessità di porre in primo piano un'approfondita indagine sulla idoneità di parenti che abbiano già instaurato con il minore significativi legami affettivi, inclusi i nonni, rispetto ai quali l'elemento anagrafico dell'età avanzata non costituisce di per sé un ostacolo sufficiente ad escludere l'assunzione del ruolo di affidatario temporaneo[7].

Occorre rilevare inoltre che la giurisprudenza di merito ha ulteriormente precisato che l'interesse del minore ad essere affidato ad una coppia rappresenta la soluzione da percorrere in via prioritaria rispetto all'affidamento al singolo anche nell'ipotesi in cui la coppia affidataria sia formata da persone dello stesso sesso[8]. La possibilità di disporre l'affidamento a favore di una persona singola (art. 2, comma 1, l. adoz.), pertanto, viene in considerazione solamente nell'ipotesi in cui si constati l'assenza di una coppia idonea al fine di prestare un'adeguata accoglienza ed assistenza al minore la cui famiglia versi in condizioni di temporanea difficoltà. In via residuale, ossia solo laddove non risulti percorribile la via dell'affido ad una coppia o a una persona singola, «è consentito l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare o, in mancanza, in un istituto di assistenza pubblico o privato» preferibilmente collocati in un luogo prossimo a quello in cui risiede la famiglia del minore (art. 2, comma 2, l. n. 184/1983)[9]. Il legi-

[6] A. Thiene, *Gli affidamenti*, in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di), *Diritto civile minorile,* II ed., Napoli, ESI, 2024, 299, la quale sottolinea che l'opzione dell'affidamento temporaneo "intrafamiliare" viene indicata come la soluzione maggiormente conforme all'interesse del minore anche nel contesto delle Osservazioni conclusive 2019 del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

[7] Cass., 4 novembre 2019, n. 28257, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2020, 636, con nota di A. Thiene, *La Cassazione difende con fermezza il diritto dei bambini di crescere nella propria famiglia*.

[8] Trib. Minori Bologna, 31 ottobre 2013, in *Fam. e dir.*, 2014, 273, con nota di F. Tommaseo, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*; Trib. Minori Palermo, 4 dicembre 2013, in *Fam. e dir.*, 2014, 351, con nota di G. Mastrangelo, *L'affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci.*

Sotto questo profilo emerge ulteriormente quella evoluzione dei modelli familiari che, come efficacemente sottolineato dalla dottrina più autorevole (N. Lipari, Voce *Famiglia (evoluzioni dei modelli sociali e legali)*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici. IV. Famiglia*, diretto da F. Macario, Milano, Giuffrè, 2022, 417), si manifesta nella diffusione di «modelli culturali e sociali non sempre omologhi, che tuttavia la sensibilità corrente riconduce a quei profili di vincolo affettivo e di mutua assistenza che siamo soliti riferire ad una dimensione "familiare"».

[9] L'affidamento del minore ai servizi sociali, attualmente regolato dall'art. 5-*bis*, l. n. 184/1983 e introdotto ad opera della riforma della giustizia familiare e minorile (legge 26 novembre 2021, n. 206 e decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149), dispone che il minore possa essere affidato al servizio sociale del luogo della sua residenza abituale solo a condizione che gli altri interventi specificamente previsti al fine di garantire il diritto del fanciullo a crescere nella propria famiglia si siano rivelati inefficaci. È necessario, in altri termini, il preventivo accertamento della circostanza che gli interventi dello Stato, delle Regioni e dei Comuni erogati a sostegno delle famiglie indigenti (art. 1, commi 2 e 3, l. n. 184/1983) non abbiano potuto assolvere in concreto alla loro finalità o siano stati resi inefficaci da un atteggiamento ostruzionistico della famiglia di origine. Solo in via residuale, pertanto, è possibile dare luogo all'affidamento del minore ai servizi sociali attraverso un provvedimen-

slatore, inoltre, opera un'ulteriore distinzione riguardo alla posizione del figlio minore di sei anni precisando che quest'ultimo può essere affidato esclusivamente a una comunità di tipo familiare.

§ 3. – … *e continuità affettiva con la famiglia affidataria*

Il collocamento del fanciullo nell'ambito della famiglia affidataria, seppur caratterizzato dalla necessaria temporaneità, genera legami affettivi che, in uno scenario connotato da un'accresciuta sensibilità riguardo ai diritti della persona, vieppiù se minore, appaiono meritevoli di tutela. Valorizzando questa prospettiva emerge dall'analisi della casistica giurisprudenziale e di successivi interventi del legislatore una crescente attenzione alla salvaguardia della rete di rapporti che, dopo aver consentito di realizzare l'interesse del minore privo di una famiglia idonea, meritano di essere conservati e coltivati anche nel tempo successivo al reinserimento del minore nella sua famiglia di origine o all'adozione di quest'ultimo da parte di una nuova famiglia.

Il provvedimento con il quale è disposto l'affidamento deve necessariamente indicarne la presumibile durata che, in linea di principio, non può superare il limite dei ventiquattro mesi (art. 4, comma 4, l. n. 184/1983). Si tratta tuttavia di una limitazione temporale che può subire un'estensione nelle ipotesi in cui la sospensione dell'affidamento possa arrecare pregiudizio all'interesse del minore.

In proposito la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'affido temporaneo consiste in uno strumento funzionale ad attuare un "intervento ponte" destinato a rimuovere situazioni di temporanea difficoltà nell'esercizio della responsabilità genitoriale[10]; ne consegue

to giudiziale nel quale dev'essere contenuta una puntuale indicazione delle funzioni che dovranno assolvere tutti i soggetti coinvolti nel procedimento, ossia i collocatari, i genitori, i responsabili dei servizi sociali ed il curatore nominato secondo la previsione dell'art. 333 c.c. Anche in questa ipotesi la durata dell'affidamento non può estendersi oltre il limite dei ventiquattro mesi. È previsto inoltre che, con una periodicità semestrale, il servizio sociale debba tenere informata l'autorità giudiziaria riguardo allo svolgimento dell'affidamento e ai rapporti che il minore continua a mantenere con i propri genitori e con i componenti della famiglia di origine. Ad ulteriore testimonianza della fondamentale importanza di mantenere un rapporto con la famiglia che si trovi in una situazione di temporanea difficoltà è previsto che il servizio sociale, salvi i casi di decadenza dalla responsabilità genitoriale, tenga nella massima considerazione le indicazioni fornite dai genitori e, ove siano presenti, dal curatore speciale.

Sul punto si veda G. De Cristofaro, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "Legge Cartabia" (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1443; A.G. Cianci, *Il diritto del minore a crescere in famiglia e l'affidamento familiare*, in *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 1096.

[10] Cass. 4 novembre 2019, n. 28257, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 636, con nota di A. Thiene, *La Cassazione difende con fermezza il diritto dei bambini di crescere nella propria famiglia*; Cass. 15 luglio 2014, n. 16175, in *Dir. e giust.*, Editoriale del 16 luglio 2014.

che la proroga del termine massimo dell'affidamento familiare può avere luogo qualora sia puntualmente giustificata dall'esigenza di salvaguardare il migliore interesse del minore, ma deve necessariamente prevedere una limitazione temporale[11].

L'affidatario ha il dovere di accogliere il minore presso di sé e di provvedere al suo mantenimento, alla sua educazione e alla sua istruzione. Nell'esercitare la sua funzione l'affidatario è tenuto a considerare una pluralità di indicazioni che possono provenire dai genitori nell'ipotesi in cui essi abbiano conservato la responsabilità genitoriale o dal tutore qualora i genitori abbiano subito limitazioni della responsabilità genitoriale *ex* artt. 330 e 333 c.c. In ogni caso, i poteri dell'affidatario connessi con la responsabilità genitoriale vengono esercitati nel rispetto delle «prescrizioni stabilite dall'autorità affidante» (art. 5, comma 1, l. n. 184/1983). L'affidatario, pertanto, nell'esercizio della responsabilità genitoriale, dispone di poteri correlati ai rapporti con le istituzioni scolastiche e le autorità sanitarie operando scelte che costituiscono la risultante dell'interlocuzione tra i soggetti e le istituzioni indicati[12]. Occorre osservare, da ultimo, che nell'ipotesi in cui i genitori non abbiano subito provvedimenti di limitazione o sospensione della responsabilità genitoriale si configura una situazione nella quale agli affidatari è riservata la gestione delle questioni ordinarie, mentre per quelle di particolare importanza è costantemente richiesto il coinvolgimento dei genitori, salvo ipotesi di eccezionale urgenza che rendano impossibile consultarli[13].

La natura temporanea dell'affidamento familiare e la sua vocazione a costituire uno strumento di supporto alla famiglia di origine del minore è alla base della previsione che attribuisce al servizio sociale la funzione di svolgere una «opera di sostegno educativo e psicologico» volta ad agevolare «i rapporti con la famiglia di provenienza ed il rientro nella stessa secondo le modalità più idonee» (art. 5, comma 2, l. n. 184/1983)[14]. Sotto questo profilo emerge una netta distinzione tra l'affidamento familiare e l'affidamento preadottivo, il quale è disposto nella prospettiva di verificare la compatibilità tra il minore in stato di abbandono e la famiglia che aspira ad adottarlo[15].

[11] Cass. 10 novembre 2022, n. 33147, in *Giust. civ. mass.*, 2023.

[12] M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 325.

[13] C.M. Bianca, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, cit., 536.

[14] In proposito L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., 981, pone in luce l'esigenza di individuare un adeguato punto di equilibrio con riferimento al delicato tema della conservazione dei rapporti tra il minore e la propria famiglia di origine. A tal fine l'A. ricostruisce l'articolato "dialogo" tra la giurisprudenza nazionale e quella della CEDU, secondo cui è opportuna una completa interruzione dei rapporti con la famiglia di origine solo nelle ipotesi in cui questa risulti assolutamente necessaria al fine di tutelare l'interesse del minore.

[15] C.M. Bianca, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, cit., 536, che, a tale proposito, sottolinea come l'affidamento preadottivo assolva ad una «funzione sperimentale dell'adozione».

A testimonianza di una profonda compenetrazione tra la dimensione pubblica e quella privata la disciplina che governa l'affidamento familiare contempla la possibilità che la famiglia affidataria benefici di «misure di sostegno e di aiuto economico» erogate, nei «limiti delle disponibilità finanziarie», dallo Stato, dalle Regioni e dagli Enti locali (art. 5, comma 4, l. n. 184/1983).

L'affidamento familiare può cessare nell'ipotesi in cui, superata la condizione di temporanea difficoltà, il minore rientri nella propria famiglia di origine. È possibile, tuttavia, che l'affidamento cessi anche nella diversa ipotesi in cui si riscontri una situazione di pregiudizio del minore che imponga un suo allontanamento dalla famiglia affidataria.

Da ultimo occorre considerare la possibilità che l'affidamento temporaneo cessi a seguito di una sopravvenuta situazione di abbandono definitivo che prelude all'apertura della procedura di adozione. In quest'ultima ipotesi viene in considerazione l'esigenza di garantire la continuità affettiva. Sotto questo profilo il legislatore è intervenuto ad integrare la legge sull'adozione prevedendo esplicitamente una tutela dei legami affettivi significativi instauratisi tra il minore e la famiglia affidataria. In particolare, nel caso in cui il minore sia dichiarato adottabile, è prevista la possibilità di considerare quale soluzione preferibile quella dell'adozione ad opera della famiglia affidataria proprio in ragione dei legami affettivi significativi consolidatisi nel corso del periodo di affidamento (art. 4, comma 5-*bis*, l. n. 184/1983, così come modificata dalla legge 19 ottobre 2015, n. 173 *Sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare*)[16].

Anche nell'ipotesi in cui il legame con la famiglia affidataria si esaurisca a seguito del ritorno del minore nella famiglia di origine o del suo affidamento ad altra famiglia o, ancora, della sua adozione da parte di una diversa famiglia, la continuità affettiva con la famiglia temporaneamente affidataria viene comunque tutelata favorendo il mantenimento dei rapporti tra il minore e i componenti di quest'ultima (art. 4, comma 5-*ter*, l. n. 184/1983).

[16] A. Morace Pinelli, *Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci ed ombre. Dalla legge 19 ottobre 2015 n. 173*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 303; M. Bianca, Voce *Minore (tutela sostanziale in generale)*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici. IV. Famiglia*, diretto da F. Macario, Milano, Giuffrè, 2022, 897, la quale sottolinea come attraverso questo intervento legislativo sia stato «riconosciuto un diritto del minore alla continuità affettiva, anche rispetto all'istituto dell'affidamento».

§ 4. – *L'affidamento familiare come strumento di integrazione nella società multiculturale*

In un contesto demografico caratterizzato dalla crescente presenza di minori stranieri l'affidamento familiare si è rivelato un significativo strumento funzionale ad attuare il disegno di un'effettiva integrazione. Esso, infatti, nell'ambito della disciplina specificamente introdotta al fine di apprestare un'adeguata tutela ai minori stranieri non accompagnati (legge 7 aprile 2017, n. 47), assurge ad opzione prioritaria rispetto al collocamento presso una struttura di accoglienza testimoniando la volontà di sottolineare il fondamentale ruolo della famiglia affidataria quale formazione sociale nella quale il minore può sviluppare la propria personalità e completare il proprio percorso di inclusione nell'ordinamento italiano. Come si osserverà, inoltre, l'affidamento familiare riveste particolare rilevanza anche con riferimento a quei rapporti che nella cultura islamica si instaurano all'interno delle reti familiari in senso ampio e vengono compendiate nella figura giuridica della *kafala.*

Per quanto concerne l'integrazione dei minori stranieri non accompagnati, l'introduzione di una disciplina organica volta a favorire la loro accoglienza e il loro inserimento nella società italiana ha costituito il presupposto per l'ampliamento della disciplina dell'affidamento familiare realizzato attraverso l'introduzione di una specifica previsione secondo cui «gli enti locali possono promuovere la sensibilizzazione e la formazione di affidatari per favorire l'affidamento familiare dei minori stranieri non accompagnati, in via prioritaria rispetto al ricovero in una struttura di accoglienza» (art. 2, comma 1-*bis*, l. n. 184/1983).

Grazie a questa previsione l'accoglienza del minore straniero non accompagnato all'interno di una famiglia viene indicata alla stregua della soluzione maggiormente funzionale a realizzare l'interesse del fanciullo a vivere in una famiglia e, al tempo stesso, ad attuare quelle finalità di inserimento all'interno della società italiana di una persona straniera in condizione di particolare fragilità[17]. Sotto quest'ultimo profilo è stata opportunamente messa in luce la distinzione tra affidamenti "omo-culturali" e affidamenti "etero-culturali". È possibile, infatti, che la particolare condizione del minore straniero non accompagnato, tendenzialmente sradicato in modo traumatico e repentino

[17] R. Senigaglia, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Jus civile*, 2017, 6; P. Morozzo della Rocca, *Luci e ombre della nuova disciplina sui minori stranieri non accompagnati*, in *Politica del diritto*, 2017, 581; A. Cordiano, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1299; C. Ippoliti Martini, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione (l. 7 aprile 2017, n. 47)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 385.

dal proprio ambiente familiare e culturale, suggerisca l'opportunità di preferire all'interno del novero delle famiglie potenzialmente affidatarie quella cerchia ancora più ristretta rappresentata dalle famiglie nelle quali tutti i componenti o almeno alcuni di essi condividano le medesime caratteristiche etniche, culturali e religiose del minore destinato ad integrarsi nella società italiana.

L'affidamento omoculturale, in questa prospettiva, sembrerebbe costituire il *trait d'union* maggiormente idoneo a rendere il meno traumatico possibile il passaggio del minore dal contesto di provenienza a quello di accoglienza e di integrazione nel quale sarà destinato a sviluppare la propria personalità e a conseguire la propria autonomia[18].

Oltre al problema di apprestare strumenti funzionali a favorire l'integrazione dei minori stranieri non accompagnati emerge, in termini statisticamente assai più significativi, l'esigenza di tutelare l'interesse dei minori che provengono da un contesto etnico e culturale diverso da quello italiano e si trovino inseriti in un nucleo familiare attraverso la particolare modalità della *kafala.* Proprio l'accrescersi della presenza di famiglie provenienti da contesti etnici e culturali di matrice islamica ha fatto emergere la necessità di attribuire rilievo alla figura giuridica della *kafala* attraverso la quale il diritto islamico assolve alla funzione di soccorso e protezione nei riguardi del minore la cui famiglia versi in condizione di difficoltà. Attraverso questo strumento il *Kafil*, o la coppia di *Kafil*, si rende disponibile ad assolvere le funzioni genitoriali di accudimento, mantenimento ed educazione del fanciullo, sino alla soglia della maggiore età.

Il minore beneficiario della *kafala*, tuttavia, non entra a far parte della famiglia dei *Kafil* sotto il profilo dell'assunzione del cognome, del conseguimento della parentela e della titolarità dei diritti successori. Per quanto concerne questi aspetti egli continua ad appartenere alla famiglia di origine con la quale non recide i rapporti. Questo istituto di tutela dei minori – che può scaturire da un provvedimento giudiziale o essere perfezionato innanzi ad un notaio e successivamente omologato dall'autorità giudiziale – ha costituito oggetto di crescente interesse anche in una prospettiva sovranazionale. A tale riguardo appare assai significativo il riconoscimento operato dalla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (art. 20, par. 3), nonché quello che si rinviene nella Convenzione concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, conclusa all'Aia il 19 ottobre 1996 e ratificata in Italia con legge 18 giugno 2015, n. 101, recante *Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla*

[18] A. Thiene, *Gli affidamenti*, cit., 315.

competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996 (artt. 3, lett. e, e art. 33).

Per quanto concerne il riconoscimento della *kafala* nel diritto interno si riscontra un orientamento giurisprudenziale complessivamente favorevole ad attribuire efficacia ad un istituto che, oltre a presentare profili di evidente assonanza con l'affidamento familiare, risulta maggiormente idoneo a salvaguardare l'identità culturale e religiosa di minori che provengono da Paesi di tradizione islamica.

Il riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti di *kafala*, tuttavia, ha dato luogo a significative incertezze soprattutto con riferimento alle questioni afferenti al ricongiungimento familiare. A tal fine viene in considerazione la disposizione contenuta all'art. 3, comma 2, lett. a, decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30 in attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al *diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.* Questa disposizione prevede che, in virtù del diritto personale di libera circolazione e di soggiorno, lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevoli l'ingresso e il soggiorno di specifiche categorie di persone. Entro tali categorie rientra quella ricompresa nell'ampia nozione di «ogni altro familiare» a condizione che egli sia a carico o conviva «nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale» o che sia assistito personalmente dal cittadino dell'Unione a causa di gravi motivi di salute (art. 3, comma 2, lett. a, d.lgs. n. 30/2007).

Sulla scorta di un'interpretazione orientata secondo i principi costituzionali e sovranazionali le Sezioni Unite hanno stabilito che il minore straniero affidato in forza di un provvedimento di *kafala* rientra nella nozione di «ogni altro familiare» (art. 3, comma 2, lett. a, d.lgs. n. 30/2007). Questa lettura interpretativa, pertanto, consente, ove ricorrano i presupposti appena indicati, di attuare il fondamentale interesse del minore al ricongiungimento familiare con le persone che, in virtù del provvedimento di *kafala*, se ne sono assunte la cura[19].

§ 5. – *Osservazioni conclusive*

Il nucleo fondamentale della disciplina che governa l'affidamento familiare, concepito in un contesto dominato da una visione eminen-

[19] Cass., Sez. Un., 16 settembre 2013, n. 21108, in *Corr. giur.*, 2013, 1492, con nota di P. Morozzo Della Rocca, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante* kafalah *al cittadino italiano o europeo*; Corte giustizia UE 26 marzo 2019, causa C-129/18, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2020, 502.

temente privatistica e funzionale a realizzare un interesse del minore delineato secondo canoni tradizionali, può essere osservato nel quadro normativo attuale in una prospettiva assai più ampia. In un'epoca caratterizzata dalla pluralità dei modelli familiari questo istituto, infatti, si arricchisce di ulteriori funzioni e costituisce uno strumento fondamentale per attuare un interesse del minore che, anche in considerazione del significativo influsso dei principi sovranazionali sul sistema del diritto interno, ha assunto una dimensione assai più profonda e complessa rispetto a quella assunta come paradigma dal legislatore degli anni Ottanta[20].

Un'ulteriore testimonianza riguardo alla capacità dell'affidamento temporaneo di assolvere ad esigenze rispetto alle quali è maturata solo in tempi relativamente recenti una sensibilità si rinviene anche nel contesto dei "crimini domestici" a seguito dei quali il minore si trovi nella condizione di orfano di un genitore a causa di un atto illecito commesso dall'altro genitore o da persona ad esso legata da una relazione affettiva. L'accresciuta rilevanza di questo fenomeno, infatti, ha condotto il legislatore ad intervenire con specifiche disposizioni volte ad assicurare la continuità delle relazioni affettive in un contesto segnato da una situazione di profonda sofferenza. In questo senso la legge 11 gennaio 2018, n. 4, recante *Modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici* – oltre a prevedere incisive misure di intervento pubblico a carico dello Stato, delle Regioni e delle Autonomie locali – contempla significative integrazioni alla legge sulle adozioni[21].

In particolare, al fine di garantire un'adeguata tutela del minore rimasto privo di un ambiente familiare idoneo a causa della morte del genitore, cagionata volontariamente dal coniuge, dal convivente o comunque da una persona legata anche in passato da una relazione affettiva con il genitore[22], è previsto che il Tribunale disponga l'affida-

[20] La disciplina delineata in materia di adozione ha costituito oggetto di una profonda rilettura operata in funzione di un quadro di principi sovranazionali che, soprattutto negli ultimi lustri, hanno profondamente influenzato il diritto vivente consentendo di plasmare un tessuto normativo concepito in funzione di un modello di famiglia tradizionale ed adeguarlo rispetto all'esigenza di attuare l'interesse del minore in un contesto caratterizzato da una crescente sensibilità verso una piena realizzazione dei diritti della persona in età evolutiva.

La fondamentale rilevanza assunta dai principi sovranazionali quali elementi in funzione dei quali operare una rilettura dell'interesse del minore viene posta in luce da R. Senigaglia, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di), *Diritto civile minorile,* II ed., Napoli, ESI, 2024, 25; M. Sesta, *La prospettiva paidocentrica quale* fil rouge *dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2021, 763.

[21] A. Merli, Voce *Violenza domestica e violenza di genere (disciplina delle aggravanti)*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici. IV. Famiglia*, diretto da F. Macario, Milano, Giuffrè, 2022, 1387.

[22] Sotto questo profilo il testo normativo opera una definizione ampia e particolarmente dettagliata nella quale vengono ricomprese anche le figure del coniuge legalmente

mento familiare «privilegiando la continuità delle relazioni affettive consolidatesi tra il minore stesso e i parenti fino al terzo grado» (art. 4, comma 5-*quinquies*, l. n. 184/1983). La stessa previsione precisa opportunamente che «nel caso in cui vi siano fratelli o sorelle[23], il Tribunale provvede assicurando, per quanto possibile, la continuità affettiva tra gli stessi».

L'osservazione complessiva delle plurime fattispecie nelle quali l'affidamento familiare riveste una fondamentale rilevanza come strumento di supporto alla famiglia che versi in una situazione di difficoltà nell'assolvimento dei compiti di cura dei figli minori rappresenta in modo emblematico le profonde trasformazioni intervenute dapprima nella dimensione demografico-sociale e, in seguito, nel sistema giuridico. Come osservato, infatti, la conseguita consapevolezza circa l'instabilità della coppia genitoriale e la rilevanza assunta da nuovi modelli familiari hanno condotto a sottolineare la valenza giuridica dei legami affettivi.

Sotto questo profilo, infatti, è possibile scorgere un evidente punto di contatto tra la disciplina in materia di continuità affettiva e le recenti decisioni che hanno profondamente modificato i lineamenti della adozione rispetto al modello delineato all'inizio degli anni Ottanta dal legislatore (l. n. 184/1983). In particolare, la scelta di privilegiare la continuità delle relazioni affettive instauratisi nell'ambito delle reti di parentela del minore trova conferma nella recente decisione con la quale la Corte costituzionale, pur confermando la legittimità della disposizione (art. 27 l. n. 184/1983) che nell'ambito dell'adozione piena prevede una completa cesura dei rapporti giuridico-formali che legano il minore adottato alla famiglia di origine, sottolinea

separato o dell'ex coniuge divorziato, dell'altra parte dell'unione civile, anche se l'unione civile è cessata, del convivente o di altra persona legata al genitore stesso, anche in passato, da relazione affettiva. Tale ampia elencazione riflette la complessità che caratterizza l'attuale panorama delle relazioni familiari e la crescente rilevanza assunta dai legami non formalizzati attraverso l'unione matrimoniale. Sul punto v. S. Patti, Voce *Convivenza e contratto di convivenza*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici. IV. Famiglia*, diretto da F. Macario, Milano, Giuffrè, 2022, 207.

[23] Tale previsione appare particolarmente significativa laddove sottolinea l'interesse a non recidere il rapporto tra fratelli. La sensibilità del legislatore rispetto a questa particolare forma di continuità delle relazioni affettive del minore rappresenta una significativa innovazione nel tessuto normativo della l. n. 184/1983 che, nella sua formulazione originaria, non attribuiva particolare rilievo all'interesse dei fratelli a non essere separati. In questo senso Cass. 24 novembre 2015, n. 23979, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 669, con nota di M. Cinque, *La continuità affettiva nella legge n. 184/1983 e la posizione dei "parenti sociali"*, nella quale è stato affermato il principio secondo cui l'interesse del minore ad essere adottato dai nonni prevale su quello dello stesso minore a non essere separato dal fratello uterino che, in quanto privo di un legame di parentela con questi ultimi, risultava destinato ad essere posto in stato di abbandono ed adottato da una diversa famiglia.

l'opportunità di salvaguardare la continuità delle relazioni affettive consolidatesi all'interno di quest'ultima[24].

In quest'ottica la Consulta precisa che la presunzione secondo cui «il distacco di fatto dalla famiglia d'origine realizzi l'interesse del minore» (art. 27 l. n. 184/1983) ha un carattere relativo. Ne consegue che il giudice, «ove sussistano radici affettive profonde con familiari che non possono sopperire allo stato di abbandono», potrà attribuire rilevanza al preminente «interesse dell'adottato a non subire l'ulteriore trauma» e «a veder preservata una linea di continuità con il mondo degli affetti […] che costituisce un importante tassello della sua identità»[25].

Il continuo incremento dei flussi migratori, inoltre, ha consentito di individuare un'ulteriore funzione dell'affidamento familiare come strumento di supporto alla famiglia che versi in una situazione di difficoltà dell'assolvimento dei compiti di cura dei figli minori. In quest'ottica sia le osservazioni svolte con riferimento alla possibilità di ricondurre entro l'affidamento familiare la figura della *kafala*, sia le potenzialità che l'affidamento familiare esprime nel contesto dell'integrazione dei minori stranieri non accompagnati consentono di cogliere un profondo rapporto di complementarietà tra la dimensione pubblica e quella privata. Infatti, proprio attraverso l'affidamento familiare è possibile valorizzare la funzione della famiglia come comunità privata all'interno della quale ciascun individuo ha il diritto di trovare le migliori condizioni per lo sviluppo della propria personalità ed anche per consentire un suo pieno inserimento nel contesto sociale. Proprio in questa particolare prospettiva, pertanto, l'affidamento familiare si trova oggi ad assolvere, oltre alla sua tradizionale funzione consistente nel fornire un supporto ad un minore proveniente da un contesto familiare in temporanea difficoltà, anche alla finalità di favorire l'integrazione di un minore straniero nella società italiana[26].

Abstract

Foster care, introduced in order to protect the right of the children to live in their own family by providing support to the latter in case of temporary difficulty, fulfills further important functions in a context characterized by the plurality and complexity of family models, as well as by the growing increase

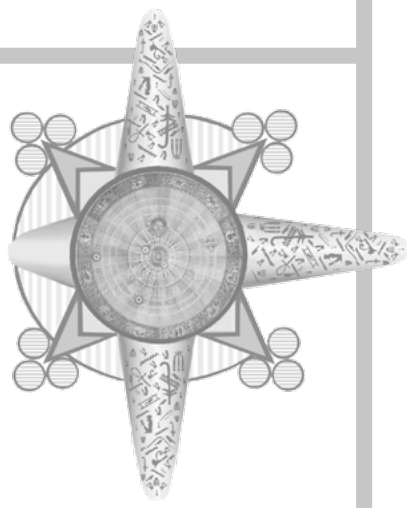
[24] Corte cost. 28 settembre 2023, n. 183, in *Diritto e giustizia*, Editoriale del 29 settembre 2023.

[25] A.C. Nazzaro, *Diritto del minore ad essere amato?*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 1446; A.C. Nazzaro, *Il difficile rapporto tra genitorialità e famiglia tra indicazioni giurisprudenziali e novità legislative*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 843.

[26] M. Sesta, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, 829.

in the migratory phenomenon. In this new context, foster care constitutes an important functional tool to guarantee the continuity of the affective relationships that make up the life of the minor and to promote the integration of foreign minors into the social fabric of the State that welcomes them.

V. Surrogacy



18. *La surrogazione di maternità come reato universale*
di Pietro Maria Sabella

19. *Il reato universale di surrogazione di maternità e la sua incisione su diritti, interessi e dignità dei minori*
di Giovanni Barozzi Reggiani

20. *Luci e ombre del reato di maternità surrogata*
di Claudio Ragusa

21. *Libertà procreativa e GPA in Italia:* de iure condito *e* de iure condendo
di Giulia Barbato

22. *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: un giusto punto di equilibrio tra desiderio di genitorialità e tutela del minore?*
di Francesco Molinaro

23. *Che significa essere genitori?*
di Giada Cascio

24. *La connotazione socioaffettiva dei rapporti familiari e il riconoscimento della relazione genitoriale come elemento di realizzazione dell'identità personale*
di Maria Cristina Carbone

25. *Figli della "GPA": dalla convergenza valoriale al ravvicinamento dei sistemi giuridici?*
di Emanuela Zito

26. *Sulla possibilità di individuare un termine decorso il quale il legame tra genitore intenzionale e figlio nato da GPA debba essere riconosciuto*
di Stefania Flore

27. *Le nuove famiglie e i loro diritti*
di Elena Cecchini

V.18. *La surrogazione di maternità come reato universale*

Spinte punitive del legislatore contemporaneo ed esigenze di rifondazione della cultura della pena in materia di genitorialità e filiazione

di Pietro Maria Sabella*

Sommario: § 1. – La maternità surrogata come delitto universale. Un'introduzione. § 2. – L'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004. Le condotte. § 3. – L'intervento penale in materia di genitorialità e filiazione. Profili critici. § 4. – L'inevitabile frattura fra società e diritto. Il ruolo di sintesi del diritto vivente. § 5. – Riformare il reato di maternità surrogata. Alcune considerazioni per un contenimento della pena. § 6. – Le spinte punitive del legislatore contemporaneo. § 7. – Brevi conclusioni.

§ 1. – *La maternità surrogata come delitto universale. Un'introduzione*

La recente approvazione da parte del Parlamento della legge 4 novembre 2024, n. 169[1], avente ad oggetto la «modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40»[2], rende la maternità surrogata reato universale, ponendo nuovamente al centro del dibattito alcuni profili di particolare criticità che caratterizzano tale fattispecie fin dalla sua introduzione[3], oltre che sollevare spinose questioni di fondo sul ruolo del diritto punitivo in materia di genitorialità e filiazione.

* Università degli Studi di Roma "Luiss Guido Carli".

[1] La legge è pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 270 del 18 novembre 2024.

[2] Testo rubricato «Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano», in cui si prevede che al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, infine, il seguente periodo: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana». Per un contributo sulle proposte di legge precedenti, fra cui anche la n. 2599 e 306, rivolte ad affermare il principio di universalità, si veda G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità come reato universale? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 5/2023, 153 ss.; A. Manna, *Rilievi critici sulla penale rilevanza* tout court *della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come "reato universale"*, in *Sistema Penale,* 18 luglio 2023; M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale: osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei Deputati*, in *Sistema Penale*, 29 giugno 2021.

[3] Ne dibattono, *ex multis*, M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale*, cit., 6-9; T. Trinchera, *Limiti spaziali sull'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, n. 4/2017, 1391 ss.; A. Vallini, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7/2017, 899 ss.; A. Spena, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Riv.It. Med. Leg.*, n. 4/2015, 1539 ss.; A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino, Giappichelli, 2015; M. Dova, *Mater-*

L'oggetto dell'argomento, infatti, si misura, in primo luogo, con riferimento alle problematiche e discusse ragioni sottese alla penalizzazione di pratiche di surrogazione di maternità, che si traducono in una incerta definizione della condotta[4], che interviene direttamente sulle dinamiche espressive della genitorialità, per interessare, al contempo, altri elementi essenziali del reato, quali l'individuazione del soggetto attivo, la punizione, nonché la stessa definizione del bene o dei beni giuridici da tutelare.

In secondo luogo, in relazione al tema dell'estensione dei limiti di applicazione della legge penale domestica anche ai fatti commessi all'estero da parte dei cittadini italiani, che aggiunge ulteriori sfumature di interesse ad un intreccio fra etica e norma di non semplice decriptazione e valutazione.

Proposito del presente contributo è, dunque, quello di tentare di ricostruire e interpretare gli obiettivi delle logiche punitive che il legislatore contemporaneo persegue attraverso la criminalizzazione del reato di maternità surrogata, attualmente prevista dall'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 e di verificare, appunto, se la deroga al principio di territorialità della legge penale, così come avanzata con la legge di recente approvazione[5], possa consolidare il tipo di reato sul piano dell'effettività, o se tale tentativo rischia di tradursi in un'allegoria dell'emenda per fini di simbolica deterrenza.

§ 2. – *L'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004. Le condotte*

A tal riguardo, può essere utile, in prima battuta, delineare brevemente i contorni della fattispecie in oggetto, per evidenziare i punti di maggiore criticità che la legge di riforma non supera di certo.

Il reato di c.d. "maternità surrogata" è disciplinato all'interno dell'art. 12, comma 6, della l. n. 40/2004, il quale stabilisce che «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commer-

nità surrogata e diritto penale, in *Riv. It. Med. Leg.*, n. 3/2017, 917 ss.; E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011, 1537 ss.; F. Mantovani, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. Pen.*, n. 3/2005, 519 ss.; S. Canestrari, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 4/2004, 416 ss.

[4] Sulle problematiche definizioni della condotta, T. Trinchera, *Limiti spaziali all'applicazione della penale italiana*, cit., 1394 ss.; A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 144 ss.; E. Dolcini, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2, c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Carlo Flamigni e Maurizio Mori*, in *Notizie di Politeia*, n. 115/2014, 81-82; A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., 1542 ss.

[5] La modifica legislativa è stata approvata dapprima alla Camera dei Deputati il 26 luglio 2024 e successivamente dal Senato della Repubblica il 16 ottobre 2024 (d.d.l. n. 824). Al momento dei lavori della Final Conference *Just Parent* del 22-23 e 24 febbraio 2024 il disegno di legge era di recente presentazione.

cializzazione 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 €600.000,00 a un milione di euro».

Per quanto attiene alla condotta, la norma individua tre modalità di perfezionamento del fatto tipico.

La «realizzazione», ovvero il compimento dell'atto di surrogazione di maternità, rispetto alla quale emergono diverse prospettive di definizione. Secondo alcuni Autori[6], infatti, la realizzazione si consumerebbe mediante l'attivazione del protocollo sanitario idoneo alla fecondazione della gestante. In base ad una diversa prospettiva[7], l'intervento del medico che attiva il protocollo rappresenterebbe solo un presupposto necessario ma non sufficiente per la configurazione del reato, essendo invece richiesto l'accordo della coppia con la madre surrogata, anche mediante l'intervento del laboratorio, sul procedimento di fecondazione e di gestazione; o, infine, la "consegna" del neonato alla coppia o al *single* che ha aderito alla procedura.

Già da queste prime differenti declinazioni del contenuto della condotta si coglie l'evidente ambiguità della terminologia utilizzata dal legislatore, che si presta a rilievi in merito alla compatibilità con i principi di determinatezza e tassatività[8]. Il termine utilizzato, del resto, non è in grado autonomamente di selezionare il o i comportamenti rilevanti che possono concorrere all'obiettivo finale, ovvero alla nascita di una nuova vita attraverso l'intervento di uno o più soggetti diversi da chi desidera, ma non può soddisfare con successo, la propria intenzione di genitorialità. L'eccessiva ampiezza e la sostanziale vaporosità del concetto di realizzazione, che genericamente si traduce nella materializzazione di un progetto, si riflette, per certi aspetti, sulla individuazione dei soggetti attivi del reato.

La norma è infatti costruita quale fattispecie di reato comune. In questo senso, dunque, può contribuire alla 'realizzazione' della surrogazione di maternità, chiunque, anche in concorso (*ex* art. 110 c.p.)[9], intervenga nel procedimento, contribuendo con la propria porzione di condotta al raggiungimento dello scopo, ora individuabile nella corretta fecondazione, ora nella nascita di un bambino.

In questo senso, soggetti attivi del reato possono essere, non solo il medico che materialmente compie l'atto della fecondazione surrogata, ma la donna che presta il proprio utero, i genitori o il *single* che ne

[6] E. Dolcini, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2, c.p.?*, cit., 81-82; A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 144-145.

[7] A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., 1542-1543.

[8] Cfr. A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 143; M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, cit., 931.

[9] E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 1553 ss.; A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 145.

fanno richiesta, finanche l'eventuale uomo che, come terzo dalla coppia, interviene per fornire i propri gameti, o la donna che offre solo i propri ovuli. È evidente, dunque, come lo spettro applicativo della fattispecie penale possa essere decisamente liquido e cangiante.

La seconda modalità di condotta è individuata nell'«organizzazione», che contempla, anche qui, plurime attività: dalla fornitura di mezzi, materiali o di supporto logistico per la fecondazione[10], al reclutamento e alla selezione delle donne per la gestazione o degli uomini per la selezione dei gameti, fino all'intermediazione fra la coppia o il *single* interessato e la madre surrogata. Rimane esclusa, per evidenti ragioni di aderenza alla necessaria offensività della condotta penalmente rilevante, il mero contatto preventivo della coppia o del singolo con il laboratorio deputato alle fecondazioni medicalmente assistite o il c.d. "viaggio esplorativo", effettuato per raccogliere informazioni o dettagli in merito.

Infine, la «pubblicizzazione» rappresenta un'attività finalizzata alla condivisione e alla divulgazione delle pratiche di maternità surrogata, offerta ad una platea indeterminata di soggetti. Tale modalità di condotta non richiede l'adesione di nuovi soggetti alla pratica, ma si consuma con la semplice promozione al pubblico.

Elemento peculiare della fattispecie *de qua* è l'articolato sanzionatorio. La norma prevede, da un lato, la pena della reclusione che nel massimo edittale è individuata in due anni. Ciò evidenzia la collocazione della maternità surrogata fra i fatti di reato di non particolare gravità. Dall'altro, invece, una multa particolarmente salata che, da un punto di vista di astratta logica di politica criminale, non si collega in termini di ragionevolezza o proporzionalità alla gravità del fatto prestabilita dal legislatore e di coerenza, in termini retributivi, con la stessa pena della reclusione.

§ 3. – *L'intervento penale in materia di genitorialità e filiazione. Profili critici*

Da queste brevi notazioni sull'inquadramento del fatto tipico emerge, in realtà, l'incertezza con cui il legislatore si muove nel sanzionare la pratica di maternità surrogata.

Con l'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004, la legge penale si inserisce infatti direttamente fra le articolazioni della genitorialità nella società postmoderna[11], ponendo un limite giuridico di liceità

[10] T. Trinchera, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana*, cit., 1403.

[11] Per una attenta riflessione sul punto, cfr. E. Messineo, *Fenomenologia della gestazione per altri. Appunti per un approccio rimediale*, in G. Passagnoli, F. Addis, G. Capaldo, A.

all'ingresso nella vicenda procreativa di uno o più soggetti esterni alla coppia.

Interviene senza definire a monte cosa si intenda specificamente per "maternità surrogata" e senza selezionare le tipologie di accesso a tale pratica, che l'esperienza e la sperimentazione dimostrano di essere plurime e anche molto diverse.

Sul piano sanzionatorio non viene svolta alcuna differenziazione fra i casi di surrogazione di maternità ottenuta attraverso un consensuale rapporto sessuale fra un membro della coppia e uno ad esso estranea che non partecipa in termini economici ma affettivi, al solo scopo di favorire il desiderio di genitorialità per spirito di amicizia e gratuità e, invece, le ipotesi di surrogazione effettuate mediante il ricorso a tecniche avanzate, dietro compenso e grazie all'intervento di donne che accettano di portare avanti la gravidanza per esigenze economiche[12].

Basti ancora pensare ad ipotesi di ricorso alla surrogazione di maternità mediante tecnica della procreazione medicalmente assistita da parte di coppie eterosessuali o omosessuali, o *single*, che per ragioni congenite non possono diventare genitori. In questi casi, l'intervento della medicina e della tecnica è in grado di eludere, se non di superare, gli ostacoli posti dalla *sorte* e, in prospettiva, trasformare l'atto della procreazione da una mera condizione di natura ad una condizione più squisitamente giuridica.

Per certi aspetti, il legislatore avrebbe potuto costruire la *ratio* dell'intervento sanzionatorio intorno allo scopo di reprimere la volontà di profitto perseguito mediante il traffico di esseri umani, lo sfruttamento della donna, aggravato da eventuali stati di bisogno, e/o l'utilizzo di tecniche che non assicurano la tutela della salute dei soggetti coinvolti e del nascituro[13].

In queste ipotesi, l'agire della sanzione punitiva avrebbe trovato una sua eventuale giustificazione razionale nell'esigenza di prevenire l'intervento della tecnologia e della tecnica[14], quali strumenti impiegati per "manipolare"[15] il tradizionale modello di compimento del *miracolo*

Rizzi, S. Orlando (a cura di), Liber Amicorum *per Giuseppe Vettori*, Firenze, Persona e Mercato, 2022, 2223-2228.

[12] Svolge una rassegna delle varie modalità di realizzazione della pratica di maternità surrogata T. Trinchera, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale e maternità surrogata all'estero*, cit., 1396-1398.

[13] Anche in relazione alle proposte di legge n. 2599 e la proposta di legge n. 306, entrambe indirizzate a proiettare la maternità surrogata verso l'estensione dei limiti territoriali, senza distinguere le condotte per gravità e selezionando fra quelle che hanno uno scopo di gratuità e di commercializzazione, cfr. A. Manna, *Rilievi critici sulla penale rilevanza* tout court *della maternità surrogata e sulle proposte governative*, cit., 2.

[14] Solleva riflessioni sul punto, S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 149 ss.

[15] N. Irti, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, Laterza, 2013, 32 ss., in cui l'A. osserva che «il nascere e il morire ci apparivano fatti di natura, consegnati al mistero dell'esisten-

della vita per soli motivi di arricchimento, a fronte di una oggettiva lesione degli interessi giuridici della donna o del bambino.

Tuttavia, come visto, il legislatore non procede ad una chiara definizione e regolamentazione della surrogazione di maternità, così lasciando aperto il conflitto etico e morale che notoriamente opera su argomenti che attengono all'ampliamento dei diritti civili e alla laicizzazione giuridica di alcuni istituti.

L'esperienza ci dimostra che se l'espandersi o l'evolversi del fenomeno resta incontrollato, privo di regolamentazione diffusa, ne può derivare una inevitabile frattura fra società e diritto, – inteso principalmente nella sua accezione positivista –, con la conseguenza che gli interrogativi di natura etico-valoriali rimangono esposti a interpretazioni e declinazioni partigiane, come tali mutevoli nel tempo e inadatte a rispondere alle necessità di una società complessa.

L'assenza di perimetrazione, di classificazione, di pratiche articolate ed estremamente eterogenee, come quelle afferenti alla maternità surrogata, oltre a generare un vuoto normativo con effetti dannosi sulla cittadinanza e sui singoli interessati, alimenta appunto un conflitto endemico, in grado di disgregare ogni tentativo di avanzamento sul piano delle tutele e della civiltà giuridica.

Sempre da un punto di vista strettamente penalistico, l'incertezza che genera l'assenza di una regolamentazione che individui libertà e diritti dei genitori e dei figli connessi alle pratiche di maternità surrogata si traduce, peraltro, nella difficoltà di selezionare la categoria di bene giuridico da proteggere attraverso la pena, con il paradosso, come accade proprio nel caso di specie, di pretendere di tutelare attraverso la stessa fattispecie interessi giuridici in rapporto di interdipendenza, ma che con l'intervento punitivo finiscono per contrapporsi con effetti dannosi diffusi.

La fattispecie *de qua*, infatti, intende proteggere sia la donna da eventuali forme di sfruttamento e di violazione della propria dignità, libertà morale, integrità psico-fisica, sia la figura del nascituro e del bambino nato.

Eppure, la scure della sanzione penale, intervenendo in un contesto in cui, come quello nazionale, manca sia una regolamentazione adeguata sulla trascrizione del regime di riconoscimento del minore, sia una definizione e selezione orientata al principio di determinatezza delle pratiche che costituiscono una forma di surrogazione della mater-

za o all'imprevedibilità del caso o alla necessità del destino. Il diritto li accoglieva, per così dire, dall'esterno, li assumeva come termini estremi di un cammino, come durata tra un inizio e una fine […]. La tecnica ha violato il confine; toglie, o si sforza di togliere, al caso e al mistero il nostro nascere e il nostro morire. Questi termini estremi sono ormai nella sfera del calcolabile e manipolabile: anche il corpo umano rientra nella fabbrica del sapere tecnico. Esso è un prodotto e, come tale, perde a mano in naturalità e acquista artificialità».

nità, danneggia direttamente entrambe le figure, dapprima il genitore, identificato astrattamente quale autore materiale del fatto e, in seconda battuta, il minore, privato in modo del tutto incolpevole del riconoscimento pieno dello stato di figlio.

§ 4. – *L'inevitabile frattura fra società e diritto. Il ruolo di sintesi del diritto vivente*

Fratture e lacune che il diritto vivente di matrice giurisprudenziale cerca tuttavia di colmare, con il proposito di individuare delle soluzioni *de jure condito* ammissibili e di sollecitare il legislatore a prendere posizione sul tema e scongiurare ulteriori vuoti di tutela.

A tal proposito, è possibile ricordare come il tentativo di ricucitura sia stato intrapreso da tutte le Alte Corti, sia a livello domestico che sovranazionale. Nello specifico, con il precipuo scopo di assicurare lo *status filiationis* e di identificazione del bambino nato da pratiche di maternità surrogata mediante la procreazione medicalmente assistita in Paesi esteri.

Esemplare è sicuramente la sentenza della Corte Costituzionale n. 33 del 9 marzo 2021[16], con cui i giudici delle Leggi sono intervenuti su di una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione sull'impossibilità di riconoscere in Italia una sentenza straniera di attribuzione dello stato di genitori a due uomini italiani, uniti civilmente, che hanno fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero.

Nonostante la Corte abbia dichiarato inammissibile la questione ha comunque sottolineato la necessità di un indifferibile intervento del legislatore, proprio al fine di porre rimedio alla situazione di insufficiente tutela dei diritti del minore.

Nello specifico, si è voluto ribadire che il divieto, penalmente sanzionato, della pratica di maternità surrogata risponde ad una logica di tutela della dignità della donna e mira certamente ad evitare i rischi di sfruttamento di chi è particolarmente vulnerabile, poiché vive in condizioni di disagio economico. Allo stesso tempo, tuttavia, la Corte precisa come non sia possibile non porre una particolare attenzione sulla figura del minore, rispetto al quale è sempre necessario preservare i rapporti con i genitori nell'interesse di una sana crescita e del diritto ad avere una famiglia.

[16] Si veda Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, con commenti di V. Calderai, *Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte Cost. 33/2021*, in *Giur. It.*, n. 2/2022, 311 ss.; P. Veronesi, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze n. 32 e 33 della Corte Costituzionale*, in *Bio Law Journal*, n. 3/2021, 483-504.

In questo contesto, la Corte, come è noto, ha osservato che «l'interesse del minore è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che nella realtà fattuale già lo uniscono ad entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata».

Tali legami sono del resto essenziali per integrare l'identità del minore, che vive all'interno di una comunità relazionale di affetti.

La Corte ha dunque cercato di trovare un componimento fra gli interessi interdipendenti che, secondo la legislazione penale e sul regime di adozione vigente, risultano tuttavia porsi in assetto antinomico, confermando, da un lato, come la pratica della maternità surrogata vada in ogni caso disincentivata per previsione espressa della legge penale e, dall'altro, come sia comunque necessario assicurare la tutela degli interessi del bambino al riconoscimento del rapporto giuridico con il 'genitore intenzionale', «attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione fra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino».

In definitiva, come è noto, la Corte apre al ricorso all' «adozione in casi particolari», regolamentato dall'art. 44, comma 1, lett. d) della legge del 4 maggio 1983, n. 184, già considerato praticabile dalla Corte di Cassazione[17] e che rappresenta una prima, ma non piena, forma di tutela degli interessi del minore. L'adozione in questione, infatti, non attribuisce la piena genitorialità all'adottante.

Tale orientamento ha interessato anche i successivi pronunciamenti dalla Corte di Cassazione, finanche a Sezioni Unite nel 2022[18].

Inoltre, i giudici di legittimità, in una fra le più recenti sentenze del gennaio 2024[19], hanno sostanzialmente fornito uno strumento di tutela innegabile, nonostante l'esistenza del divieto previsto dalla disciplina penale, sul presupposto che l'ordine pubblico internazionale[20] svolga

[17] Cfr., in particolare, Corte cassazione, Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, con nota di G. Casaburi, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in *Foro It.*, I, n. 6/2019, 2003 ss.; G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita*, in *Fam. E Dir.*, n. 7/2019, 677 ss.

[18] Cfr. Corte cassazione, Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in cui i giudici di legittimità affermano che: «L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantito attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) l. n. 184 del 1983. Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello status di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita».

[19] Cfr. Corte cassazione, Sez. I Civ., 3 gennaio 2024, n. 85.

[20] Sul punto, si richiama l'intervento della Corte Cass., Sez. Un., n. 12193/2019, con cui è stato giudicato contrario all'ordine pubblico internazionale il provvedimento di riconoscimento del rapporto filiale con il genitore intenzionale del bambino nato da materni-

non solo una funzione di tipo preclusivo, in quanto meccanismo di "difesa" rispetto all'ingresso di strumenti giuridici e principi incompatibili con quelli interni, ma anche una funzione positiva, che mira a favorire la diffusione dei valori riconosciuti a livello internazionale, come quelli attinenti alla salvaguardia del *best interest of the child*[21].

La Corte di Cassazione, riprendendo il principio di diritto enucleato dalle Sezioni Unite[22] sopra richiamate, ha precisato come le operazioni di maternità surrogata, indipendentemente dalle modalità di condotta, siano vietate, poiché offendono «*in modo intollerabile la dignità della donna*» e minano nel profondo le relazioni umane, con la conseguenza di non potere acconsentire ad una trascrizione automatica in Italia del provvedimento straniero di nascita e di riconoscimento della genitorialità di coloro che hanno fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero.

Tuttavia, come anticipato, anche la Corte di legittimità ravvisa l'ineluttabile necessità di dover offrire una tutela al minore, che finirebbe altrimenti per subire di fatto una pena inconciliabile con i più basilari diritti, riconosciuti anche a livello internazionale ed europeo[23].

Ed infatti, statuisce che «il minore nato all'estero mediante ricorso alla surrogazione di maternità ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con il genitore d'intenzione; tale esigenza è garantita attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) della l. n. 184 del 1983, che, allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, rappresenta lo strumento che consente, da un lato, di conseguire lo "status" di figlio e, dall'altro, di riconoscere giuridicamente il legame di fatto con il "partner" del genitore

tà surrogata. In quella circostanza, la Corte ha stabilito che, per inquadrare giuridicamente il rapporto affettivo e sociale sussistente tra il minore e il genitore intenzionale, considerato padre a pieno titolo sin dalla nascita del bambino nel Paese in cui le pratiche procreative sono state poste in essere, l'ordinamento italiano offre la possibilità del ricorso all'«adozione in casi particolari», ai sensi della l. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d): una soluzione che tuttavia non opera fin dalla nascita, ma solo dal momento in cui l'adozione viene pronunciata. Per un approfondimento sul concetto di 'ordine pubblico internazionale' si veda G. Perlingieri, G. Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Camerino, ESI, 2019.

[21] Per un approfondimento sulle possibili soluzioni al limite dettato dal riconoscimento dello *status filiationis* per incompatibilità con i principi di ordine pubblico internazionale, cfr. S. Tonolo, *Lo* status filiationis *da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in *GenIUS*, n. 2/2019, 1 ss.

[22] Cfr. Corte cassazione, Sez. Un., n. 38162/2022, con commento di F. Ferrari, *«La giurisprudenza non è fonte del diritto». Nota a SS.UU. n. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore*, in *federalismi.it*, n. 6/2023, 98 ss.; G. Salvi, *Ancora un no (forse definitivo) delle Sezioni Unite alla trascrizione a seguito di gestazione per altri*, in *Giur. It*, n. 11/2023, 2320 ss.; F. Pistelli, *Lo* status *di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, 21-23.

[23] Si fa riferimento all'art. 24 della Carta di Nizza e alla Convenzione sui diritti del fanciullo delle Nazioni Unite.

genetico che ne ha condiviso il disegno procreativo concorrendo alla cura del bambino sin dal momento della nascita».

Infine, occorre qui ricordare anche la pronuncia della Corte EDU[24], che rappresenta sicuramente un punto di riferimento per una riflessione critica sul rapporto fra intervento penale ed esigenze di tutela del minore coinvolto in pratiche di maternità surrogata.

La Corte europea è intervenuta di recente stabilendo che sussiste una violazione dell'art. 8 della CEDU, in materia di rispetto della vita privata e familiare, allorquando lo stato contraente neghi la trascrizione nei registri dello stato civile del certificato di nascita formato all'estero di un minore, nato per mezzo di maternità surrogata, impedendo così il riconoscimento del rapporto di filiazione con il padre biologico.

Tale sentenza, infatti, pone in evidenza come, anche a fronte della scelta del legislatore nazionale di voler criminalizzare gli atti di maternità surrogata con impiego della procreazione medicalmente assistita, – che l'ordinamento europeo comunque non sollecita[25], l'esigenza di tutela del minore, nella specie della capacità di determinare la propria identità all'interno della società e, dunque, il proprio *status filiationis*[26] –, non possa essere omessa o tralasciata. Di contro, sancisce l'interesse supremo del minore a poter usufruire di una normativa nazionale che preveda una procedura di riconoscimento efficace e rapida.

§ 5. – *Riformare il reato di maternità surrogata. Alcune considerazioni per un contenimento della pena*

Probabilmente le recenti sentenze della Corte EDU e della Corte Costituzionale, sopra menzionate, avrebbero dovuto indurre il legislatore a ripensare nel suo complesso la normativa in materia e, per quanto qui di particolare interesse, a rifondare la cultura della sanzione rispetto ad una fattispecie che, proprio per le manifeste criticità e per le sensibilità che tocca, meritebbe quantomeno di veder eliminate delle conseguenze negative e preclusive nei confronti del minore, completamente estraneo alla dinamica del reato.

Senonché, tale avanzamento potrebbe trovare contrario chi ritiene come il pieno e immediato riconoscimento del rapporto di filiazione sorto all'estero con maternità surrogata potrebbe indubbiamente rappresentare un serio *vulnus* all'efficacia deterrente della minaccia penale.

[24] Cfr. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo, Sez. I, 31 agosto 2023, Ricorso n. 47196/21 – *C. c. Italia*.

[25] Cfr. M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., 2.

[26] Cfr. E. Messineo, *Fenomenologia della gestazione per* altri, cit., 2242-2254; F. Pistelli, *Lo status del figlio nato da maternità surrogata*, cit., 12-23.

Se si considera, poi, che la pena detentiva prevista nei confronti dei soggetti attivi del reato è pari nel massimo a due anni, pertanto passibile di essere sospesa, viene ancor di più a delinearsi il profilo di un articolato sanzionatorio penale largamente inefficace nel proteggere quello che è ritenuto essere il principale bene giuridico tutelato dalla norma, ovvero la dignità e l'integrità della donna, che, peraltro, in altre fattispecie penali, quali gli atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), la riduzione o il mantenimento in schiavitù (art. 600 c.p.), la violenza privata (art. 610 c.p.), le lesioni personali (art. 582 c.p.), fino ad arrivare alla violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), è tutelato con pene sicuramente più severe.

Solo la multa, dalle connotazioni draconiane, prevista da un minimo di € 600.000 a un massimo di € 1 milione, potrebbe rappresentare uno strumento astrattamente efficace in punto di deterrenza. Eppure, l'eventuale accesso da parte dell'imputato ad un patteggiamento e, ancora di più, alla sospensione condizionale della pena ne ridurrebbe enormemente o – in questo secondo caso – persino eliminerebbe in concreto la portata.

Tuttavia, il *quantum* previsto non risponde intrinsecamente ai principi di ragionevolezza e soprattutto di proporzionalità della pena, ormai ben definiti anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale[27], che impongono che la sanzione penale risulti, nel tipo di pena selezionato, nella durata e nel suo ammontare, – in caso di pena pecuniaria-, aderente alla gravità e alla colpevolezza del reo.

Tutto ciò sta a segnalare la crisi della pena innanzi a fattispecie di questa rilevanza e portata sociale, etica e valoriale.

Le pene comminate dal legislatore per le condotte di cui all'art. 12, comma 6, l. 40/2004, non appaiono infatti adeguate né in punto di efficacia deterrente, soprattutto per la scarsa pregnanza della pena detentiva, né in punto di retribuzione, giacché è di per sé molto arduo definire il regime di astratta proporzionalità fra la "giusta" pena e la pra-

[27] Si fa qui riferimento ad alcune fra le più recenti pronunce intervenute sul tema, Corte costituzionale, 1° febbraio 2020, n. 28, in tema di proporzionalità della pena sostitutiva pecuniaria; Corte costituzionale, 20 aprile 2020, n. 73, in tema di divieto di prevalenza della circostanza attenuante del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 c.p., sulla circostanza aggravante della recidiva, di cui all'art. 99, comma 4, c.p.; Corte costituzionale, 8 marzo 2019, n. 40, in materia di illegittimità dell'art. 73, comma 1, del Testo Unico sugli stupefacenti, laddove prevede come pena minima edittale la reclusione di otto anni anziché di sei; Corte costituzionale, 10 novembre 2016, n. 236, circa l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, secondo comma, c.p., nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque anni a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni. In dottrina, F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022, 61-63; A. Macchia, *Il "controllo" costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. Pen.*, n. 1/2020, 19 ss.; A. Pugiotto, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, n. 2/2019, 785 ss; G.M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, n. 1/2012, 194-199.

tica di maternità surrogata compiuta, sempre che ovviamente sia stata realizzata in un contesto medicalmente assistito e in assenza di episodi di sfruttamento della donna o di operazioni di eugenetica. Al contrario, infatti, la condotta sarebbe connotata da ulteriori rilievi di disvalore penale, sussumibili in altre fattispecie.

Al pari, infine, la dinamica sanzionatoria prefigurata dall'art. 12, comma 6, non riveste neanche sincere finalità di rieducazione della pena che, come noto, rappresentano una componente essenziale per la sanzione penale moderna e costituzionalmente orientata[28].

Basti infatti qui ricordare, sul piano meramente pragmatico, che la possibilità di poter sospendere condizionalmente la pena irrogata riduce in modo significativo la capacità della sanzione a rappresentare uno strumento di *rieducazione* e di risocializzazione successiva alla violazione del contratto sociale. Senza considerare poi, da una prospettiva dogmatica, che in questo settore l'accezione rieducativa della pena potrebbe subire connotazioni di emenda o di moralizzazione, estranei ad un contesto valoriale di ordine democratico e laico.

Complessivamente, dunque, ne deriva una dissociazione fra gli obiettivi di politica criminale che si intendono perseguire e l'efficacia che a valle produce la pena ventilata rispetto ai comportamenti lesivi codificati all'interno dell'art. 12, comma 6.

Sebbene sia molto complesso tracciare delle linee guida di riferimento per definire se tale pratica debba continuare ad avere una rilevanza penale all'interno del nostro sistema di giustizia e non debba, invece, rientrare nell'area dell'illecito amministrativo, in ossequio ai principi del diritto penale minimo[29], il legislatore avrebbe potuto

[28] Cfr. Corte costituzionale, 21 giugno 2018, n. 149, con commento di E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, n. 7/2018, 145 ss.; M. Pelissero, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, n. 3/2018, 1359 ss.; A. Pugiotto, *Il «blocco di costituzionalità» nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio costituzionale*, 19 novembre 2018; S. Talini, *La valorizzazione dei termini «pena» al plurale e condannato al «singolare» anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. 149 del 2018)*, in *Consulta Online*, 2018; Corte costituzionale, 7 giugno 2017 n. 179, in materia di trattamento sanzionatorio dei delitti di produzione e traffico di stupefacenti, mediante la quale, la Corte Costituzionale ha formalizzato il primato della funzione rieducativa in tutto l'arco sanzionatorio, «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»; ciò in quanto «i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost., esigono di contenere la privazione della libertà e la sofferenza inflitta alla persona umana nella misura minima necessaria e sempre allo scopo di favorirne il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale», sul punto, E. Dolcini, *La pena nell'ordinamento italiano, tra repressione e prevenzione*, in *Riv. It. Dir e Proc. Pen.*, n. 2/2021, 404; R. Bartoli, *La Corte Costituzionale al bivio tra "rime obbligate e discrezionalità?. Prospettabile una terza via*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 2/2019, 145 ss.

[29] Cfr. L. Ferrajoli *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 19, secondo il quale, riprendendo la massima di Beccaria per cui la pena «dev'essere la minima delle possibili nelle date circostanze», il 'diritto penale minimo' ha due accezioni: la prima, di matrice meta-teorica, che giustifica il diritto penale sola-

comunque già intervenire per "riscrivere" la fattispecie di maternità surrogata. Almeno per differenziare i piani sanzionatori.

Emerge con chiarezza, infatti, – sempre laddove non si intervenisse quantomeno escludendo la punibilità delle condotte di surrogazione gratuite e svolte per finalità affettive – la necessità di dover intervenire distinguendo:

a) fra le tipologie di soggetto attivo, identificandoli a monte in base al ruolo che possono rivestire nel procedimento procreativo;

b) fra tipologie di condotte di «realizzazione» della maternità surrogata, definendo precisamente quali sono i comportamenti che perfezionano il reato e distinguendo, per gravità, fra gli atti compiuti per finalità di profitto, gli atti posti in essere per mero desidero di genitorialità, gli atti posti in essere mediante l'impiego di strumenti tecnici e tecnologici lesivi per la persona e che interferiscono con la procreazione naturale.

Di conseguenza, rimodulare il valore della multa, riducendolo sensibilmente o prevedendo che la pena pecuniaria si articoli su differenti livelli, sulla base della previa definizione del disvalore oggettivo del tipo di condotta di realizzazione attuata e del soggetto agente che lo ha commesso.

Così facendo, la componente pecuniaria della pena dovrebbe, al più, essere minima per il genitore e più alta per il medico o del tecnico che opera per fini di profitto o con sfruttamento di condizioni di svantaggio della donna.

§ 6. – *Le spinte punitive del legislatore contemporaneo*

Tali interrogativi, tuttavia, non sembrano sollecitare particolare interesse speculativo da parte del legislatore, dal momento che nel nostro ordinamento la maternità surrogata non è in alcun modo praticata, poiché appunto vietata.

Piuttosto, l'attenzione del legislatore è oggi rivolta a sanzionare coloro i quali, siano essi coppie etero o omosessuali o *single*, si recano all'estero nei Paesi (quali, ad esempio USA, Canada, Australia, Nuova Zelanda, in cui è lecita *tout court* o Regno Unito, Ucraina, Portogallo, in

mente se in grado di prevenire o minimizzare sia l'offesa a beni e a diritti fondamentali sia le punizioni arbitrarie; la seconda, di carattere normativo, individua l'insieme delle garanzie penali e processuali idonee a soddisfare le finalità di cui sopra. Sul tema del «diritto penale minimo», seppur con declinazioni differenti, si veda anche G. Marinucci, E. Dolcini, *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1999, 802, i quali, ricostruendo le varie declinazioni teoriche emerse in materia, condividono l'assunto che la pena detentiva debba agire quale *ultima ratio* in conformità ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità, senza tuttavia che il diritto penale si ritragga dal regolare e punire forme di criminalità complessa a scapito della tutela di interessi collettivi.

cui invece è ammessa a fini solidali, non commerciali) in cui la pratica di surrogazione è assolutamente lecita e regolamentata, con lo scopo precipuo di affermare il dominio della legge penale domestica indipendentemente dal fatto che parte della condotta sia stata commessa sul territorio italiano, dunque, con evidenti finalità paternalistiche, se non eticizzanti. Si tratta di arrestare il c.d. fenomeno del "turismo procreativo"[30] o come altri Autori hanno affermato dei c.d. "viaggi dei diritti"[31], che interessa il nostro Paese proprio per l'assenza di una regolamentazione del fenomeno.

Come anticipato, infatti, la l. n. 169 del 2024, prevede che al comma 6 dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004, venga aggiunto, alla fine, tale periodo: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

In tal modo, il legislatore intende incidere sui limiti spaziali della legge penale, provando a superare i vincoli predisposti dai criteri offerti dalla norma codicistica che regola i delitti comuni commessi dal cittadino italiano all'estero, ovvero dall'art. 9, comma 2, il quale afferma che «se si tratta di un delitto per il quale è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del Ministero della Giustizia, ovvero a istanza o querela della persona offesa». Tuttavia, trattandosi di una norma di carattere generale, difficilmente l'art. 12, comma 6, come novellato, potrebbe derogarvi, se non correndo il rischio di sviluppare torsioni interpretative con ricadute sul principio di certezza del diritto, di legalità ed eguaglianza. La fattispecie, pertanto, continuerebbe, in realtà, a dover rientrare surrettiziamente nell'ambito applicativo dell'art. 9 del c.p. e, in particolare, del secondo comma.

In questo senso, la maternità surrogata verrebbe pur sempre ad essere punita a condizione che il soggetto si trovi nel territorio dello Stato, che vi sia una querela di parte o l'intervento di un organo governativo, dunque non giurisdizionale, che azioni la leva penale, con tutto ciò che ne deriva in termini di potenziale conflitto con il principio di obbligatorietà penale, di cui all'art. 3, rilevando la discrezionalità dell'intervento e la configurazione dello stesso come condizione di procedibilità[32].

Al di là di queste significative problematicità, che sollevano una serie di questioni di principio e di compatibilità costituzionale, il tema

[30] Fra gli altri, cfr. T. Trinchera, *I limiti spaziali all'applicazione della legge italiana*, cit., 1392.

[31] Cfr. E. Dolcini, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2008, 64.

[32] Per la configurazione dell'intervento del Ministro della Giustizia come condizione di procedibilità, cfr. G. Illuminati, voce *Richiesta di Procedimento*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1989, vol. XI, 501.

della punibilità e perseguibilità della maternità surrogata commessa da cittadini italiani all'estero incontrebbe comunque ulteriori profili critici.

La questione è annosa.

Già prima dell'approvazione della nuova legge, il dibattito è stato ampio, tuttavia, pressoché pacifico nel convincimento dell'indifferibilità nel porre un limite di principio al diritto di punizione extra-confine[33], per delitti che non abbiano una significativa rilevanza pubblicistica o che non puniscano comportamenti universalmente ritenuti illeciti, quali, ad esempio la tratta di esseri umani.

In particolare, si fa qui riferimento al criterio di "doppia incriminazione"[34], in virtù del quale, per essere punito, il fatto deve costituire reato anche nell'ordinamento straniero in cui è stato commesso. Sebbene tale requisito non sia espressamente richiesto per i reati di cui all'art. 9, a differenza dei casi di cui agli art. 7 e 8 c.p., tale condizione di doppia punibilità potrebbe comunque apparire necessaria.

Ciò in considerazione della opportunità di garantire, ora la tutela del principio di legalità, inteso nell'accezione del legittimo affidamento sulla liceità del comportamento presso il Paese estero[35] e di prevedibilità delle conseguenze di quanto posto in essere[36], ora del principio di colpevolezza, in considerazione del quale l'individuo può rispondere solo di un fatto commesso con dolo o con colpa nel momento e nel luogo in cui lo ha compiuto.

Infine, va considerato che in un assetto globale tendenzialmente fondato sulla cooperazione, il reciproco riconoscimento di valori e, dunque, dei disvalori penalmente rilevanti, è alla base di una condizione di equilibrio e di pace.

In altre parole, le diverse prospettive di declinazione del criterio di "doppia incriminazione" tendono comunque ad affermare che non potrebbe essere punito un individuo, sia o meno cittadino italiano, che si comporti in conformità alle leggi del Paese in cui si trova, indipendentemente dal fatto che la condotta sia punita anche in Italia.

---

[33] Ricostruisce le diverse posizioni, T. Trinchera, *I limiti spaziali all'applicazione della legge italiana*, cit., 1407-1413.

[34] Per una definizione e articolazione del tema, si veda E. Calvanese, *Art. 9*, in G. Lattanzi, E. Lupo (a cura di), *Codice Penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2021, 168.

[35] I. Caraccioli, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero ed il principio di stretta legalità*, in *Riv.it. Dir. e Proc. Pen.* 1962, 973. Sul punto si è espressa Corte cassazione, Sez. I pen., 17 settembre 2002, n. 38401: «In tema di reati commessi all'estero, al di fuori dei casi tassativamente indicati dall'art. 7 c.p., è condizione indispensabile per il perseguimento dei reati commessi all'estero dallo straniero che questi risultino punibili come illeciti penali oltre che dalla legge penale italiana anche dall'ordinamento del luogo dove sono stati consumati, ancorché con nomen iuris e pene diversi».

[36] E. Dolcini, *Surrogazione di maternità all'estero*, cit., 82.

Ed è proprio tale eventualità, ritenuta evidentemente elusiva dal legislatore proponente, che si intende procedere nei confronti del reo in deroga al principio di territorialità.

In conclusione, tuttavia, si ritiene che sarebbe proprio il principio di colpevolezza a sollevare limiti di costituzionalità della norma, giacché, come sopra indicato, dall'attuazione della universalità voluta dalla norma in esame deriverebbe un depotenziamento significativo del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27, comma 1, Cost.

§ 7. – *Brevi conclusioni*

Tutto ciò viene discusso sempre senza considerare debitamente le conseguenze negative che si ripercuoterebbero sul minore, il quale, a fronte del perdurante divieto di maternità surrogata, non solo perderebbe il proprio diritto ad un'identità familiare, ma subirebbe anche il danno esistenziale derivante dalle conseguenze di una sanzione penale applicata ai propri genitori.

Probabilmente, andrebbe imboccata una strada sicuramente più difficile da percorrere, giacché suggerisce di affrontare il problema attraverso un approccio organico, che non tralasci le componenti etiche ed esistenziali sottese ad un tema di così ampia portata, ma che anzi le prenda in considerazione in modo ponderato e condiviso fra le parti sociali, nella prospettiva di un adeguamento della disciplina in ottica costituzionalmente orientata e con un inevitabile arretramento di un presidio penale indifferenziato.

Abstract

The paper aims to highlight the principal critical issues concerning the criminalization of the practice of surrogate motherhood in the Italian penal system. Article 12 (par.6) of law no. 40/2004 presents, in fact, various problems in terms of the determinacy and clarity of the conduct, the excessive severity of the sanction and the lack of protection for the procreated minor.

On the one hand, therefore, consistent remedies are identified to reform the norm according with the principle of proportionality, while at the same time raising reflections on the appropriateness of criminalising in such a clear-cut manner any kind of surrogacy practice. On the other hand, – noting its critical aspects – the Law n. 169/2024, recently approved, is here analyzed, which intends to extend the scope of the sanction also for offences committed abroad by Italian citizens.

V.19. *Il reato universale di surrogazione di maternità e la sua incisione su diritti, interessi e dignità dei minori*

di Giovanni Barozzi Reggiani*

Sommario: § 1. – Considerazioni introduttive. § 2. – Il quadro giuridico (*ante* riforma) in materia di surrogazione di maternità e di salvaguardia del preminente interesse del minore: il tema della trascrivibilità dei certificati di nascita e il limite dell'ordine pubblico internazionale. § 3. – L'impatto dell'introduzione del reato universale su interessi e dignità dei minori. § 3.1. – Il rischio del sorgere di impedimenti al ricorso all'istituto dell'adozione per casi particolari (e suoi riflessi sul principio della tutela dei *best interests of the child*). § 3.2. – La questione della possibile incisione della dignità e/o di specifici diritti dei minori. § 4. – Osservazioni sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità dell'intervento legislativo e considerazioni conclusive.

§ 1. – *Considerazioni introduttive*

Come è noto, la surrogazione di maternità è una pratica che consiste nella messa a disposizione, da parte di una donna, del proprio corpo per finalità procreative, nell'ottica di consentire a due soggetti (ma in ipotesi anche ad uno solo) di realizzare progetti di genitorialità a prescindere dall'atto riproduttivo e dalla sussistenza di un legame biologico tra bambino e genitore (che, in assenza di tale legame, viene comunemente definito "genitore d'intenzione")[1].

Più nello specifico, con la stipula di un accordo di maternità surrogata la donna si impegna a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, ai quali "consegnerà"poi il bambino.

Il ricorso a tali pratiche, che costituiscono invero un insieme eterogeneo[2], è nell'ordinamento italiano vietato dall'art. 12, comma 6, della

* Università degli Studi di Sassari.

[1] Definizioni simili, pur con lievi sfumature, si rinvengono, tra gli altri, in F. Di Salvo, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione procreativa e migliore interesse del minore,* in *Diritto Fam. e Pers.*, n. 3/2023, 1186; A.G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, Giappichelli, 2022, 1; A. Alberti, *La vita nella Costituzione*, Napoli, Jovene, 2021, 204 ss.; P. Grimaldi, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e best interest of the child*, in *Familia*, nn. 5-6/2017, 325; V. Scalisi, *Maternità surrogata: come "far cose con regole"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 197.

[2] All'attualità possiamo distinguere (almeno) quattro diverse tipologie di pratiche riconducibili al concetto di maternità surrogata: quella che viene definita "gestazione per altri" (o, in modo dispregiativo o comunque con accezione negativa, utero in affitto) nella quale la gestante si limita ad "ospitare" un embrione che ha legami biologici con i committenti (c.d. FIVET); il caso in cui il gamete femminile è donato da una donna terza e viene

legge n. 40 del 2004, che ne punisce la realizzazione, l'organizzazione e la pubblicizzazione, qualificando tali condotte in termini di illecito penale.

La fattispecie delittuosa in esame è stata, peraltro, recentemente trasformata in "reato universale" – con l'obiettivo del contrasto al c.d. "turismo procreativo" – a mezzo dell'approvazione in via definitiva, da parte del Senato della Repubblica, del d.d.l. n. 824[3], tradotto nella legge 4 novembre 2024, n. 169, da poco entrata in vigore, che alla fine del citato comma 6 ha aggiunto il seguente periodo: «se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

Proprio su tale intervento legislativo si incentrano le riflessioni del presente contributo, che si prefigge di valutare se e in quali termini l'introduzione del reato universale di surrogazione di maternità possa considerarsi in linea con il quadro costituzionale, con le Convenzioni internazionali che riconoscono il principio della salvaguardia dei *best interests of the child* e con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo venutasi a formare, negli anni, in tema di trascrivibilità degli atti di nascita esteri di bambini concepiti a mezzo di surrogazione di maternità e menzionanti anche un genitore d'intenzione.

Come si argomenterà, la prognosi appare incerta, e potrebbe risultare perfino negativa, non tanto a riguardo dell'intervento legislativo in sé, bensì in ragione della forma concreta che lo stesso ha assunto, che da un lato sembra determinarne la suscettibilità ad incidere, in modo non proporzionato e ragionevole, sulla dignità e/o su altri diritti della personalità dei minori, dall'altro potrebbe venire ad incrinare un quadro giuridico interno – di cui si effettuerà qui di seguito una sintetica ricostruzione – che, rispetto ai diritti dei nati da surrogazione di maternità a costituire vincoli personali e familiari (anche con i genitori d'intenzione), era venuto a conoscere un (seppur imperfetto) punto di equilibrio.

---

fecondato dal padre committente; l'ipotesi di donazione anonima di sperma finalizzata alla fecondazione della donna (committente) e, infine, una quarta ipotesi rappresentata da «una forma di PMA [procreazione medicalmente assistita, N.d.R.] realizzata attraverso la donazione anonima da parte di terzi dei gameti (maschili e femminili), sicché nessun dei genitori committenti ha legami biologici con il figlio nato da surrogata» (cfr. A. Alberti, *La vita nella Costituzione*, cit., 205).

[3] Disegno di legge 824 recante *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*, approvato dal Senato nella seduta del 16 ottobre 2024 (approvato dalla Camera dei Deputati il 26 luglio 2023, come d.d.l. A.C. 887).

§ 2. – *Il quadro giuridico (*ante *riforma) in materia di surrogazione di maternità e di salvaguardia del preminente interesse del minore: il tema della trascrivibilità dei certificati di nascita e il limite dell'ordine pubblico internazionale*

Il nostro ordinamento si è trovato sovente a dover trattare il tema della trascrivibilità di atti di nascita di bambini concepiti all'estero a mezzo di tecniche di surrogazione di maternità e menzionanti anche il genitore (o i genitori) di intenzione.

Il vigente quadro giuridico in materia è andato definendosi gradualmente, grazie al susseguirsi di pronunce della giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale (con l'incombente presenza di quel "convitato di pietra" costituito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo).

Le Corti si sono dovute confrontare, in particolare, con il tema della compatibilità della trascrizione degli atti di nascita di bambini concepiti all'estero – e menzionanti il genitore d'intenzione – con l'ordine pubblico (internazionale), il quale, ai sensi dell'art. 65 della legge n. 218 del 1995 e dell'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000, configura un limite alla trascrivibilità degli atti formati all'estero (compresi gli atti di nascita).

La riconducibilità all'ordine pubblico internazionale dell'attività di contrasto a tale pratica – cui l'ordinamento riconnetterebbe un «elevato grado di disvalore», in ragione del fatto che la stessa offenderebbe «in modo intollerabile la dignità della donna e min[erebbe] nel profondo le relazioni umane»[4] – si fonda su quella lettura 'difensiva'[5], fatta propria dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che

[4] Così la sentenza della Consulta n. 272 del 2017 (§§ 4.2 e 4.3 *Cons. Dir.*), ripresa dalla successiva (e in precedenza citata) n. 33 del 2021 (§ 5.1 *Cons. Dir.*). Affermazioni di tenore analogo si rinvengono poi, quale sostanziale costante, nella giurisprudenza di legittimità (per tutte v. le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione nn. 12193 del 2019 e 38162 del 2022) e in alcune pronunce della giurisprudenza di merito.

[5] Dottrina e giurisprudenza individuano due distinte "macro-declinazioni" della clausola di ordine pubblico internazionale: quella "difensivo-conservativa" e quella "promozionale". La prima riconosce all'ordine pubblico internazionale una funzione di "difesa identitaria" dell'ordinamento e di garanzia dell'«*assioma della coerenza interna*» dello stesso (secondo la felice espressione utilizzata da L. Fumagalli, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enc. dir.*, Ann., IV, Milano, Giuffrè, 478), mentre la declinazione "promozionale" è tesa a favorire la diffusione di valori tutelati e l'armonia tra gli ordinamenti (in questo senso v. F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione europea*, Padova, Cedam, 2007, 110, ma anche Idem, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2020, spec. 187). La logica difensiva e quella promozionale possono talvolta convivere, ma ben più spesso risultano in contrasto, nella misura in cui l'apertura a valori di altri ordinamenti può tradursi in un'abdicazione a letture dell'ordine pubblico internazionale, declinate secondo una logica più squisitamente difensiva (su una valutazione dell'approdo a concezioni promozionali quale abbandono delle «*tradizionali istanze 'difensiviste'*» v. il recente lavoro di F. Ferrari, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, Milano, Franco Angeli, 2023, 73).

ai fini della perimetrazione dell'ambito della richiamata clausola generale sottolinea la centralità della legge ordinaria e dell'interpretazione giurisprudenziale (specie quella costituzionale e di legittimità) quali formanti imprescindibili dell'insieme «dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»[6].

A tale lettura – che ha il pregio di "mantenere al centro" l'*interpositio legislatoris* nella individuazione dei beni e degli istituti suscettibili di definire l'identità dell'ordinamento – se ne contrappone un'altra, a lungo fatta propria dalla I Sezione della Corte di Cassazione e da parte della giurisprudenza di merito, che circoscrive il perimetro dell'ordine pubblico internazionale ai soli principi fondamentali o supremi della Carta, che, in quanto tali, «non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario»[7].

L'impostazione da ultimo citata, che appare chiaramente declinata secondo una logica "promozionale" (e che è stata fatta oggetto di critiche, da parte della dottrina[8]), è stata rigettata dalle Sezioni Unite – peraltro proprio con particolare riferimento alla surrogazione di maternità – da ultimo con la citata sentenza n. 38162 del 2022, che nel confermare le affermazioni di un precedente del 2019 (la sentenza n. 12193, parimenti citata in precedenza) ha affermato che nella nozione di ordine pubblico internazionale rientrano «quei valori della nostra Costituzione che esprimono la fisionomia inconfondibile della comunità nazionale», fisionomia che deve essere ricostruita «non solo alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui detti principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria»[9].

Per effetto della lettura data dalle Sezioni Unite, attualmente si rinviene dunque un vero e proprio "diritto vivente" concernente la

[6] Così Cass. civ., Sezioni Unite, n. 12193 del 2019, § 12.2.

[7] L'impostazione in parola sembra riecheggiare la tesi (sostenuta tra gli altri da Livio Paladin) secondo la quale l'ordine pubblico internazionale deve essere fatto coincidere «con i soli principi informatori dell'ordinamento statale» e non deve essere confuso con le norme imperative o alle stesse sovrapposto (così L. Paladin, voce *Ordine pubblico*, in *Nov. Dig. Italiano*, Torino, Giappichelli, 1965, 134).

[8] Fra le voci critiche v. F. Ferrari, «*La giurisprudenza non è fonte del diritto». Nota a SS.UU. n. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore*, in *Federalismi.it*, n. 6/2023, 109, il quale ha argomentato circa la necessità di definire il contenuto del concetto di "ordine pubblico internazionale" alla luce, oltre che della Costituzione, della normazione primaria, considerato che la «discrezionalità del legislatore nel fissare ragionevoli bilanciamenti tra interessi in conflitto, a maggior ragione innanzi a materie eticamente sensibili, non è un accidente dello Stato costituzionale, ma il suo proprium»; è infatti all'esito dell'analisi del dato legislativo che può essere ricostruita in concreto quella "identità ordinamentale" alla tutela della quale la clausola generale dell'ordine pubblico è preposta.

[9] Tutti i riportati passaggi sono tratti dal § 15 della sentenza n. 38162 del 2022.

riconducibilità del divieto di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 all'ordine pubblico internazionale, al quale la giurisprudenza di legittimità, compresa quella della I Sezione della Cassazione, risulta essersi allineata[10].

La sussistenza del divieto e l'affermazione della "regola" della non trascrivibilità degli atti di nascita esteri pongono (e hanno storicamente posto) il tema della salvaguardia dei *best interests of the child* – principio, riconosciuto da diverse Convenzioni internazionali e "recepito" dall'ordinamento europeo[11], che impone la ricerca «della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior cura della persona» tutte le volte che tale interesse venga in rilievo – con particolare riferimento alla garanzia dell'effettività, sul piano fattuale e giuridico, dei legami personali e familiari (cui si connette la possibilità, per i minori concepiti all'estero a mezzo di surrogazione di maternità, di esercitare quell'insieme di diritti che negli ordinamenti moderni vengono usualmente attribuiti ai "figli").

Tema, quest'ultimo, particolarmente delicato, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale – chiamata a valutare la possibile avvenuta lesione dei diritti alla vita privata e familiare dei minori, riconosciuti e salvaguardati dall'art. 8 della Convenzione EDU – da un lato ha negato che i singoli ordinamenti siano tenuti ad accettare atti di nascita "esteri" di minori concepiti con tecniche di surrogazione di maternità e menzionanti un genitore d'intenzione, dall'altro ha però affermato che, ai fini della compatibilità con la Convenzione EDU, un ordinamento deve rendere accessibili ai minori istituti idonei a garantire, in modo effettivo e celere, il mantenimento dei legami genitoriali e familiari[12].

---

[10] V. da ultimo la recente sentenza della I Sezione della Cassazione civile n. 85 del 3 gennaio 2024.

[11] Tra le Convenzioni internazionali possiamo menzionare – oltre alla Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959, che costituisce il primo atto internazionale pattizio contenente disposizioni dedicate ai minori – la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996, che richiamano (tutte) il principio della necessaria salvaguardia del *best interest of the child,* stabilendo che nei processi decisionali concernenti minori gli interessi dei medesimi debbano essere fatti oggetto di "preminente considerazione". Viene altresì in rilievo la Carta dei diritti fondamentali dell' UE, che all'art. 24 afferma e riconosce i "diritti del bambino", stabilendo che «in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente».

[12] Si vedano in questo senso, tra le altre, le sentenze rese nei casi *Campanelli c. Italia,* del 27 gennaio 2015 (sentenza "ribaltata" tuttavia dalla Grande Camera con sentenza del 24 gennaio 2017) *Oleari e altri c. Italia*, del 21 luglio 2015, *Mennesson et al. c. Francia,* del 26 giugno 2014, e *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* del 28 giugno 2007. Si veda altresì il primo parere reso dalla Grande Camera della Corte, in data 10 aprile 2019, in applicazione del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione, nel quale è stato affermato che, ai fini della salvaguardia dei diritti del minore (alla vita privata, in quel caso) metodi alternativi alla tra-

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, un istituto avente caratteristiche consimili dovrebbe essere rappresentato dall'adozione per casi particolari (di cui all'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184 del 1983), che risulterebbe suscettibile di garantire al minore «una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile allo status filiationis»[13] nella costituzione e nel mantenimento di un legame anche con il genitore d'intenzione, affermazione che, tuttavia, risulta nella migliore delle ipotesi non del tutto dimostrata, se si considera che la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 33 del 2021, aveva constatato come tale istituto configurasse «una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali» (§ 5.8 *Cons. Dir.*), individuando nell'intervento del Legislatore, cui veniva rivolto uno specifico invito, l'unica possibile via per definire compiutamente l'assetto degli interessi, garantendo al minore una tutela effettiva.

In particolare, riguardo all'istituto in parola residuavano, e tuttora residuano, taluni profili di inadeguatezza, rappresentati dalla non-celerità della procedura, dall'indisponibilità per il minore dell'atto di impulso della stessa e dalla possibilità, per il genitore biologico, di negare il consenso all'adozione (secondo quanto previsto dall'art. 46 della legge n. 184 del 1983, ostacolo che non sembra superabile in via interpretativa, nonostante tentativi effettuati in tal senso[14]).

---

scrizione devono risultare «acceptable in so far as the procedure laid down by domestic law ensures that they can be implemented promptly and effectively» (§ 54). La centralità della celerità, in un giudizio concernente l'adeguatezza di una misura (atta a tutelare gli interessi del minore), era stata già affermata da precedenti sentenze della Corte (v. in particolare la pronuncia resa nel caso *Lombardo c. Italia*, del 29 gennaio 2013, spec. § 89).

[13] Così la citata sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019, § 13.3.

[14] In particolare, le Sezioni Unite, nella richiamata sentenza 38196 hanno sostenuto – proponendo una interpretazione costituzionalmente orientata del citato art. 46 – che il Giudice, nell'ottica della tutela dell'interesse del minore, dovrebbe riconoscere efficacia al dissenso del genitore biologico solo in determinate ipotesi, ovvero laddove «quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore» (§ 11 *Cons. Dir.*). Tale interpretazione è stata, invero, fortemente criticata, in ragione del suo essere poco rispettosa del "vincolo del testo", quale limite generale e invalicabile alla ricerca di un'interpretazione conforme a Costituzione (in tal senso, tra le altre, v. le sentenze: n. 5 del 2024, n. 104 del 2023, n. 102 del 2021, n. 253 del 2020, nn. 231 e 91 del 2013, nn. 258 e 78 del 2012, nn. 270 e 26 del 2010, n. 219 del 2008; per riferimenti dottrinali v., tra gli altri, G. Pitruzzella, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in *Federalismi.it*, 27 gennaio 2021, 164-165; M. Ruotolo, *«Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo,* in *Rivista AIC*, n. 2/2012, *passim*). Sulla questione specifica si rimanda poi alle considerazioni di F. Ferrari, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, cit., 151, il quale ha osservato come, in relazione alla prospettata possibilità di superare in via interpretativa il veto del genitore biologico alla richiesta di adozione del genitore intenzionale, la Cassazione sembrasse aver esteso l'interpretazione conforme «forse oltre il vincolo legale».

In generale, permane la sensazione che, allo stato, i minori concepiti e nati a mezzo di tecniche di maternità surrogata siano collocati in una posizione "deteriore", rispetto ad altri minori, e relegati in una sorta di "limbo giuridico", dal quale potrebbero uscire solo a mezzo di intervento del Legislatore, nonostante la stessa Corte EDU abbia recentemente affermato l'astratta idoneità dell'adozione per casi particolari a garantire il riconoscimento giuridico del rapporto affettivo e sociale tra i minori medesimi e i rispettivi genitori intenzionali[15].

Un quadro che rischia di aggravarsi a fronte dell'avvenuta introduzione del reato universale di surrogazione di maternità, di cui si passerà ora a vagliare conseguenze ed effetti con particolare riferimento a due specifici profili, concernenti, l'uno, il sorgere di possibili (ulteriori) difficoltà all'accesso all'istituto dell'adozione per casi particolari, l'altro eventuali incisioni alla dignità e ad altri diritti della personalità dei minori (rinviando ad altri contributi scientifici per una disamina più ampia circa la compatibilità tra la figura del reato universale e il nostro quadro costituzionale, con particolare riferimento al tema del rispetto del principio della c.d. "doppia conformità"[16]).

§ 3. – *L'impatto dell'introduzione del reato universale su interessi e dignità dei minori*

§ 3.1. – *Il rischio del sorgere di impedimenti al ricorso all'istituto dell'adozione per casi particolari (e suoi riflessi sul principio della tutela dei* best interests of the child*)*

Per le ragioni che si tenteranno di spiegare nell'immediato prosieguo, l'introduzione del reato universale rischia di determinare un effetto dis-equilibrante – ancorché, come si dirà, probabilmente più su un piano teorico-operativo che astratto – del descritto quadro giuridico, nel quale il superiore interesse del minore era oggetto di una tutela tutto sommato soddisfacente (ancorché imperfetta).

---

[15] Sentenze *Bonzano et al. c. Italia* (app. n. 10810/20, n. 29038/20 e n. 2738/21) e *Modanese c. Italia* (app. n. 59054/19, n. 12109/20 e n. 45426/21), rese entrambe il 23 giugno 2023, "recepite" dalla giurisprudenza interna, che sostiene che la Corte EDU avrebbe «testualmente affermato che – in conformità a quanto statuito dalle Sezioni Unite della nostra Cassazione, e dalla Corte Costituzionale – la via dell'adozione in casi particolari può rappresentare valido strumento di tutela dell'interesse del nato da maternità surrogata» (così una sentenza della V Sezione Civile della Corte d'Appello di Milano, resa in data 9 gennaio 2024).

[16] Sui descritti profili, tra gli altri, si vedano M. D'Amico, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento,* in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 4/2023, *passim*; A. D'aloia, *Serve davvero il 'reato universale' di maternità surrogata?*, in *Federalismi.it*, 18 ottobre 2023, spec. IX-X; T. Trinchera, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, n. 1/2015, 418 ss.

Al fine di illustrare quanto sopra, occorre ribadire che, sino alle recenti modifiche legislative, pur risultando astrattamente perseguibile anche la surrogazione di maternità effettuata all'estero nell'ambito di ordinamenti che specificamente la ammettono e la disciplinano – in virtù di quanto previsto dall'art. 9, secondo comma, del Codice penale – la stessa non veniva concretamente sanzionata, anche in ragione del fatto che il richiamato art. 9 subordina la punibilità della condotta ad apposita "richiesta" del Ministro della Giustizia, previsione che rende (e rendeva, anche in riferimento al divieto di cui al previgente art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004) residuale e assai poco probabile «l'attivazione dello strumento»[17].

Viceversa, a fronte dell'avvenuta introduzione del reato universale, la surrogazione di maternità dovrebbe essere sempre perseguibile (al netto di possibili difficoltà pratico-operative nella perseguibilità del reato "in concreto"[18]) con la conseguenza che la domanda di adozione per casi particolari verrà presentata da un soggetto che potrebbe risultare, al momento della presentazione della domanda medesima, indagato, imputato o addirittura condannato per il delitto di surrogazione di maternità.

Nel compiere le valutazioni allo stesso rimesse dall'art. 57 della legge n. 184 del 1983 – e in particolare quelle concernenti «l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute […] e l'ambiente familiare degli adottanti» oltre che «la possibilità di idonea convivenza» e la suscettibilità dell'adozione a realizzare «il preminente interesse del minore» – il Tribunale per i minorenni chiamato a decidere non potrà, si ritiene, non tenere conto di tali circostanze, ciò che indubbiamente inciderà sulla concreta "esperibilità" del ricorso all'adozione per casi particolari – al fine di salvaguardare il diritto del minore al mantenimento dei legami familiari e genitoriali – con l'aggravante che tale profilo di "inadeguatezza" dell'istituto non sarà dovuto alle caratteristiche intrinseche dell'istituto medesimo (come quelli, in precedenza richiamati, legati alla necessità del consenso del genitore biologico e al tema della scarsa celerità delle procedure) ma scaturirà dall'avvenuta trasformazione del divieto di surrogazione di maternità in reato universale, che verrà dunque a costituire il "fattore squilibrante" del previgente assetto, che potrebbe all'e-

[17] Così. M. D'Amico, *Il "reato universale" di maternità surrogata*, cit., 17.

[18] Sul punto v. ancora M. D'Amico, *ivi*, 14, la quale sottolinea la sussistenza di possibili «difficoltà probatorie legate all'accertamento della realizzazione della condotta oggetto di sanzione penale, specialmente se attuata in contesti ordinamentali che, viceversa, riconoscono come legittima la pratica in esame», aggiungendo che «la eterogeneità delle soluzioni vagliate dagli ordinamenti giuridici, europei ed extraeuropei, e l'ovvia circostanza che le coppie si recano presso Stati che ammettono il ricorso alla maternità surrogata, rende assai poco probabile l'effettiva perseguibilità penale della condotta».

sito di ciò risultare non più idoneo a salvaguardare adeguatamente gli interessi dei minori, specie rispetto ai criteri e agli "*standard*" delineati a più riprese dalla giurisprudenza della Corte EDU.

§ 3.2. – *La questione della possibile incisione della dignità e/o di specifici diritti dei minori*

È affermazione comune quella secondo cui la dignità dei minori verrebbe lesa dalla realizzazione di pratiche di surrogazione di maternità, e che sussisterebbe un interesse dei minori stessi a non "essere concepiti" a mezzo di tecniche cui l'ordinamento italiano riconnette un alto "disvalore sociale" e a non essere considerati quali "oggetti" di accordi (aventi eventualmente natura commerciale)[19].

Rispetto a tali affermazioni – invero criticabili[20] – la prospettiva che qui si assume è di fatto opposta, dal momento che ciò su cui ci si vuole interrogare è se sia proprio il divieto del ricorso alla surrogazione (*rectius:* la sua trasformazione in reato universale), a poter produrre qualche effetto negativo sulla dignità (o su altri diritti o interessi) dei minori.

Sul punto si rileva preliminarmente che la dignità – intesa nel senso ("kantiano") che impone di considerare l'uomo quale fine, evitando ogni sua strumentalizzazione[21] – costituisce, secondo le affermazioni della giurisprudenza costituzionale, un «valore costituzionale

[19] Tra le voci in questo senso si richiama A. Renda, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 1/2023, 63, secondo il quale a mezzo della surrogazione di maternità il neonato verrebbe «dedotto in oggetto del contratto e trattato come prodotto del lavoro della donna attraverso il corpo». Nel medesimo senso va una mozione del 18 marzo 2016 con la quale il Comitato nazionale per la bioetica ha definito la maternità surrogata come «un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione».

[20] A ben vedere, le riportate affermazioni sembrano configurare un interesse dei minori che, di fatto, "precede" il loro stesso concepimento, e che anzi fa, del concepimento medesimo, l'evento da cui conseguirebbe la lesione di detto interesse, con la conseguenza che lo stesso potrebbe essere salvaguardato solo impedendo che il soggetto cui si riferisce venga al mondo. Un paradosso e una contraddizione logica che portano a qualificare come recessivi gli altri argomenti volti a sostenere che la surrogazione di maternità risulta lesiva degli interessi dei minori, rivelandosi piuttosto – la surrogazione medesima – quale fattore suscettibile di incidere negativamente su tali interessi, come del resto l'ampia casistica della giurisprudenza della Corte EDU, a parere di chi scrive, chiaramente dimostra.

[21] Riferimenti alla dignità si rinvengono nella Costituzione di Weimar del 1919, oltre che in quella finlandese del 1919 e in quella irlandese del 1937 (per ulteriori riferimenti si rimanda a G. Resta, *Dignità*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, I), ma è in particolare a partire dal secondo dopoguerra che tali riferimenti divengono, ancorché con declinazioni non sempre omogenee, una costante delle Carte costituzionali degli ordinamenti moderni, oltre che di diverse Convenzioni internazionali (tra le quali basti qui richiamare la Carta dell'ONU del 1945, la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948, il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 o, per quanto di specifico interesse, la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989).

supremo»[22], che «permea di sé il diritto positivo»[23], pur risultando di non semplice inquadramento.

Discussa, in particolare, è la sua natura giuridica; alcuni, infatti, la inquadrano quale diritto a sé stante, altri quale fonte di diritti nuovi e ulteriori rispetto a quelli espressamente riconosciuti dalla Carta[24], altri ancora quale elemento e meccanismo di «rafforzamento del campo di applicazione dei diritti»[25], nonché quale limite alla discrezionalità del Legislatore[26]; di essa viene altresì da taluni predicata la non bilanciabilità con altri beni e/o valori[27] (posizione questa, invero criticata da altra parte della dottrina[28]).

Quanto alle sue caratteristiche specifiche, oltre che quale elemento afferente alla sfera più intima della persona – concernendo la concezione (e percezione) che la persona ha di sé – la dignità viene in rilievo nella sua proiezione sociale, riferita alla vita di relazione dell'individuo e alla sua collocazione all'interno della collettività in cui esso vive[29] (dimensione espressamente considerata dall'art. 3 della Costituzione, che riconosce e afferma il principio della «pari dignità sociale» dei cittadini).

Rispetto alla avvenuta introduzione del reato universale di surrogazione di maternità occorre considerare, si ritiene, entrambe le dimen-

[22] Sentenza n. 414 del 1991, § 4 *Cons. Dir.*

[23] Sentenza n. 293 del 2000, § 4 *Cons. Dir.*

[24] Sul punto v. le note tesi di Franco Modugno, secondo il quale l'affermazione concernente la sussistenza di "nuovi diritti" non può «andar disgiunta dal riconoscimento della loro inviolabilità», carattere, quest'ultimo, da riferirsi «al patrimonio irretrattabile della persona umana intesa come totalità ossia al principio supremo della libertà dignità» (così F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, 107). Sulla dignità quale fondamento dei diritti fondamentali v. anche A. Barbera, *Un moderno 'Habeas Corpus'?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 27 giugno 2013, 1.

[25] Cfr. F. Politi, *La tutela della dignità dell'uomo quale principio fondamentale della Costituzione Repubblicana*, in *Studi in onore di Franco Modugno,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, v. III, 2676.

[26] In questo senso v. M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, spec. 3159 ss.

[27] Così G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona,* § *2,* il quale altresì aggiunge che la dignità «non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima». In tema v. anche R. Bin, *Dignità umana e biodiritto*, in *Biolaw Journal - Rivista di biodiritto*, n. 2/2017, 2, per il quale «il valore assoluto della dignità umana fa sì che essa non si riduca a uno o più specifici diritti, né che essa possa essere "bilanciata" con l'esigenza di garantire questo o quel diritto o principio» e G.M. Flick, *Elogio della dignità (se non ora, quando?),* in *Rivista AIC,* n. 2/2014, 19, secondo il quale la dignità assume il «significato di valore primo, oggettivo, al vertice della scala dei valori, irrinunciabile e non bilanciabile con altri valori per esprimere la condizione umana».

[28] Sulle problematicità, di ordine teorico, cui vanno incontro le impostazioni che qualificano la dignità in termini di valore non bilanciabile, si rimanda alle considerazioni di G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative,* in *Pol. Dir.*, 2011, § 5.

[29] In tema, tra gli altri, P. Zuddas, *La pari dignità sociale a tre dimensioni. Posizione, giudizio, trattamento*, Padova, Cedam, 2020, *passim*; A. Apostoli, *La dignità sociale come fondamento delle democrazie costituzionali*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, n. 3/2020, 539 (che sottolinea la connessione tra realizzazione della effettiva pari dignità sociale tra individui e i doveri di solidarietà che la Costituzione individua in capo alla collettività); G. Repetto, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2016, 247 ss.; M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, cit., *passim*.

sioni della dignità: quella, più "personale", legata alla percezione che i bambini avranno "di sé" nel sapere di essere il fine e il prodotto di una condotta criminosa (così deplorevole da dover essere addirittura "universalmente perseguita") e quella a "proiezione sociale", concernente il come la società tratterà questi figli "frutto del reato".

Rispetto in particolare al secondo profilo, sussiste il rischio concreto che i nati da maternità surrogata possano venir marchiati da uno "stigma sociale"[30] – anche in ragione del fatto che i genitori dei medesimi saranno perseguiti penalmente dall'ordinamento – e finiscano per essere categorizzati (e, in ragione di ciò, screditati[31]) o subiscano fenomeni di emarginazione, scherno, bullismo[32].

Mi pare che, rispetto al descritto scenario, vengano in rilievo potenziali incisioni alla dignità dei minori e/o di altri diritti degli stessi, come quelli all'onore, alla reputazione, alla rispettabilità (oggetto peraltro di protezione da parte della CEDU e delle Convenzioni internazionali sui diritti dei minori[33]), in relazione ai descritti profili concernenti, da un lato, la percezione che i minori medesimi avranno di se stessi, dall'altro la "considerazione" che verrà loro riservata dalla collettività nella quale sono inseriti.

Incisioni suscettibili di porsi, ritengo, non solo in astratto, ma anche in concreto, in ragione della particolare "pubblicità" (e possi-

[30] Proprio il tema dello "stigma sociale" che si porrebbe in capo ai bambini nati da surrogazione di maternità, a fronte dell'introduzione del reato universale, è stato oggetto di alcuni interventi nella discussione che si è avuta alla Camera. Si segnala, in particolare, l'intervento dell'onorevole Della Vedova nella seduta di Assemblea del 19 giugno 2023, il quale ha affermato quanto segue: «non è vero che non ci saranno conseguenze per i bambini, lo ha detto benissimo l'onorevole Magi prima. Se vogliamo prenderci in giro, allora prendiamoci in giro, ma è lo stigma, lo stigma del figlio del reato universale, è scritto anche per coloro che già ci sono. Ma lo sai che i tuoi genitori, se facessero oggi quello che hanno fatto 10 anni fa, andrebbero in galera, dovrebbero pagare la multa? Questo è lo stigma. E poi c'è il festival dell'ipocrisia».

[31] Sul rapporto consequenziale tra categorizzazione e screditamento (degli individui) v., per tutti, E. Goffman, *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*, Engleton, Cliff, Prentice Hall, 1963, 3.

[32] Mi pare che venga qui in rilievo il tratto definito "eudemonologico" della dignità, che si concretizza nell'esigenza fondamentale dell'essere umano di ricevere rispetto, riguardo, «qualcosa che salvaguardi le sue occasioni di fare di se stesso ciò che è capace di diventare; il riconoscimento di una dignità che rivendica perché è il solo ad aspirare consapevolmente a un futuro» (cfr. J. Hersch, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, F. De Vecchi (a cura di), Milano, Mondadori, 2008, 62). Sul punto sottolinea in particolare H. Hofmann (*La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca,* in *Riv. int. fil. dir*., 1999, 645) che «la promessa di riconoscimento reciproco» in cui si sostanzia la dignità umana «fa divieto di permettere all'interno del patto [sociale] l'umiliazione degli uomini. […] La promessa reciproca di riconoscerci come membri aventi la stessa dignità, esclude di conseguenza che si riconosca in via di principio a qualcuno il permesso di privare un altro individuo – per qualsiasi motivo – di questo status».

[33] Diritti della personalità quali onore, riservatezza, rispettabilità, reputazione sono riconducibili agli articoli 8 e 10 della CEDU. Della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, invece, viene in particolare in rilievo l'art. 16, che prevede che «nessun fanciullo sarà oggetto di interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza, e neppure di affronti illegali al suo onore e alla sua reputazione».

bile eco mediatica) che i procedimenti penali attribuiranno alle vicende legate alla surrogazione di maternità, e conseguentemente alla loro maggior diffusione e conoscibilità nell'ambito della collettività.

A ciò aggiungasi un ulteriore profilo, legato al fatto che anche laddove l'adozione per casi particolari dovesse effettivamente perfezionarsi, i nati da maternità surrogata verrebbero a relazionarsi, e a instaurare e mantenere legami familiari, con un genitore (o entrambi i genitori) che si troverebbe(ro) a dover avere a che fare con un processo penale per un numero indefinito di anni, ciò che non potrebbe non riverberarsi sulla serenità del nucleo familiare, collocando i minori (per le ragioni di cui subito si dirà), in una posizione (ulteriormente) deteriore rispetto a quella di tutti gli altri "figli", compresi quelli nati da altre unioni che l'ordinamento disapprova, come i rapporti incestuosi (vietati nella gran parte, se non nella totalità, degli ordinamenti moderni in quanto costituenti una sorta di tabù «rivestito di un alone di sacralità»[34]).

Ed, infatti, i figli incestuosi non solo all'attualità (a seguito delle modifiche all'art. 251 c.c. apportate dalla legge n. 219/2012) sono pienamente riconoscibili[35], e dunque possono approdare allo *status filiationis* "dalla porta principale", ma è ben possibile che la vita di relazione e familiare dei medesimi non venga mai turbata da indagini e procedimenti penali, considerato che l'art. 564 c.p. subordina la punibilità dell'incesto al fatto che dallo stesso «derivi pubblico scandalo»[36], ciò che fa sì che detto reato non venga di fatto mai perseguito[37].

[34] A. Spena, *Reati contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Parte speciale, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 2012, 110. Invero, si discute su quale sia effettivamente il bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice; secondo la Consulta, la medesima «in corrispondenza a un ethos le cui radici si perdono lontano nel tempo, mira a escludere i rapporti sessuali tra componenti della famiglia diversi dai coniugi: un'esclusione determinata dall'intento di evitare perturbazioni della vita familiare e di aprire alla più vasta società la formazione di strutture di natura familiare» (sentenza n. 518 del 2000).

[35] Prima dell'intervento novellatore del 2012, i figli incestuosi non potevano essere riconosciuti; tuttavia, con sentenza della Consulta n. 494 del 2002 venne affermato il loro diritto di agire per la dichiarazione giudiziale di maternità o paternità naturale anche per i casi in cui il riconoscimento non risultava ammesso (ciò mediante dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 278, primo comma, c.c., nella parte in cui lo stesso escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, primo comma, c.c., il riconoscimento dei figli incestuosi doveva considerarsi vietato).

[36] La previsione dell'inserimento del pubblico scandalo quale elemento cui subordinare la punibilità del reato rispondeva proprio alla «necessità che la pace della famiglia e la stessa pubblica moralità non [venissero] turbate con investigazioni e con processi» (cfr. la *Relazione ministeriale sul Progetto preliminare di codice penale*, II, Roma, 1929, 341); la pace familiare (e, ritengo, la sua dignità, oltre che quella dei suoi componenti), suscettibili di essere turbate da indagini e processi, sono dunque beni che "prevalgono" anche sull'esigenza di contrastare una pratica invisa all'ordinamento quale l'incesto, salvo per le ipotesi in cui il rapporto incestuoso abbia provocato pubblico scandalo, ledendo dunque anche la pubblica moralità.

[37] In tema cfr. L. Bozzi, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 16-*bis*/2022, 3328.

Al contrario, come si accennava, all'introduzione del reato universale potrebbe (dovrebbe) conseguire una "automatica perseguibilità" dei soggetti partecipanti alla pratica di surrogazione di maternità, punita "di per sé", con la conseguenza che la vita familiare dei soggetti coinvolti in pratiche di surrogazione di maternità dovrà (sempre) relazionarsi con indagini ed eventualmente procedimenti penali, per un numero di anni non definibile a priori (e, tendenzialmente, non esiguo).

A fronte di tutto ciò, a chi scrive pare concreto il rischio che l'introduzione del reato universale venga a incidere negativamente sulla dignità dei minori (nei termini sopra precisati) e/o su altri diritti della personalità degli stessi.

Ciò che occorre valutare è se si tratti di incisioni ammissibili e giustificate dagli obiettivi che l'introduzione del reato universale mira a perseguire.

§ 4. – *Osservazioni sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità dell'intervento legislativo e considerazioni conclusive*

Venendo in rilievo un bilanciamento tra diritti e valori, un primo tema che si pone è quello legato alla individuazione del rango del bene/valore che il reato universale di surrogazione di maternità verrebbe a tutelare, e che deve risultare collocato sullo stesso livello costituzionale dei diritti e dei valori incisi, dato che la premessa logica del bilanciamento è che fra i principi e/o gli interessi oggetto dello stesso «non vi siano gerarchie prestabilite» e che i medesimi abbiano, in sostanza, «il medesimo peso»[38].

Verificata la bilanciabilità di beni e interessi, occorre poi procedere ad una verifica della tenuta dell'intervento legislativo, cui si deve l'avvenuta effettuazione del bilanciamento in concreto, in termini di proporzionalità.

Quanto al primo profilo, si osserva che l'introduzione del reato universale di surrogazione di maternità risulta volto a tutelare, oltre al (presunto) interesse dei minori, la dignità della gestante (mediante contrasto al turismo procreativo), la quale, tuttavia, sembra debba essere definita alla luce di «parametri di tipo sociale e morale desumibili dall'opinione collettiva o dalle norme di cultura di una certa società»[39], e declinata dunque in una logica "oggettiva" che, secondo

[38] Per entrambi i riferimenti cfr. O. Chessa, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, 3933.

[39] Cfr. M. Caielli, *Sul diritto sessuale maschile, ovvero perché la prostituzione non è espressione dell'autodeterminazione femminile,* in A. Apostoli (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale,* Torino, Giappichelli, 2021, 91.

alcuni Autori, avrebbe poco a che fare con la dignità intesa "in senso proprio" – anche considerato che la stessa non sarebbe nella disponibilità della singola donna, che non potrebbe "rinunziarvi" in nome della propria libertà di autodeterminazione[40] – apparendo piuttosto riconducibile a concetti o categorie quali la morale comune, il buon costume o (finanche) l'ordine pubblico[41].

Resta in ogni caso il fatto che la tutela della dignità della gestante unitamente alla lotta al turismo procreativo risulta configurare obiettivo legittimamente perseguibile dal Legislatore, come confermato dalla stessa Consulta, in quanto afferente alla conservazione di elementi identitari dell'ordinamento e al contrasto a pratiche a cui, come detto, quest'ultimo riconnette un elevato disvalore sociale.

Conseguentemente, a meno che non si voglia dire che i profili in precedenza evidenziati riguardino addirittura il nucleo essenziale della dignità dei minori o degli altri diritti in precedenza menzionati[42] (ciò che, a ben vedere, non è probabilmente sostenibile), la questione viene a

[40] Non pare idonea a confutare l'idea che, rispetto alla surrogazione di maternità, venga in rilievo la dignità della gestante declinata in senso oggettivo il fatto che, rispetto a tali pratiche, emerga un profilo di tutela di soggetti vulnerabili – quali possono certamente essere determinate donne che si trovino a vivere in condizione di estremo bisogno e che vedono nell'"offerta" del proprio utero un modo per lenire tale condizione – ciò che consentirebbe di ascrivere il divieto in esame a un intervento legislativo di stampo "paternalistico" e di recuperarne in certa misura la componente "soggettiva", risultando rilevante l'effettivo stato di bisogno della singola donna. Tale affermazione è certo vera; tuttavia, la tutela di gestanti particolarmente vulnerabili sembra costituire più un corollario del divieto in oggetto che il bene giuridico direttamente tutelato dallo stesso, dal momento che se tale fosse invece la *ratio* effettiva del divieto, dovrebbe essere consentita una valutazione riferita al caso concreto – e occorrerebbe, ritengo, distinguere tra surrogazione effettuata per scopi commerciali ovvero altruistici – e la possibilità di fornire la "prova contraria", potendo diversamente risultare "irragionevole" la previsione legislativa, come condivisibilmente osservato da P. Bresciani, *Prospettive sulla legge paternalistica come categoria giuridica,* in *Giurcost.*, n. 1/2021, 246, il quale sul punto rileva che «la preclusione di fornire la prova della libertà e consapevolezza della scelta individuale eccede in maniera molto evidente lo scopo dichiarato di rimuovere gli ostacoli di fatto al pieno ed effettivo godimento dei diritti fondamentali […] e trasmoda in un aprioristico disconoscimento della volontarietà di alcune scelte soltanto perché socialmente atipiche».

[41] Così si è espresso tra gli altri ancora R. Bin, *Quanto è laica la giurisprudenza della Corte costituzionale sulle questioni eticamente sensibili?,* rinvenibile su *robertobin.it*.

[42] Se venisse in rilievo una possibile compressione del nucleo essenziale dei diritti della personalità dei minori e/o della loro dignità, il progetto legislativo dovrebbe infatti considerarsi radicalmente in contrasto con la Costituzione, in ragione del pacifico orientamento della giurisprudenza costituzionale. Sul tema della incomprimibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali cfr., tra gli altri, L. Castelli, *Alla ricerca del "limite dei limiti": il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, 454 ss.; C. Acocella, *Snodi dei percorsi di accesso alla tutela dei diritti sociali*, in *Biolaw Journal. Rivista di biodiritto*, n. 23/2019, 1 ss.; S. Barbareschi, *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e tutela dei diritti sociali condizionati. Riflessioni a partire dal diritto alla salute*, in *Biolaw Journal - Rivista di biodiritto*, n. 13/2018, 1 ss.; M. Benvenuti, *Diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2013; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2000; O. Chessa, *Brevi note sul "contenuto essenziale" (dei diritti inviolabili) come parametro del giudizio di costituzionalità*, in G. Pitruzzella, F. Teresi, G. Verde (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità. Atti del seminario di Palermo 28-29 maggio 1998*, Torino, Giappichelli, 2000, 285 ss. e Idem, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giurcost.*, 1998, 1170 ss.).

concernere la ragionevolezza e la proporzionalità della novella legislativa (osservata anche attraverso il prisma del principio di uguaglianza).

In tema, profili di criticità sembrano emergere in riferimento alla sottoposizione dell'intervento legislativo a un *test* di proporzionalità in senso stretto, considerato che il fine della tutela della dignità della gestante (in senso oggettivo) viene perseguito tramite la definizione di una disciplina destinata a produrre effetti e conseguenze molto invasivi per altri beni e/o valori, compresa, per le ragioni esposte, la dignità dei minori, con il rischio concreto che si realizzi una strumentalizzazione «della persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»[43].

A fronte di ciò, il Legislatore avrebbe potuto adottare accorgimenti volti a rendere più proporzionato il proprio intervento, subordinando ad esempio la punibilità del reato universale di surrogazione di maternità al sussistere di determinate condizioni (ad esempio il verificarsi di un "pubblico scandalo", come nel caso dell'incesto) in modo da rendere la salvaguardia della dignità dei minori recessiva solo a fronte di condotte particolarmente impattanti sui beni e sui valori che lo stesso intende tutelare, ovvero inserendo previsioni suscettibili di mitigare gli effetti impattanti sui diritti dei minori medesimi (definendo ad esempio misure utili a garantire la tutela della riservatezza di questi ultimi o che considerassero espressamente il rapporto tra il nuovo reato universale e l'esperibilità del ricorso all'adozione per casi particolari e in generale il tema della definizione dei rapporti familiari e personali del bambino) e di rendere così più "proporzionati" gli effetti del reato universale.

Alla luce di tutto quanto esposto, l'iniziativa legislativa che ha fatto, del divieto di maternità surrogata, un reato universale, mostra profili di criticità sul piano della proporzionalità/ragionevolezza – dal momento che il Legislatore avrebbe potuto probabilmente conseguire gli stessi obiettivi definendo una disciplina meno sacrificante per la dignità o altri diritti dei minori – oltre a risultare dissonante rispetto a recenti progetti politico-normativi dell'Unione europea (ai quali, non a caso, il Parlamento ha formalmente dichiarato di non voler aderire) che spinge verso il riconoscimento automatico, da parte degli Stati membri, dello *status filiationis* definito secondo le regole di uno di essi,

[43] Corte Cost., sentenza n. 33 del 2021 (cit.), § 5.7 *Cons. Dir.*, che si è espressa in tali termini in riferimento alla definizione di quadri giuridici e fattuali nei quali risulti precluso al bambino di conseguire con i genitori la «pienezza del legame di filiazione». In tema si richiamano le osservazioni di Roberto Bin, il quale rileva che «l'uso strumentale della persona per raggiungere un determinato fine» è la strada che conduce sicuramente alla violazione della dignità (così R. Bin, *op. ult. cit.*).

a prescindere dall'orientamento sessuale dei genitori e dalle modalità di concepimento del minore[44].

In questo senso, come è stato osservato, «dietro la scelta del Parlamento sembra leggersi il rifiuto di apprestare soluzioni normative ai problemi scaturiti dall'utilizzo delle nuove tecniche riproduttive, seguendo una linea politica tesa soltanto alla individuazione del nemico comune da sconfiggere»[45].

Per le riportate ragioni, l'avvenuta introduzione del reato universale di surrogazione di maternità appare quale disegno politico/normativo miope, dal momento che, come è stato condivisibilmente affermato, «una cosa è vietare e sanzionare penalmente la surrogazione, altra cosa è la regolazione della condizione giuridica dei bambini nati a seguito di surrogazione»[46], e solo un intervento che avesse preso in considerazione tutti i descritti profili avrebbe probabilmente potuto configurare l'esito di un bilanciamento ragionevole e proporzionato.

Abstract

The aim of the paper is to determine whether the Italian Parliament's initiative to make surrogacy an "universal crime" is in line with the country's constitutional legal framework, the principle of best interests of the child, and the case law from the European Court of Human Rights. The paper specifically addresses children's rights and dignity, as well as the potential effects of the proposed legislation on them.

[44] Il riferimento va, in particolare, alla proposta di Regolamento relativa «alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione» (Bruxelles, 7.12.2022 COM (2022) 695 final) presentata dalla Commissione europea nel dicembre 2022 e il cui testo è stato emendato dal Parlamento europeo con una risoluzione legislativa adottata il 14 dicembre 2023, che prevede, tra le altre cose, il principio del riconoscimento automatico, da parte degli Stati membri, di atti e decisioni, adottati in conformità all'ordinamento di uno di detti Stati, che abbiano accertato una determinata "filiazione", e sulla quale la Quarta Commissione permanente del Senato della Repubblica, nella seduta del 14 marzo 2023, ha adottato una specifica Risoluzione – costituente anche «atto di indirizzo al Governo, ai sensi dell'articolo 7 della legge n. 234 del 2012» – ponendo quale condizione essenziale all'adesione dell'ordinamento italiano alla proposta che la stessa «preveda esplicitamente la possibilità di invocare la clausola dell'ordine pubblico in via generale su tutti i casi di filiazione per maternità surrogata, a condizione di assicurare una tutela alternativa ed equivalente, quale quella del citato istituto dell'adozione in casi particolari, e che ciò valga esplicitamente anche con riguardo al certificato europeo di filiazione».

[45] Così G. Luccioli, *Surrogazione di maternità come "reato universale"*, cit., la quale ha altresì aggiunto che «una scelta siffatta non solo esprime indifferenza rispetto al dovere di rispondere ad una esigenza sociale che ha a che fare con i diritti fondamentali delle persone, e soprattutto dei bambini, ma segna una grave frattura tra le istituzioni, per il mancato rispetto delle decisioni e delle sollecitazioni della Corte Costituzionale, che è organo di garanzia dei diritti, e per la mancata volontà di assumere la responsabilità di completare il sistema di tutele del quale detta Corte ha segnalato le carenze, affrontando finalmente la disciplina della maternità surrogata non da un solo lato di visione, ma in tutta la sua complessità ed in tutte le sue implicazioni».

[46] Ancora A. Alberti, *La vita nella Costituzione*, cit., 210.

V.20. *Luci e ombre del reato di maternità surrogata*

di Claudio Ragusa*

Sommario: § 1. – Le proposte di legge sulla maternità surrogata. § 1.1. – Le proposte di legge presentate nella corrente legislatura. § 2. – Il principio della territorialità nel sistema penale italiano e le sue eccezioni. § 2.1. – L'applicazione della legge penale al "crimine" di maternità surrogata commessa fuori dai confini nazionali. § 3. – La tutela dei neo-nati da maternità surrogata. § 4. – Considerazioni conclusive.

§ 1. – *Le proposte di legge sulla maternità surrogata*

Con l'inizio della XIX legislatura il Parlamento è tornato ad occuparsi dell'annosa questione del divieto di maternità surrogata o gestazione per altri previsto nel nostro Ordinamento dalla legge n. 40/2004 art. 12[1].

Come è noto le moderne tecniche di fecondazione medicalmente assistita hanno incrementato la possibilità specialmente, ma non esclusivamente[2], per le coppie omosessuali conviventi o unite civilmente, di

* Università degli Studi di Palermo.

[1] Per un approfondimento si veda *ex pluribus* F. Angelini, *Profili costituzionale della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione salute dignità*, Milano-Udine, Mimesis, 2020; B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017; A. Stefano, G. D'Amico, L. D'Andrea (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, ESI, 2016; E. Camassa, C. Casonato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2005; G. Mingardo, *Approdi e partenze: lo stato della gestazione per altri e la prospettiva futura*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021; M. D'amico, *Il" reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento,* in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 4/2023; F. Angelini, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. Disc. Pubbl., Aggiornamento*, Torino, Utet, 2015, 340 ss.; C. Tripodina, *Il diritto a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica tra legislatore, giudici e Corte*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 67 ss.; C. Masciotta, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in *federalismi.it,* n. 22/2021, 170 ss. M. Caldironi, *Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto,* n. 2/2022, 317 ss.

[2] La prassi mette in evidenza che ricorrono alla maternità surrogata non solo le coppie omoaffettive, composte da due uomini o da due donne ma, anche, le coppie eterosessuali di cui uno dei due soggetti soffra di infertilità, ovvero, l'uomo o la donna single che voglia diventare padre o madre senza avere un coinvolgimento con una donna o con un uomo, oppure, la donna che non vuole vedere modificato il proprio fisico a seguito della gravidanza.

poter soddisfare il loro desiderio di genitorialità non altrimenti fisiologicamente realizzabile, definito da alcuni esponenti del mondo politico come egoistico e narcisistico, mediante il ricorso alla tecnica della maternità surrogata.

In realtà, quando si declina il concetto di surrogazione di maternità lo si deve fare al plurale stante le due differenti tecniche metodologiche utilizzate. Una prima tecnica, che potremmo definire di 'gestazione' o di 'concepimento', prevede la possibilità per la madre *in pectore* di demandare ad un'altra donna sia la produzione dell'ovocita, sia la gestazione. Una seconda tecnica, definita "surrogazione di utero", o atecnicamente "utero in affitto", comporta che l'aspirante madre produca l'ovocita il quale, una volta pronto, potrà essere fecondato dallo spermatozoo del compagno o del marito per poi essere asportato ed impiantato nell'utero di un'altra donna, la quale fungerà solamente da gestante.

In entrambi i casi la surrogazione di maternità è vista con sfavore dal nostro legislatore, il quale con l'art. 12 della legge n. 40/2004 ha voluto configurare e punire diverse condotte, tra cui quelle di coloro che utilizzano gameti di soggetti estranei alla coppia[3]; quelle che realizzano, organizzano e pubblicizzano la commercializzazione di gameti o embrioni, o la surrogazione di maternità[4]; quelle che applicano tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie in cui un componente non sia vivente ovvero sia minorenne o che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi[5]. Dunque, dal punto di vista dei soggetti attivi del reato non vi è dubbio che la legge in commento intenda perseguire tutti i soggetti estranei alla coppia – quali medici, strutture sanitarie, società di intermediazione – che concretamente realizzano, organizzano e pubblicizzano tali pratiche. Se da un lato, il legislatore ha voluto espressamente escludere dall'incriminazione la donna e l'uomo a cui sono applicate le tecniche di procreazione medicalmente assistita, dall'altro lato, invece, ha ritenuto di non volerla estendere agli stessi soggetti nei casi di maternità surrogata[6].

In altri termini, per il nostro ordinamento sono perseguibili penalmente non soltanto i genitori committenti ma, anche, i soggetti a cui si applica la tecnica della maternità surrogata a condizione, però, che la condotta illecita sia realizzata all'interno dello stato italiano, non

[3] Art. 12, comma 1, l. n. 40/2004.
[4] Art. 12, commi 6 e 7, l. n. 40/2004.
[5] Art. 12, comma 2, l. n. 40/2004.
[6] Art. 12, comma 8, l. n. 40/2004. Non può sottacersi il fatto che, nonostante la legge in commento sia stata oggetto di numerose novelle nel corso degli anni, i legislatori che si sono susseguiti nel tempo, sia di centro destra che di centro sinistra, non hanno mai sentito l'esigenza di rivedere *in melius* o addirittura di abrogare il divieto assoluto di maternità surrogata.

potendo essere perseguite quelle tenute all'estero da parte di cittadini italiani.

Sul punto è concorde anche la Suprema Corte la quale, con orientamento consolidato, ritiene non applicabile la legge penale italiana, ed in questo caso l'art. 12 della legge *de qua*, quando l'azione o l'omissione non si sia realizzata in tutto o in parte nel territorio italiano «nel senso che è necessario che la parte di condotta commessa in Italia sia comunque significativa e collegabile in modo chiaro ed univoco alla parte restante realizzata in territorio estero, ma tale connotazione non può essere riconosciuta ad un generico proposito privo di concretezza e specificità, di commettere all'estero fatti delittuosi, anche se poi ivi integralmente realizzati»[7]. Tutto ciò in coerenza con quanto previsto dall'art. 6, comma 2, c.p. secondo cui il reato è commesso nel territorio italiano ogni qual volta l'azione o l'omissione che lo costituisce è avvenuta in tutto o in parte in Italia, ovvero se l'evento, conseguenza dell'azione o omissione, si è ivi verificato.

Il citato comma, nello specificare il *locus commissi delicti,* accogliendo il principio dell'ubiquità, fa sì che il giudice italiano è competente a conoscere del reato commesso all'estero in due casi: il primo si ha quado l'azione o l'omissione che costituisce il reato sia avvenuta in tutto o in parte nel territorio italiano; mentre il secondo caso si ha quando si è verificato in Italia l'evento che è la conseguenza dell'azione o dell'omissione.

Chiarisce la Corte di Cassazione che il reato si considera commesso anche quando sia stata realizzata anche in parte, purché questo piccolo frammento di condotta sia preordinato, con valutazione *ex post*, al raggiungimento dell'obiettivo criminoso[8]; mentre non rileva il mero e generico proposito di commettere all'estero il delitto, in quanto mancante di concretezza e specificità, anche se poi lì è stato integralmente realizzato sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo[9].

[7] Cfr. Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 10 febbraio 2021, n. 5198; orientamento confermato anche dalle Sezioni Unite civili con la sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162. Ivi la Suprema Corte precisa che «La surrogazione di maternità all'estero in conformità della legge ivi vigente da parte dei cittadini italiani non può essere ricondotta all'illecito penale di cui al citato articolo 12, comma 6. La norma incriminatrice non intercetta le condotte commesse fuori dal territorio dello Stato, essendo il fatto tipico di surrogazione di maternità contrassegnato da un forte radicamento nel territorio nazionale». In senso adesivo si veda: Cass. pen., sez. VI, sentenza 21 settembre 2017, n. 56953; Cass. Pen. sez. III, sentenza del 2 marzo 2017, n. 35165; Cass. pen., sez. V, sentenza 5 aprile 2016, n. 13525. Per un approfondimento sulla pronuncia delle SS.UU. si rimanda *ex multis* a F. Ferrari, «*La giurisprudenza non è fonte del diritto» nota a SS.UU.n.38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore*, in *federalismi.it*, n. 6/2023; G. Mingardo, *Le sezioni Unite si pronunciano nuovamente sulla gestazione per altri: è stato detto davvero tutto?*, in *Nomos*, n. 1/2023.

[8] Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 27 settembre 2004, n. 38019.

[9] Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 10 gennaio 2008, n. 1180.

Parimenti, si considera commesso in Italia il reato la cui condotta di realizzazione sia iniziata all'estero e proseguita nel territorio italiano[10].

L'impossibilità di far rientrare all'interno dell'alveo penalistico la maternità surrogata posta in essere all'estero da parte dei cittadini italiani ha spinto l'attuale maggioranza di governo a presentare alla Camera, a firma dell'On. Carolina Varchi, il progetto di legge C. 887[11] con l'obiettivo di allargare la portata normativa dell'art. 12 della legge *de qua*, così da far assurgere la maternità surrogata a "reato universale". Il che, come si vedrà nel corso della trattazione, pone notevoli problematicità sia sul versante teorico sia su quello applicativo[12].

Tale scelta legislativa non può dirsi certamente innovativa per il fatto che già nella scorsa legislatura le minoranze di centro destra avevano presentato sulla questione ben tre proposte di legge, pressoché identiche, di cui due alla Camera dei deputati ed una al Senato della Repubblica[13].

Tutte queste iniziative legislative hanno un minimo comun denominatore che è quello, per un verso, di contrastare il c.d. "turismo procreativo", bloccando *ab origine* la possibilità per le coppie che non possono avere figli di avvalersi della tecnica della maternità surrogata in quegli stati esteri, europei o extraeuropei, in cui tale pratica è ammessa, per un altro verso, di preservare e garantire la dignità della donna ed in particolare di quelle donne che commercializzano il proprio corpo perché si trovano in uno stato di bisogno economico e che vedono nella gestazione per altri un modo "facile" di fare soldi e "sbarcare il lunario"[14].

[10] Cfr. Corte di Cassazione, sez. II, sentenza 23 ottobre 1973.

[11] Il progetto di legge C.887 è stato approvato dalla Camera dei Deputati il 26 luglio 2023 e trasmesso al Senato il giorno successivo. In senato il d.d.l. A.S. 824 è stato approvato senza modificazioni ed in via definitiva il 16 ottobre 2024.

[12] Per completezza va precisato che nell'attuale XIX legislatura, oltre alla proposta Varchi sono stati presentati altre due proposte riguardanti l'ampliamento dell'art. 12 della l. n. 40/2004, una a firma dell'attuale On. Stefano Candiani e altri, la C.342, il quale ha riproposto, questa volta alla Camera dei deputati, il disegno di legge presentato il 16 aprile 2018 al Senato, l'altra a firma dell'On. Maurizio Lupi e altri, la C.1026.

[13] Si fa riferimento alla proposta di legge C.306, a firma dell'On. Giorgia Meloni e altri, presentata il 23 marzo 2018, alla proposta C.2599, a firma dell'On. Mara Carfagna e altri, presentata il 20 luglio 2020, infine, al d.d.l. S.280, a firma dell'On. Stefano Candiani e altri, presentato il 16 aprile 2018. Nella XVII legislatura è presente un'altra proposta di legge, di matrice questa volta di centro sinistra, la C.3684 presentata dall'On. Gian Luigi Gigli e altri il 18 marzo del 2016. Per un approfondimento dei testi legislativi delle si rimanda a *www.cameradeideputati/attiparlamentari.it*; per il testo del Senatore Candiani si rimanda a *www.senato.it/atti della XVIII legislatura/DDLn.280*.

[14] Oltre all'aspetto commerciale, alla cui base vi è un contratto che può essere tanto a titolo oneroso, quanto a titolo gratuito, va ricordato che le madri naturali non godono di alcun diritto sul figlio, così come i bambini appena nati, una volta consegnati ai genitori, potrebbero non conoscere mai la madre naturale né sapere chi essa sia, e ciò a seconda della discrezionalità e della sensibilità dei neogenitori.

Se è vero che il *fil rouge* che lega i disegni di legge è quello di voler risolvere le problematicità appena espresse nonché far cessare il *business* che vi è dietro, è altrettanto vero che l'approccio metodologico utilizzato nei disegni di legge presentati in Parlamento, nell'attuale e precedente legislatura, appare disomogeneo e, secondo chi scrive, concretamente inapplicabile oltreché debole dal punto di vista della tecnica legislativa.

Scendendo più nel dettaglio, la prima proposta di legge che ha cercato di introdurre il c.d. "Reato Universale di maternità surrogata" si è avuta nella XVII legislatura a firma dell'On. Gigli e altri[15], con l'obiettivo di porre rimedio all'assenza nell'art. 12 della legge in commento di una sanzione che punisse i cittadini italiani che, consci dell'illegalità della pratica nel territorio italiano, si recassero all'estero, per eludere il divieto.

In particolare, la proposta Gigli, oltre ad estendere *ratione loci* il divieto già contenuto nel calendato articolo, precisa ulteriormente che il nuovo reato «costituisce disposizione speciale ai sensi dell'art. 7, numero 5) del Codice penale»[16]. Infatti, secondo l'art. 7 c.p., rubricato "dei reati commessi all'estero", vi è la possibilità di punire in modo assoluto con la legge italiana alcuni reati commessi nel territorio di un altro Stato da parte sia dei cittadini italiani che degli stranieri. Rileva, in particolare, il punto n. 5 dell'art. 7 c.p., che potremmo definire come una disposizione aperta nella quale il legislatore può a sua discrezione e, dunque, mediante ricorso ad una legge ordinaria formale di carattere speciale punire condotte ritenute universalmente illecite. In altri termini, il reato di maternità surrogata sarebbe così esecrabile da rientrare tra i *delicta iuris gentium* al pari del genocidio e delle discriminazioni razziali.

Alla proposta Gigli è seguita la proposta Meloni[17], la quale, sebbene anch'essa richiami l'articolo 7 n. 5 del codice penale ed estenda la punibilità sia ai cittadini che agli stranieri, si differenzia per la semplicità della strutturazione dell'articolo, il quale si limita ad aggiungere al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, infine il seguente periodo «le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero».». Alla luce di ciò il cittadino o lo straniero che avesse deciso di recarsi all'estero per ricorrere alla surrogazione di maternità sarebbe punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

[15] V. A.C. 3684 del 18 marzo 2016.

[16] «1. I fatti previsti dal comma 6 dell'art. 12, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 limitatatene alla fattispecie di surrogazione di maternità, sono puniti anche quando commessi all'estero dal cittadino italiano. 2. Il comma 1 del presente articolo costituisce disposizione speciale ai sensi dell'art. 7, numero 5 del Codice penale».

[17] V. A.C. 306 del 23 marzo 2018.

Più nello specifico dalla relazione dell'On. Meloni emerge chiaramente che alla base di tale scelta legislativa vi è da un lato la volontà di fermare la pratica di surrogazione di maternità e lo sfruttamento e la commercializzazione di bambini, dall'altro lato la necessità impellente di dare ausilio ai Tribunali, i quali non possono esser lasciati soli dinanzi al crescente numero di processi pendenti per alterazione dello stato civile *ex* art. 567 c.p. – a seguito delle richieste di trascrizioni dell'atto di nascita da parte di uno dei genitori del figlio nato da surrogazione – unico strumento per colpire la maternità surrogata commessa all'estero.

Dello stesso tenore testuale e concettuale è la proposta dell'On. Carfagna[18], la quale altro non è che una ripetizione di quella Meloni con la sola differenza riguardante i soggetti attivi del reato che, in quest'ultimo caso, sono solamente i cittadini italiani e non anche gli stranieri.

§ 1.1. – *Le proposte di legge presentate nella corrente legislatura*

A pochi mesi dall'inizio dell'attuale legislatura sono state presentate in Parlamento ben cinque proposte di legge riguardanti il reato di maternità surrogata commesso all'estero da cittadini italiani. *Nihil novi,* dal momento che l'attuale maggioranza di governo aveva incentrato la propria campagna elettorale anche sul rafforzamento del divieto di tale pratica. Orientamento condiviso anche dai partiti centristi di matrice cattolica che hanno sempre ritenuto eticamente inaccettabile il ricorso alla maternità surrogata, come pratica che svilisce e sfrutta le donne.

Tra tutte le proposte presentate tre meritano di essere esaminate con attenzione, in particolare la proposta Candiani[19], quella Lupi[20] e quella Varchi[21]. Quest'ultima ha assorbito le prime due ed il 16 ottobre 2024, con voto favorevole del Senato, è divenuta definitivamente legge dello stato.

Si consenta, preliminarmente, di osservare che anche queste tre proposte, così come quelle precedenti, nascono con un "peccato originale", *id est* non affrontano in modo coraggioso e sistematico la non facile questione della surrogazione di maternità. In altre parole, ogni qual volta il Parlamento si occupi di questioni di carattere etico, sociologico ed antropologico, non riesce quasi mai a centrare il segno essendo mosso esclusivamente da partigianerie ideologiche-consensualistiche,

[18] V. A.C. 2599 del 20 luglio 2020.
[19] V. A.C. 342 del 18 ottobre 2022.
[20] V. A.C. 1026 del 21 marzo 2023.
[21] V. A.C. 887 del 15 febbraio 2023.

miranti a non perdere il *favor* elettorale. Ciò comporta che vengono varate leggi inefficaci, non chiare e mal scritte, costituzionalmente illegittime, lascianti eccessivi margini di interpretazione[22]. In definitiva, che non risolvono le questioni per le quali è stato chiesto l'intervento legislativo.

I tre citati disegni di legge, sebbene presentino degli elementi di differenziazione, si assestano tutti sul solco tracciato dalle precedenti proposte presentate nelle scorse legislature e non approvate, senza per il vero apportare alcun elemento di novità.

Esse hanno come unico intento quello di prevedere un "reato" davvero poco "universale" senza però affrontare aspetti rilevanti, *in primis* quello definitorio.

Va innanzitutto notato che le tre proposte presentano delle tecniche legislative differenti. Quelle di Candiani e Lupi riguardano solamente l'estensione del divieto di maternità surrogata[23] mentre, la proposta Varchi, al contrario, allarga il campo intendendo sottoporre al giudice interno le condotte compiute dal cittadino italiano[24] in territorio estero, riguardanti i delitti di commercializzazione di gameti o di surrogazione di maternità.

Più precisamente, si interviene sulla fattispecie penale prevista dall'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 – che come è noto punisce con la reclusione da 3 mesi a 2 anni e con la multa da 600.000 euro a un milione di euro «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità» – aggiungendovi un periodo nel quale si stabilisce che se la realizzazione, l'organizzazione, o la pubblicizzazione, la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana.

Sullo stesso versante si aggiunga inoltre che, mentre, la proposta Candiani intendeva intervenire sul comma 6 dell'art. 12 introducendo

[22] Come osserva C. Dell'Acqua, *Sula Crisi del Parlamento*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1996, 9 «la fabbrica delle leggi, infatti, lavora a ciclo continuo producendo norme del tutto prive di un effettiva programmazione funzionale e materiale». In argomento si veda *ex multis* M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, Laterza, 2010; G. Amato, *Ricordi in tema di legislazione*, in R. Zaccaria (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, Camera dei deputati, 2012; P. Cappello, *La crisi della legge e certezza del diritto*, in *www.tecnichenormative.it*, 2015.

[23] Secondo le proposte Candiani e Lupi soggetti attivi del reato potevano essere solamente i cittadini italiani e non anche quelli stranieri.

[24] Come emerge dal Dossier del Centro Studi, predisposto dal Dipartimento Giustizia della Camera dei deputati, originariamente la proposta di legge prevedeva che i due reati fossero perseguibili in Italia non solo se commessi dal cittadino italiano ma, anche, se commessi all'estero dallo straniero. Nel corso dell'esame in sede referente il testo è stato emendato circoscrivendo la rilevanza penale alle condotte poste in essere, fuori dal territorio nazionale, unicamente dal cittadino italiano. Per un approfondimento cfr. *https://documenti.camera.it/leg19/dossier/Pdf/gi0015.pdf.*

un nuovo e distinto comma il 6-bis; quelle Lupi e Varchi hanno integrato la disposizione *de qua* con l'aggiunta di un nuovo periodo.

Anche dal punto di vista teleologico le tre proposte presentano degli elementi di differenziazione ricavabili dalle loro relazioni introduttive. Con «l'esplicito divieto» della proposta Candiani si vuole «ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come un vero e proprio traffico commerciale di bambini» derivante dall'accesso alla pratica della maternità surrogata nei paesi in cui è consentita.

La proposta Lupi, invece, parte dall'assunto che l'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 «non fornisce tutela ai soggetti coinvolti qualora tali atti siano compiuti all'estero».

Infine, la proposta Varchi, richiamando la finalità della proposta Meloni, si prefigge l'obiettivo di non lasciare «i tribunali soli davanti alle problematiche che sempre più spesso si stanno determinando a causa del ricorso da parte dei cittadini italiani a pratiche di surrogazione di maternità effettuate all'estero».

§ 2. – *Il principio della territorialità nel sistema penale italiano e le sue eccezioni*

Il territorio dello Stato costituisce in linea generale il *limen* spaziale entro il quale opera l'efficacia della legge. Nel caso della legge penale ciò è esplicitamente previsto sia dall' art. 3 c.p., secondo cui «la legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovino nel territorio dello Stato, salve eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno e dal diritto internazionale», sia dall'art. 6, comma 1, c.p., che dispone: «chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana»[25]. Entrambi gli articoli traducono codicisticamente il principio di territorialità adottato, quale criterio guida per la definizione del campo di applicazione della legge penale italiana[26]. Criterio, questo, che si fonda sul presupposto, comune a tutti gli ordinamenti, che lo Stato è l'unico soggetto deputato a disciplinare

[25] Per un approfondimento sul principio della territorialità si veda *ex multis* A. Pagliaro, *Principi di Diritto Penale, Parte generale,* Milano, Giuffrè, 2020, 160; R.A. Frosali, *Territorialità della legge penale*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, Utet, 1973, 187; M. Trapani, *Legge penale (limiti spaziali)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XVIII, 1990, 1; R. Garofoli, *Manuale di Diritto penale, parte generale*, IX ed., Roma, Nel Diritto, 2013, 343.

[26] Va precisato che secondo A. Pagliaro, *ult. op. cit.*, 160-161, la sovrapposizione dell'art. 3, comma 1, c.p. con l'art. 6 c.p. renderebbe il primo superfluo tranne che nella parte in cui prevede le eccezioni al principio di obbligatorietà della legge penale costituite delle immunità di volta in volta stabilite o dal legislatore o dal diritto internazionale sia convenzionale che consuetudinario. In senso adesivo cfr. G. Musotto, *Corso di Diritto Penale generale,* Palermo, Palumbo, 1981, 64.

qualsiasi fatto ricadente all'interno della porzione di terra in cui esercita la propria sovranità.

Pur tuttavia, l'interesse a proteggere il proprio ordinamento da determinati delitti di particolare gravità può spingere lo Stato a travalicare la propria territorialità e perseguire anche fatti che, sebbene non commessi al suo interno, altrimenti rimarrebbero impuniti[27]. Per questa ragione, il codice penale prevede alcune eccezioni al principio della territorialità, le quali da un lato sono connesse al principio di difesa o della personalità passiva (come nel caso degli artt. 7, 8, 10, comma 1, c.p., in forza del quale il legislatore italiano interverrebbe per proteggere i propri interessi ed i propri beni giuridici ovunque si trovino), dall'altro lato al principio della personalità attiva o dell'universalità (come nel caso dell'art. 9 c.p.)[28].

Queste eccezioni, come può ben comprendersi, non sono strettamente legate alla validità della legge penale nell'ambito spaziale, piuttosto servono ad estendere o restringere la sfera della punibilità sulla base di precise esigenze anche dettate dalla collaborazione tra gli Stati.

Appare opportuno in questa sede dar conto delle diverse eccezioni che l'ordinamento italiano prevede al principio della territorialità per poi soffermarsi sul perché il reato di maternità surrogata mal potrebbe trovare fondamento nei predetti articoli.

La prima norma derogatoria che stabilisce l'applicazione incondizionata ed assoluta della legge penale italiana è costituita dall'art. 7 c.p., la quale prevede un ventaglio di cinque fattispecie che, come si vedrà a breve, rispondono a principi differenti[29]: la difesa dello Stato

[27] Cfr. G. Contento, *Corso di diritto penale*, Bari, Laterza, 1996, 137.

[28] Secondo l'art. 9 «Il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato. 2. Se si tratta di delitto per il quale è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia, ovvero a istanza o a querela della persona offesa. 3. Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, qualora si tratti di delitto commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia, sempre che l'estradizione di lui non sia stata conceduta, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto. 4. Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa non sono necessarie per i delitti previsti dagli articoli 320, 321, 346-bis, 648 e 648-ter.1». Con riferimento a questa suddivisione teorica-concettuale la dottrina appare divisa. Secondo A. Pagliaro, *Legge penale nello spazio*, in *Enc. del Dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 1053, l'articolo 9 c.p. risponderebbe al principio della personalità attiva, e non anche a quella passiva, dal momento che la legge italiana si applica sulla base della nazionalità al soggetto attivo del reato. Di contrario avviso F. Mantovani, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, Milano, Wolters & Kluwer, 2023, 888 ss., il quale sostiene che l'articolo 9 non risponderebbe ad un principio unitario ma varierebbe a seconda che il delitto commesso all'estero sia ai danni dello Stato italiano o del cittadino italiano o dello stato straniero e del cittadino straniero. Nel primo caso risponderà al principio di difesa, mentre nel secondo caso ci troveremo innanzi al principio dell'universalità.

[29] L'articolo 7 c.p. dispone che è «punito con la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette i seguenti reati: 1) Delitti contro la personalità dello Stato italiano; 2) delit-

italiano (ricavabile dai nn. 1-4) che ovviamente non può subire limiti e condizioni[30], e il principio di universalità (di cui al n. 5)[31], volto a punire i *crimina juris gentium*, nonché i reati legati a ragioni di opportunità[32].

L'art. 8 c.p., risponde anch'esso al principio di difesa e costituisce, come è stato osservato in dottrina, una specie di norma di chiusura dell'art. 7 anche se in forma meno intensa rispetto a quest'ultimo essendo necessaria una condizione di procedibilità o ad opera del Ministro della Giustizia – al quale è rimessa una valutazione di tipo politico circa la gravità della lesione nonché il maggiore o minore danno "politico", o a querela della persona offesa[33].

Dalla lettera della norma emerge chiaramente che per delitto politico deve intendersi solamente quello che offende lo Stato Sovrano ed i suoi cittadini e quindi il nostro ordinamento giuridico. Secondo la dottrina, la formulazione eccessivamente ampia del terzo comma dell'art. 8 c.p.[34], creerebbe due sottoinsiemi di delitti politici: un primo da intendere in senso oggettivo rilevando la natura del bene giuridico leso e l'interesse leso[35]; un secondo sottoinsieme da intendere in senso sog-

ti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto; 3) delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni; 4) ogni altro reato per il quale speciali disposizione di legge (es: art. 501, 537, 591, 604, 642) o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicazione della legge penale italiana».

[30] Cfr. *Codice penale, Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli* (Rocco). Presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930 - VIII per l'approvazione del Codice penale, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1930, 15.

[31] Più precisamente il n. 5 dell'art. 7 è una norma di chiusura che risponde sia al principio di difesa dello Stato, inerentemente a casi particolarmente gravi come, ad esempio, la fattispecie di cui all'art. 501 c.p. «rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio» o nel caso dell'art. 537 c.p. «tratta di donne e minori commessa all'estero» o ancora nel caso della previsione di cui all'art. 591 c.p. «abbandono di persone minori o incapaci».

[32] Come all'art. 22, comma 1, del Trattato Lateranense tra L'Italia e la Santa Sede del 1929 «A richiesta della Santa Sede e per delegazione che potrà essere data dalla medesima o nei singoli casi o in modo permanente, l'Italia provvederà nel suo territorio alla punizione dei delitti che venissero commessi nella Città del Vaticano, salvo quando l'autore del delitto si sia rifugiato nel territorio italiano, nel qual caso si procederà senz'altro contro di lui a norma delle leggi italiane». Tra i *delicta iuris gentium* rientrano, ad esempio, lo sfruttamento della prostituzione, previsto dalla Convenzione del 2 dicembre 1949 recepita con la l. 23 novembre 1966 n. 1137; la riduzione in schiavitù, prevista dalla Convenzione di Ginevra del 17 aprile 1956, ratificata con l. 20 dicembre 1957 n. 1304; il genocidio, previsto dalla Convenzione di Ginevra del 9 dicembre 1948 e resa esecutiva dalla l. 9 ottobre 1967 n. 962.

[33] Cfr. P Scognamiglio, *Commento all'art. 8 c.p.*, in L. Cianfardini, G. Iannarone, F. Lignola, V. Martino, P., Scognamiglio (a cura di), *Codice penale operativo*, IX ed., Napoli, Simone, 2013, 71; si veda inoltre M. Del Tufo, *Delitto politico*, in *En. Giur. Treccani*, Roma, X, 1998, 1; A. Pagliaro, *La nozione del reato politico agli effetti dell'estradizione*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 1983, 808.

[34] Il legislatore ha fornito al comma tre, dell'art. 8 c.p. la definizione di delitto politico, secondo cui: «Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato in tutto in parte, da motivi politici».

[35] Cfr. G Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, VIII ed., Bologna, Zanichelli, 112.

gettivo legato all'elemento volontaristico, *id est* la motivazione psicologica (di carattere politico) che spinge l'autore del reato a commetterlo[36]

A sua volta, anche l'art. 10, comma 1, c.p. risponde al principio di difesa disponendo che: «lo straniero, che, fuori dai casi indicati negli articoli 7 e 8, commette in territorio estero, a danno dello Stato o di un cittadino, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato, e vi sia richiesta del Ministro della giustizia ovvero istanza o querela della persona offesa»[37].

Infine, l'ultima deroga rispetto al principio della territorialità della legge penale è prevista dall'art. 9 c.p., il quale afferma al primo comma che il cittadino italiano che, fuori dai casi previsti dagli articoli 7 e 8 c.p., commetta all'estero un delitto per il quale la legge italiana preveda la pena dell'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio italiano; se si tratta di delitto per il quale è prevista una pena di durata inferiore, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia, ovvero a istanza o querela della persona offesa. Ed al terzo comma, viene infine contemplata l'ipotesi che il delitto sia stato commesso ai danni dell'Unione europea o di un Paese estero ovvero a danno di un cittadino estero a condizione che il Ministro della Giustizia ne abbia fatto richiesta di estradizione (allo stato estero) e questa non sia stata concessa o non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il fatto.

Dunque, la procedibilità del delitto comune commesso dal nostro cittadino all'estero[38] è sottoposta a tre condizioni. La prima è costituita dalla presenza del reo nel territorio dello stato; la seconda dall'impulso propulsivo del Ministro della Giustizia o della persona offesa dal reato; la terza dalla mancata estradizione dell'autore del reato[39].

---

[36] Secondo la Giurisprudenza, l'elemento volontaristico entra in gioco ogni qual volta l'autore del reato ha agito per perseguire scopi che investono la collettività ed incidono sull'esistenza ed il funzionamento dello Stato, minando la sua sovranità.

[37] Di contrario avviso G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale,* Milano, Giuffrè, 2009, 108 secondo cui l'articolo in commento non risponderebbe al principio di difesa dello stato ma a quello di universalità, dal momento che il legislatore ha previsto una mitigazione nel più elevato limite edittale richiesto dalla disposizione. In atri termini in un'ottica universalistica l'articolo 10 stabilisce i limiti di punibilità e di procedibilità del reato comune commesso dallo straniero all'estero, restando esclusi tutti quei delitti puniti con la reclusione inferiore a un anno, ovvero a tre anni, nel caso del comma secondo, o quelli per cui trova applicazione la multa. Cfr. S. Aprile, *Commento all'art. 10 c.p.*, in E. Dolcini, G. Marinucci, *Codice penale commentato*, vol. I, II ed., Milano, Ipsoa, 2006, 170-171.

[38] Cfr. S. Aprile, *Commento all'art. 9 c.p.*, in E. Dolcini, G. Marinucci, *Codice penale commentato*, cit., 163.

[39] Secondo F. Bricola, *Punibilità (condizioni obbiettive di)*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. XIV, Torino, Utet, 1967, 601, la presenza dell'autore del reato non andrebbe considerata

§ 2.1. – *L'applicazione della legge penale al "crimine" di maternità surrogata commessa fuori dai confini nazionali*

Come si è avuto modo di dire in precedenza la previsione di deroghe al principio della territorialità risponde all'esigenza dello Stato di punire *extra limes* crimini di particolare gravità e disvalore che mettono in pericolo tanto i suoi beni, quanto i suoi interessi. Nel caso della maternità surrogata, tuttavia, sebbene essa secondo alcuni porti con sé un disvalore sociale ed etico, non sembra che vengano messi in pericolo interessi vitali dello Stato (soggetto passivo del reato) né risultino offesi valori universalmente riconosciuti, come quelli associati al terrorismo internazionale, al genocidio, alla tratta di essere umani, al traffico di stupefacenti.

In tale quadro, se è vero che il reato di maternità surrogata non rientra tra i *crimina juris gentium*, non essendo riconosciuto universalmente come tale dalla comunità internazionale, è altrettanto vero che l'attuale disposizione normativa non può trovare il proprio fondamento giuridico nell'ottica dell'art. 7, n. 5, c.p.

Infatti, condizione necessaria ed imprescindibile affinché la legge italiana possa trovare applicazione all'estero *ex* art. 7, n. 5. è che la condotta della coppia che si reca all'estero per procedere alla surrogazione di maternità sia riconosciuta criminosa anche a livello sovrannazionale dal momento che il principio di universalità è volto ad esprime la solidarietà tra gli Stati la cui tutela è ovunque riconosciuta di interesse comune[40]. Tanto più le pene previste per la tipologia di reati di cui all'art. 7 c.p. sono particolarmente alte mentre nel caso del reato "universale di maternità surrogata" il legislatore non ha provveduto a revisionare *in peius* il trattamento sanzionatorio mantenendolo inalterato[41].

Più complesso ed articolato è il discorso che deve farsi intorno all'art. 9 c.p. il quale costituisce il riferimento naturale per punire i casi di maternità surrogata commessi all'estero da parte dei cittadini italiani. Dalla lettura combinata dei suoi primi due commi non vi è chi non veda come il legislatore abbia inteso punire, fuori dalle fattispecie di cui agli articoli 7 e 8, il cittadino italiano che commetta un delitto per il quale la legge preveda tre tipologie (graduali) di pene: l'ergastolo, la reclusione dai tre anni in su ed in fine la reclusione inferiore a tre anni.

come condizione di procedibilità, ma, piuttosto come una condizione di punibilità in senso sostanziale, il cui difetto determinerebbe l'assoluzione nel merito.

[40] Cfr. M. Palissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) E 306 (Meloni), Camera dei deputati*, in *Sistemapenale.it*, 2021, 8.

[41] L'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004 prevede la pena della reclusione che va da un minimo di tre mesi ad un massimo di tre anni. Sanzione che potremmo definire molto bassa rispetto a quelle previste per tipologie di reati particolarmente esecrabili quali il traffico di organi, il terrorismo, la tratta di esseri umani etc.

Nelle prime due ipotesi l'unica condizione richiesta dalla legge è la presenza del reo all'interno del territorio nazionale, mentre nella terza – che trova applicazione per il reato di maternità surrogata in forza del comma 6, dell'art. 12 della legge n. 40/2004 – la *condicio sine qua non* è la presenza di una condizione di procedibilità costituita esclusivamente dalla richiesta del Ministro della Giustizia[42]. In altri termini, il nostro legislatore prevede la possibilità di perseguire la condotta dei cittadini che realizzano la surrogazione all'estero a condizione che vi sia un atto di impulso da parte del Ministro della Giustizia e che anche solo una parte dell'azione non sia avvenuta in Italia ai sensi dell'art. 6, comma 2, c.p.[43]. Per queste ragioni, non si comprende dove sia il vuoto normativo che il Parlamento intende colmare con l'attuale legge e la motivazione giuridica sottesa[44].

Non v'è dubbio, però, che ai fini dell'applicazione concreta dell'art. 9, comma 2, un interrogativo rilevante e problematico, specialmente sul piano ermeneutico, riguarda la necessità o meno della doppia incriminazione; vale a dire se il fatto di reato debba costituire un illecito non soltanto nel nostro ordinamento ma anche nello Stato estero in cui l'azione si realizza.

Tale questione non è per nulla pacifica né in dottrina né in giurisprudenza. Secondo una parte della dottrina il principio della c.d. doppia incriminazione, esplicitamente prevista al terzo comma dell'art. 9 – in relazione ai delitti commessi ai danni dell'Unione europea o di uno stato estero a condizione che la domanda di estradizione non sia stata concessa o accettata da parte dello stato nel cui territorio è stato commesso il delitto – andrebbe esteso a tutti i casi contemplati dagli articoli 9 e 10 sulla base dell'analogia esistente tra gli istituti considerati[45].

Secondo altri autori, invece, detto principio, espresso già nei lavori preparatori al codice penale e di procedura penale, nel quale si affer-

[42] Deve escludersi, a mio parere, la possibile applicazione delle altre due condizioni di procedibilità (istanza e querela della persona offesa) in quanto, da un lato, l'art. 12 della legge *de qua* non le prevede espressamente, dall'altro lato perché l'operare delle condizioni di procedibilità dipende dalla tipologia e dall'offensività del reato. Sottolinea S. Aprile, *Commento all'art. 9 c.p.* in *Codice penale commentato*, tomo I, V ed., fondato da E. Dolcini e G. Marinuzzi, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, Torino, Wolters Kluwer, 2021, 2432444, che: «l'istanza dalla persona offesa rimuove anch'essa il limite procedurale, ma per i soli delitti procedibili d'ufficio che non ledano gli interessi esclusivi dello Stato, per i quali invece è necessaria la richiesta del Ministro della giustizia. Non vi è, quindi, perfetta sostituibilità o alternatività tra l'istanza e richiesta poiché, mentre la richiesta – quale espressione e la valutazione di opportunità politica spettante al governo – può determinare la punibilità anche del delitto che lede soltanto l'interesse del privato, l'istanza – in quanto esclusivamente rappresentativa e la volontà e la persona offesa – non è in grado di rimuovere l'ostacolo procedurale per un delitto che lede l'interesse pubblico o di altri soggetti».

[43] Cfr. Corte di cassazione, sezione III, Sentenza 28 ottobre 2020 n. 5198.

[44] In senso adesivo si veda G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento,* in *Sistema Penale*, n. 5/2023, 3.

[45] Cfr. F. Grispigni, *Diritto Penale Italiano*, Milano, Giuffrè, 1950, 400;

mava che: «occorre che il fatto costituisca reato secondo la legge del luogo in cui fu commesso il fatto»[46], discende dal principio di legalità e da quello della colpevolezza, in quanto il cittadino che si trovi all'estero deve orientare le proprie azioni ed i propri comportamenti esclusivamente sulla base della legge del luogo in cui si trova e non anche della legge italiana, la quale può punire fatti che al contrario in quel luogo non sono penalmente sanzionabili[47].

Altri ancora sostengono che il principio della doppia incriminazione possa sussistere esclusivamente in relazione al terzo comma dell'art. 9[48].

Da ultimo, la Suprema Corte, pur mettendo in luce l'esistenza di un contrasto dottrinale e giurisprudenziale sulla doppia incriminazione, senza però risolvere la questione né in un verso né in un altro, si è limitata a dire che essa determina un errore inevitabile sul precetto penale da applicare[49]. Ma se si condivide l'idea che la doppia incriminazione sia un principio di carattere generale estendibile sia all'art. 9 che all'art. 10 c.p. e che sta alla base dei rapporti di collaborazione e cooperazione tra gli stati a partire dall'estradizione ne consegue che non può essere perseguito penalmente in Italia il cittadino per il reato di maternità surrogata che si rechi nei Paesi in cui la sua condotta non è considerata penalmente rilevante e per effetto punibile[50].

§ 3. – *La tutela dei neo-nati da maternità surrogata*

La vera questione fondamentale e rilevante quando si parla di surrogazione di maternità riguarda l'assoluta ed indispensabile necessità di salvaguardare i minori ed il loro sviluppo psico-fisico. Il *best interest of child*[51], declinato dalla nostra giurisprudenza in modo indistinto e sinonimico come *superiore interesse del minore*, o *preminente interesse del minore* o, ancor, come *miglior interesse del minore* ed assunto quale linea guida nei giudizi che riguardano la vita personale, fami-

[46] Cfr. *Lav. Preparatori al cod. pen*., cit., 36.

[47] Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., 154.

[48] Cfr. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 157; T. Trinchera, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero,* in *Riv. it. dir. e proc. Pen*., n. 4/2017, 1391.

[49] Cfr. Corte di Cassazione, sezione V, sentenza 10 marzo 2016, n. 13525.

[50] Cfr. in senso adesivo G.L. Gatta, *ult. op. cit*., 4.

[51] Il *best interest of child* è sancito all'art. 3 dalla *Convention on the Rights of the Child* – CRC, «In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration», approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1988 e ratificata dal nostro ordinamento con la Legge n. 176 del 1989. Va ricordato che il superiore interesse del minore era già stato sancito con la Dichiarazione Universale dei Diritti del fanciullo (paragrafo 2) approvata dall'ONU e promulgata il 20 novembre 1959.

liare e relazionale del minore, è un criterio di cui, proprio in considerazione di queste nuove forme di genitorialità realizzabili "esclusivamente" mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita, oggi, più che mai, si deve tenere conto.

Il preminente interesse del minore trova il suo fondamento e la sua protezione non solo a livello sovranazionale ed europeo ma, anche, in primo luogo a livello costituzionale in forza del principio personalistico sancito dall'art. 2 della Costituzione, che, come ricorda la Consulta, pone quale fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona[52]. Discorso, questo che coinvolge altresì gli articoli 3, 30 e 31 della Costituzione, i quali, in combinato disposto tra loro, garantiscono ed assicurano al soggetto minore il migliore sviluppo psicofisico.

I minori, dunque, sin dal momento del loro concepimento godono di diritti soggettivi perfetti che non dipendono dalla loro capacità e dalla loro volontà di autodeterminazione[53].

Secondo la Corte costituzionale il *best interest of child* è a tutti gli effetti un parametro di costituzionalità sulla base del quale valutare se le scelte operate dai genitori prima della nascita del figlio, riguardanti *in primis* i rapporti e le relazioni tra i genitori ed *in secundis* l'ideazione e la realizzazione materiale del processo generativo sia conforme ai valori costituzionali[54]. In altri termini, a differenza di quanto avviene nei Paesi anglosassoni, in cui il minore è considerato il soggetto passivo di semplici doveri morali gravanti sui genitori e sulla collettività[55], nel nostro ordinamento esso è titolare di diritti, i quali, nell'eventuale giudizio di bilanciamento operato dal giudice, devono ricevere maggiore rilievo ed un'attenta valutazione rispetto a quelli degli adulti. Ciò determinerebbe la prevalenza del suo "diritto" (*rectius*: interesse) su tutti gli altri contro-interessi in gioco essendo «[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri […]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti,

[52] Cfr. Corte costituzionale, sent. 29 aprile 1999, considerato in diritto, § 6.

[53] V. L. Jesurum, *Maternità surrogata e superiore interesse del minore*, in *centrostudilivatino.it*, 2023, 3.

[54] Cfr. Corte costituzionale, sentt., 6 febbraio 2006 n. 61; 30 novembre 2005 n. 425; 18 dicembre 2017 n. 272.

[55] Per un approfondimento della questione si rimanda a E. Lamaeque, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016, 40 ss.; M. Dogliotti, *Che cosa è l'interesse del minore?* in *Dir. Fam.*, 1992, 1093; A. Beghè Loreti (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti dei fanciulli*, Padova, Cedam, 1995; G. Turri, *La valutazione dell'interesse del minore. Profili giuridici e profili psicologici,* in *Quest. Giust.*, 2000, 705; C. Focarelli, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di* «best interests of the child», in *Riv. Dir. Int.*, 2010, 981; R. Rivello, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minorigiustizia,* 2011, 15.

che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»[56]. Dello stesso avviso sembra anche la giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale gli interessi che entrano in gioco devono essere tutti contemperati tra loro e tra questi il giudice, chiamato a risolvere il caso concreto, dopo aver operato un'equa armonizzazione deve far prevalere (se ve ne sono i presupposti) il *best interest of the child*[57].

Il preminente interesse del minore, dunque, assurge a criterio "guida" rispetto a tutto ciò che riguarda i minori non soltanto dal punto di vista dello *jus dicens* dei tribunali ma anche e soprattutto a livello legislativo ed amministrativo. Ciò trova conferma nella raccomandazione fatta all'Italia dal Comitato ONU, nella quale si auspica il rafforzamento del «proprio impegno a garantire che il principio del superiore interesse di ogni minorenne sia adeguatamente integrato, coerentemente interpretato ed applicato in tutte le Regioni del Paese ed in tutti i procedimenti e le decisioni legislative, amministrative e giudiziarie così come in tutte le politiche, i programmi e i progetti che siano rilevanti ed abbiano un impatto sui minorenni»[58]. Sicché sembra di dover concordare con quella parte della dottrina che ritiene che il legislatore del 2004 con il divieto di surrogazione di maternità intendesse tutelare, oltre ai diritti della donna, anche quelli del minore separandoli nettamente da quelli dei "soggetti adulti" pienamente autodeterminati che intendevano sviluppare la propria vita sentimentale e relazionale anche sul versante della genitorialità[59]. Infatti, va ricordato che i bambini non sono soltanto meri soggetti oggetto di tutela, ma sono principalmente latori di bisogni propri che devono essere tenuti in primaria considerazione, specialmente quando sono il frutto del c.d. "turismo procreativo", il quale non solo «altera le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui»[60], ma, spesso genera un disordine nei rapporti e nei legami affettivi[61].

[56] Cfr. Corte costituzionale, 9 marzo 2021 n. 33, considerato in diritto, § 5.5. In senso adesivo Corte costituzionale, 9 maggio 2013, n. 85.

[57] Per un approfondimento sulla copiosa giurisprudenza della Corte EDU si rimanda a CEDU in Cammino, in *http://www.ceduincammino.it/*.

[58] V. 12° Rapporto di aggiornamento 2022, in CRC/C/ITA/CO/5-6, punto 16.

[59] V. M. Acierno, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in *Quest. Giust.*, n. 2/2019, 1 ss., il quale precisa che l'impianto normativo della legge n. 40/2004 ha voluto tutelare il diritto alla vita fin dalla fase embrionale garantendo così, tale diritto sin dalla fase primigenia di scelta procreativa dei genitori.

[60] Così Corte costituzionale, sent. 23 ottobre 2019, n. 221.

[61] Si pensi, ad esempio, al rapporto inesistente tra il bambino ed il padre o la madre biologia che l'ha portato in grembo per nove mesi; o ancora il problema della bigenitorialità – intesa quale presenza nella vita del figlio da parte di entrambi i genitori così da garantirgli una stabile e salda relazione affettiva con ambedue i genitori nonché una cooperazione nell'assistenza morale e materiale nell'educazione e nell'istruzione del minore – non garantita nel caso di crisi della coppia a causa del "veto" di adozione da parte del genitore biolo-

§ 4. – *Considerazioni conclusive*

È indubbio che le attuali tecniche di fecondazione assistita e, tra queste, specialmente la maternità surrogata, creano non poche problematiche ed implicazioni a livello sia etico che giuridico. Pur tuttavia non sembra che la scelta operata del legislatore di prevedere un reato universale di maternità surrogata, volto a punire le condotte commesse all'estero dal cittadino italiano, raggiunga l'obbiettivo prefissato. Al contrario, sembra piuttosto che, anche in questo caso, ci si trovi innanzi a scelte legislative poco ragionate e frutto non tanto di una ideologia politica solida ma, piuttosto, di un mero populismo volto a carpire consensi elettorali dalle frange più radicali della società.

Non vi è dubbio che la maternità surrogata dal punto di vista etico sia una pratica che *in re ipsa*, a prescindere se sia a titolo oneroso o gratuito, offende non soltanto la dignità della donna, il cui corpo è ridotto ad involucro per un neonato destinato a terzi, ma, soprattutto, la dignità dell'essere umano e per questo debba essere contrastata[62]. Pur tuttavia, non sembra che con la previsione del reato universale di maternità surrogata possa risolversi il problema, poiché essa reca con sé criticità che la renderanno del tutto inapplicabile ed effettiva.

Un primo aspetto critico riguarda la struttura della norma penale, la quale non solo non fornisce alcuna definizione di maternità surrogata, ma, non indica quale delle forme che essa assume (concepimento e gestazione o solo di gestazione) sia ritenuta penalmente illecita. Così come non si comprende se si intendano perseguire, come emerge dalla relazione di accompagnamento alla proposta Varchi, solamente le ipotesi di ricorso alla s*urrogacy* previo pagamento oppure anche quelle c.d. solidaristiche. Se, infatti, l'obbiettivo è quello di perseguire entrambe le tipologie sarebbe stato opportuno che nel testo fosse stato aggiunto l'inciso "a qualsiasi titolo" così non solo da fugare ogni dubbio interpretativo ma, anche, possibili comportamenti volti ad aggirare la legge. Mi riferisco alla concreta possibilità che le parti simulino una surrogazione solidaristica quando in realtà, in modo dissimulato, hanno posto in essere una surrogazione a pagamento, la quale difficilmente può essere accertata,

Un secondo aspetto riguarda la tecnica legislativa adottata e l'impossibilità di qualificare il reato come universale. Come correttamente è stato osservato in dottrina[63], la proposta Varchi, allo stesso modo

gico per il genitore d'intenzione. Sul punto V. Cassazione Civile, Sez. I, 16 dicembre 2020, n. 28723; Cass. Civ., sez. I, 8 aprile 2019, n. 9764

[62] Tale considerazione è stata correttamente messa in evidenza dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162

[63] V. A. D'Aloia, *Serve davvero il 'reato universale' di maternità surrogata?*, in *federalismi.it*, n. 25/2023, 2 ss.

delle altre cerca "maldestramente" e "disarmonicamente" di far rientrare all'intero dell'art. 7 n. 5 c.p. – che, ricordiamo, quale norma di chiusura, opera un richiamo generico a tutte le disposizioni codicistiche, nonché alla legislazione speciale interna o internazionale che, per i reati in essa considerati, applicano la legge penale del nostro ordinamento – ciò che in realtà non può rientrarvi.

Il reato di maternità surrogata, per le ragioni esposte poco sopra[64], non può essere equiparato ai reati *juris gentium* poiché tutti gli stati non percepiscono la relativa pratica come un fenomeno particolarmente esecrabile che debba essere contrastato né che metta in pericolo la sicurezza dello Stato.

Inoltre, occorre tenere presente il problema del requisito implicito della doppia incriminazione richiesta ai fini del perseguimento del reato *de quo* in forza dell'art. 9 c.p.

Se è vero, come è vero, che i cittadini, per aggirare il divieto della legge n. 40/2004, si recano ove tale pratica è considerata lecita, è altrettanto vero che mancando una fattispecie penale che li persegua nello Stato ospitante verrà meno la seconda incriminazione, la quale, è condizione necessaria per l'estensione della legge penale nazionale ai fatti commessi all'estero[65]. In altri termini, il nostro legislatore mosso da un *retour* "paternalismo"[66] di stampo settecentesco vorrebbe proporsi nelle vesti di «tutore della moralità dei suoi cittadini ovunque vadano»[67].

Inoltre, laddove si ritenesse superabile questa obiezione, va rilevato che l'art. 9 c.p. prevede che il Ministro della Giustizia si possa attivare per promuovere l'azione penale nei casi considerati. Ciò fa sorgere un ulteriore interrogativo ovvero se l'articolo 9, comma 2, c.p. punisce già la condotta del cittadino che commette all'estero la *surrogacy*, allora qual è la *ratio* di introdurre una nuova fattispecie di reato? Piuttosto il legislatore sarebbe dovuto intervenire sul comma 6 dell'art. 12 della legge n. 40/2004 inasprendo le sanzioni ed aumentando a tre anni la pena della reclusione così da applicare in luogo del comma 2 il comma 1 dell'art. 9 c.p., escludendo, così, ogni forma di discrezionalità in capo al Ministro della Giustizia.

Da ultimo, va osservato che la previsione di un reato universale avrebbe senza dubbio delle ripercussioni sui minori, in quanto l'unico

[64] V. § 2.1, 13 ss.

[65] In senso adesivo V. M. Palissero, *op. cit.*, 6; T. Trinchera, *Limiti speciali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1413 ss.

[66] Sul paternalismo dello Stato si veda *ampliter* G. Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012.

[67] L'espressione è di D. Pulitano, *Surrogazione di maternità. Problemi penalistici*, in *Cass. pen.*, 2017, 1372.

modo che lo Stato ha per conoscere il ricorso alla *surrogacy* è la trascrizione nel Comune di residenza del genitore biologico dell'atto di nascita. Il timore da parte di quest'ultimo di subire le conseguenze di un processo penale ed il rischio di vedersi sottratto il figlio potrebbe spingerlo a non registrare la nascita in Italia causando evidenti pregiudizi al minore[68].

Se, realmente, il nostro ordinamento intende concretamente porre fine al turismo procreativo, tutelando, così, sia la dignità della donna che l'interesse superiore del minore deve necessariamente spostare il terreno di gioco dal piano interno a quello internazionale ed europeo. Infatti, lo strumento più efficace per il contrasto alla surrogazione di maternità compiuto in uno stato estero a mio avviso non risiedeva e non risiede nella previsione di una nuova disposizione di legge, che si atteggi ad universale quando in realtà, per le ragioni anzidette, non lo è ma, al contrario, deve intervenire affinché vengano sottoscritti accordi internazionali e predisposte norme eurocomunitarie che vincolino gli Stati – in cui questa praticaè lecita – a vietarla impedendo così ogni forma di *business* e di mercificazione dell'essere umano.

Abstract

The legal and ethical dimensions of surrogacy within the framework of Italian law are analyzed, with a focus on the proposed establishment of universal criminal liability for surrogacy. Recent legislative initiatives aim to address "procreative tourism," where individuals bypass domestic prohibitions by engaging in surrogacy abroad. These initiatives seek to extend the territorial application of penal laws but face challenges in reconciling such extensions with international principles, given the absence of a global consensus on surrogacy as a universally condemnable practice.

The legal implications for children born through surrogacy are explored, emphasizing the necessity to uphold their rights and welfare under constitutional and international frameworks that prioritize the best interests of the child. Ethical concerns include the exploitation of women and the commodification of human life. Proposed legal measures are critiqued for their inefficacy and potential to exacerbate existing issues. A shift towards international treaties or European Union regulations is suggested as a more effective solution to regulate surrogacy comprehensively. This approach emphasizes collaboration to address ethical concerns and ensure the protection of human dignity and the rights of all parties involved.

[68] Il quale non godrebbe di tutti quei diritti di cui godono gli altri bambini, quali il pediatra di base, il documento di identità etc.

V.21. *Libertà procreativa e GPA in Italia:* de iure condito *e* de iure condendo

di Giulia Barbato*

Sommario: § 1. – Introduzione. § 2. – Ammissibilità della GPA solidaristica e libertà procreativa della gestante. § 3. – Accessibilità alla GPA *de iure condendo.*

§ 1. – *Introduzione*

In Italia l'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 vieta qualsiasi forma di surrogazione di maternità, non rilevando, secondo gli ultimi approdi ermeneutici della Cassazione[1], il titolo gratuito o oneroso a cui viene resa né le condizioni economiche della gestante né la sussistenza di modalità tali da assicurare che la scelta di sottoporsi alla pratica in questione sia stata libera e consapevole.

A parere del giudice di legittimità, infatti, solo tramite delle maglie così estese questo divieto può salvaguardare la dignità della gestante nella sua dimensione oggettiva e impedire in via preventiva l'approfittamento di donne in condizioni di fragilità. Tale posizione di chiusura del nostro ordinamento nei confronti della GPA risulterà inespugnabile ove sarà accolta la proposta – attualmente discussa in Parlamento – volta a rendere la maternità surrogata reato universale, ossia perseguibile anche se praticata in un Paese in cui è legale[2].

Fatte queste premesse, ci si chiede se il divieto assoluto di GPA attualmente adottato dai formanti legislativo e giurisprudenziale italiani sia effettivamente l'unica scelta praticabile oppure se sia possibile delineare soluzioni, egualmente o maggiormente rispettose dei diritti

* Università degli Studi di Palermo.

[1] Corte di cassazione, SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162, consultabile, tra l'altro, in *Famiglia e diritto*, n. 5/2023, 408 ss., con nota introduttiva di M. Sesta e note di G. Recinto, *Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*; M. Dogliotti, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n.230*; A. Spadafora, *Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"?*. V. anche M. C. Venuti, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162*, in *www.questionegiustizia.it*, 27 giugno 2023; S. Patti, M. Bianca, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata. Riflessioni a confronto*, in *www.rivistafamilia.it*, 21 marzo 2023.

[2] Sembra doveroso precisare che nelle more della pubblicazione del presente contributo tale proposta è stata definitivamente approvata con la legge n. 169 del 2024. Quest'ultima ha modificato la legge n. 40 del 2004, aggiungendo al comma 6 dell'art. 12 la seguente dicitura: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla maternità surrogata, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana». Il testo del provvedimento normativo de quo è reperibile all'indirizzo *www.normattiva.it*.

e delle libertà garantiti dalla Costituzione, che prevedono uno spazio di ammissibilità della maternità surrogata[3].

§ 2. – *Ammissibilità della GPA solidaristica e libertà procreativa della gestante*

Per rispondere a questo quesito sembra utile partire dall'esame della diversa causa che connota la gestazione per altri a seconda che sia posta a titolo oneroso oppure effettuata a titolo gratuito.

Infatti, a parere di chi scrive, la funzione economico-sociale caratterizzante la GPA praticata a titolo oneroso consiste nello scambio tra la prestazione della gestante e il denaro o altra utilità corrisposti dai committenti.

Risultando fulcro di detto scambio il corpo della donna gestante, permangono perplessità sulla sua reificazione e mercificazione, per cui non appare asseribile senza riserve la liceità di tale causa e, quindi, di questo negozio[4].

Pertanto non si contesta la scelta del nostro ordinamento di vietare codesta *species* di GPA a presidio della dignità della donna, evitandosi, così, a monte, il rischio di svalutare il suo corpo a bene commerciale. Sul punto si reputa opportuno ricordare che sul piano interno il Comitato nazionale per la bioetica ha condannato la GPA a titolo oneroso, qualificandola come «ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive»[5]; sul piano sovranazionale il Parlamento europeo ha recentemente appro-

[3] Come puntualmente osservato «la Costituzione […] è divenuta "testo responsivo" […] alla quale ci si rivolge per trovare risposte condivisibili agli interrogativi che sorgono dai casi difficili della vita costituzionale» (G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009, 228 e 230).

[4] Pare opportuno sottolineare come secondo autorevoli interpreti sia, invece, ammissibile anche la GPA commerciale. Fra questi v. M.R. Marella, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, in *Politica del diritto*, n. 3/2023, 381, per la quale «[I]il lavoro riproduttivo può conservare e per lo più conserva il proprio corredo di cura, di affettività, di solidarietà pur se prestato in forza di un contratto oneroso, cioè nel contesto dello scambio. Non è forse vero che le donne e gli uomini che forniscono "servizi alla persona", cioè badanti, baby-sitter, ecc., provano generalmente sentimenti di amore e protezione nei confronti delle bambine, delle persone anziane, disabili o malate di cui si prendono cura? Come chiarito definitivamente alcuni decenni fa, lo scambio non necessariamente elide la solidarietà fra le parti. Tanto più in questi casi. Perché mai allora una donna che offre i propri servizi gestazionali a chi non può diversamente procreare non dovrebbe essere gratificata dall'opportunità di mettere la propria capacità generativa al servizio del progetto procreativo altrui? Il portato emotivo positivo, insieme a una retribuzione difficilmente attingibile altrimenti, fa della GPA un'alternativa concreta, la chiave di una diversa prospettiva sociale. È in sostanza *empowering*, cioè tale da mettere la donna che vi accede in una posizione di maggiore potere di negoziazione dentro la propria famiglia e all'esterno di essa. Ogni argomento fondato sull'ipotesi della falsa coscienza è irricevibile».

[5] La mozione del Comitato nazionale di bioetica "Maternità surrogata a titolo oneroso" del 18 marzo 2016 è reperibile sul sito *https://bioetica.governo.it/it/*.

vato il testo di una direttiva, modificativa della direttiva UE del 5 aprile 2011, n. 36, in cui viene incluso nell'ambito di applicazione dei reati relativi alla tratta di esseri umani lo sfruttamento della maternità surrogata, non già quest'ultima *tout court*[6].

Diversamente la GPA a titolo gratuito si ritiene si fondi sulla logica del dono e persegua una funzione solidaristica, ponendo in essere la gestante un atto di disposizione del proprio corpo di matrice altruistica[7], avente quali beneficiari gli aspiranti genitori, da cui non riceve in cambio alcuna controprestazione, potendo al più essi rimborsarle le spese relative alla gravidanza[8].

Dette connotazioni nevralgiche di questo negozio consentono di affermare, secondo chi scrive, la liceità della sua causa e la meritevolezza degli interessi perseguiti. Chiaramente affinchè questi interessi siano qualificabili come meritevoli è necessario che il loro assetto delineato in concreto riesca a tutelare in maniera efficace i diritti e le libertà fondamentali delle parti negoziali[9].

In particolare, rispetto alla gestante, qualora manifesti la volontà libera e piena di donare la sua capacità riproduttiva per spirito di liberalità, non pare riscontrarsi in questa ipotesi una violazione della sua

[6] Il testo della direttiva è consultabile sul sito istituzionale del Parlamento europeo *www.europarl.europa.eu*.

Si ricorda che la direttiva, che dovrà essere adottata formalmente dal Consiglio Ue, entrerà in vigore 20 giorni dopo la sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e gli Stati membri avranno due anni per recepire le sue disposizioni.

[7] Al riguardo v., tra gli altri, T. Penna, *Il dono di capacità riproduttiva: la PMA con dono di gameti e la GPA negli ordinamenti francese e italiano*, in *Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, Napoli-Torino, ESI - Università degli Studi di Torino, vol. 12, 2020, 261, la quale sostiene come «non appare inverosimile credere che una generosità spontanea possa muovere una donna ad affrontare una gravidanza per altri, considerato come l'esperienza in sé non risulti sgradevole ed estremamente dura come troppo spesso si tende a descriverla. Si è detto infatti come nella maggior parte dei casi una gravidanza si svolga in modo fisiologico e senza complicazioni traumatiche […] Perché una donna dovrebbe accettare di portare in grembo un bambino da cui alla nascita dovrà separarsi? Perché sin dall'inizio sa che lo porta per altri, che non sarà il suo bambino e, per quanto arduo e disumano possa apparire, tale pratica conosce un lato di generosità estrema da non sottovalutare».

[8] Rispetto alla possibile previsione di un rimborso v., tra gli altri, M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Collana "Studi di Genere. Convegni", Torino, CIRSDe - Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere - Università degli Studi di Torino, vol. 5, 2019, 18; C. Saraceno, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, in *Giudicedonna*, n. 1/2017, 5.

[9] Sul punto v. G. Palmeri, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsbailità genitoriale*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Collana "Studi di Genere. Convegni", Torino, CIRSDe - Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere - Università degli Studi di Torino, vol. 5, 2019, 63.

dignità[10], come invece sostenuto dalla Cassazione italiana[11], al contrario sembra rintracciarsi una modalità di esercizio della sua libertà di autodeterminarsi, tutelata dalla nostra Costituzione agli artt. 2, 3, 31 e 32 con l'art. 13[12], di primaria importanza per la costruzione della propria individualità.

Tale libertà, invero, include la libertà procreativa[13] intesa come libera scelta di generare o meno[14], la quale, ove esercitata con coscienza e responsabilità, rappresenta «un "pezzo" importante di quel "pieno sviluppo della persona" che costituisce l'obiettivo prioritario del progetto costituzionale di liberazione e promozione umana»[15] come affermato dalla Corte costituzionale[16].

A sua volta detta libertà comprende, tra le altre[17], la libera scelta di procreare senza la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale nei confronti del nato, non sussistendo un necessario nesso biunivoco tra di esse. La plausibilità di questa scissione viene già dimostrata dal Decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, in cui all'art. 30, comma 1, il legislatore ha riconosciuto il diritto all'anonimato della partoriente, cui è garantita la possibilità di portare a ter-

[10] Per un esame approfondito della dignità, tra gli altri, v. S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, *Special Issue*, n. 2/2019, 61 ss.; L. Violini, *La dignità umana, ineusaribile fonte di suggestioni per il costituzionalismo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, *Special Issue*, n. 2/2019, 83 ss.; G. Razzano, *Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, *Special Issue*, n. 2/2019, 95 ss.

[11] Corte di cassazione, SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162, consultabile, tra l'altro, in *Famiglia e diritto*, n. 5/2023, 408 ss.

[12] Sul punto si ricorda che in una delle primissime pronunce italiane riguardanti la GPA il giudice di merito aveva affermato che «il potere di disposizione del proprio corpo non deve essere visto come espressione del diritto di proprietà o di un diritto personale ma come libertà di disporre, strumento di attuazione dello sviluppo della personalità ed il corpo non più come oggetto autonomo e separato della persona, ma come elemento insicindibile di essa» (Tribunale di Roma, sez. XI, 17 febbraio 2000, consultabile su *OneLEGALE*).

[13] Si segnala che la Corte Edu ha a più riprese chiarito come l'art. 8 CEDU tuteli il diritto all'autodeterminazione in ordine alla scelta di diventare genitore, rientrando nello stesso anche il diritto al rispetto per la decisione di avere o non avere figli. V. sul punto, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 8 novembre 2011, *V. C. contro Slovacchia*; Grande camera, 22 gennaio 2008, *E. B. contro Francia*; Grande camera, 10 aprile 2007, *Evans contro Regno Unito*, tutte reperibili sul sito istituzionale della Corte Edu *www.echr.coe.int*.

[14] Sul punto v. D. Danna, *Fare un figlio per altri è giusto: Falso!*, Bari-Roma, Laterza, 2017, 17, la quale evidenzia come la possibilità biologica di essere madre non costituisce un dovere, potendo la donna essere tale senza essere madre.

[15] A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà', P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. II, Milano, Giuffrè, 2011, 1342.

[16] Corte costituzionale, 29 aprile 1999, n. 167; Corte costituzionale, 11 giugno 2008, n. 219, entrambe reperibili sul sito istituzionale della Corte costituzionale *www.cortecostituzionale.it*.

[17] Si collocano ai margini opposti della libertà procreativa l'interruzione volontaria della gravidanza garantita entro i limiti fissati dalla legge 22 maggio 1978, n. 194 e il riconoscimento del nato da parte della partoriente regolato dal d.P.R. n. 396/2000 e dal Codice civile.

mine la gravidanza, senza dover acquisire obbligatoriamente lo *status* di madre del nato.

Questa mancata equazione è ancora più evidente nella GPA. In quest'ultima, infatti, la gestante può, in base alle tecniche di biogenesi attuali, portare avanti una gravidanza e partorire un bambino generato con ovulo suo o appartenente a colei che intende riconoscerlo come figlio o, ancora, proveniente da una donatrice.

Dunque ove una donna eliga in maniera consapevole e incondizionata di generare, attraverso una di queste tre modalità, un bambino, spinta da un fine prettamente altruistico, ossia permettere di realizzare il progetto genitoriale a chi naturalmente non può farlo, senza ricevere in cambio alcunché, non si rintraccia alcuna lesione della sua dignità, per la salvaguardia della quale deve essere compressa la sua libertà di autodeterminarsi in ambito riproduttivo.

Se è vero che ogni diritto e libertà garantiti dalla Costituzione necessita di una definizione dei suoi confini – senza i quali si correrebbe il rischio di un suo esercizio produttivo di «effetti incontrollati e dirompenti»[18]-, è pur vero che questi confini devono essere giustificati dalla salvaguardia di «altri diritti costituzionali degni di privilegiata considerazione»[19]. Nelle fattispecie di GPA, a parere di chi scrive, è proprio il vincolo solidaristico a fungere da confine entro cui la gestante può esercitare la sua autodeterminazione individuale senza intaccare la propria dignità.

Di conseguenza, la scelta dei nostri formanti legislativo e giurisprudenziale di impedire la surrogazione di maternità anche ove venga posta in essere non oltrepassando detto limite appare immotivatamente lesiva della libertà procreativa della donna e, quindi, non conforme alla nostra Carta costituzionale nonché limitativa ingiustificatamente della nobile funzione riconosciuta dalla Consulta alle varie tecniche di PMA, ossia «favorire la vita»[20].

Ancora, secondo chi scrive, la maternità surrogata, nel rispetto dei margini delineati, risulta terreno d'elezione per poter affermare come oggi «la possibilità di scindere la maternità nei diversi ruoli genetici, gestazionali e sociali […] si impone sul principio tradizionalmente riconosciuto *mater semper certa est*»[21].

---

[18] P. Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, *Special Issue*, n. 2/2019, 30.

[19] P. Verones, *op. cit*., 31.

[20] Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162, consultabile sul sito istituzionale della Alta corte *www.cortecostituzionale.it/*.

[21] I. Corti, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodota', P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. II, Milano, Giuffrè, 2011, 1479. V. anche B. Salone, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 159; V. Scalisi, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Rivista di diritto civile*, n. 5/2017, 1098.

Si condivide, dunque, la tesi secondo cui «le regole che poggiano sul presupposto naturalistico di indiscussa continuità tra progetto riproduttivo (sia nella componente genetica, sia nella gravidanza) e progetto genitoriale materno […] risultano di per sé poco coerenti a un contesto in cui il progetto riproduttivo è sorto ed è stato portato a termine in una discontinuità consapevolmente voluta con il progetto genitoriale»[22].

Si ritiene, infatti, che le regole attributive dello *status* di genitore debbano percorrere un doppio binario, a seconda che il bambino sia nato a seguito di concepimento naturale o avvenuto artificialmente.

Muovendo da ciò appare inapplicabile ai casi di GPA la presunzione dettata dall'art. 269, comma 3, del Codice civile, secondo cui «la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre», introdotta in un'epoca dove la procreazione avveniva in via esclusiva naturalmente[23].

Infatti, l'operatività di detta presunzione in tali ipotesi determinerebbe automaticamente l'attribuzione della maternità alla gestante, che si troverebbe ad assumersi coattivamente quelle responsabilità genitoriali di cui all'art. 30 Cost. nei confronti del nato[24], pur non sussistendo alcun problema in merito al suo abbandono, stante l'esistenza a monte del progetto procreativo di chi l'ha voluto e vuole assumere la responsabilità genitoriale nei suoi confronti.

Al riguardo sembra opportuno osservare, inoltre, che l'art. 269, comma 3, c.c. ha matrice ordinaria, potendo quindi coesistere una disposizione normativa di pari grado che per le fattispecie di maternità surrogata non faccia valere la presunzione ivi contenuta, ma – al contrario – delinei una disciplina della relazione tra genitore e nato fondata su base volontaristica[25], considerata diversa e autonoma dalla «relazione di unità duale della gravidanza»[26].

Del resto, da un lato il giudice di legittimità ha affermato come «la regola secondo cui è madre colei che ha partorito, a norma del comma 3 dell'art. 269 c.c., non costituisce un principio di rango costituzionale»[27];

[22] B. Pezzini, *Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva dell'analisi di genere,* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, Special Issue*, n. 2/2019, 627.

[23] Aderisce a questa soluzione B. De Filippis, *Trattato breve di diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2002, 1077.

[24] Sul punto v. I. Corti, *op. cit*., 1492.

[25] Sul punto v. T. Bortolou, *La gestazione per altri tra diritto alla procreazione, dignità umana e superiore interesse del minore. Una riflessione comparatistica,* in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, n. 17-*bis*/2022, 461; G. Sciancalepore, *La maternità surrogata. Profili comparatistici*, in *Comparazione e diritto civile*, n. 2/2021, 445 ss.

[26] B. Pezzini, *op. cit.*, 625.

[27] Si tratta della sentenza della Corte di cassazione, sez. I, 21 giugno 2016, n. 19599, disponibile su *www.articolo29.it*, 3 ottobre 2016, con guida alla lettura di A. Schillaci, *Le*

dall'altro la Consulta ha chiarito che la discendenza biologica «non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa»[28].

Dunque rispetto all'assunzione dello *status* genitoriale nei casi di surrogazione di maternità altruistica sembrerebbe, a parere di chi scrive, estendibile la scelta eletta dal legislatore nella l. n. 40/2004 di far prevalere sul *favor veritatis* il consenso prestato alla tecnica di PMA, sulla base del principio di autoresponsabilità, valevole per tutti i soggetti adulti coinvolti nella procedura procreativa[29].

Al riguardo si reputa utile richiamare l'arresto del giudice di legittimità, secondo cui la normativa in questione riserva «assoluta centralità [del] al consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di P.M.A»[30], sia della Consulta quando afferma che siffatto impianto normativo mette «in evidenza che il consenso dato alla pratica della procreazione medicalmente assistita, il quale diviene irrevocabile dal momento della fecondazione dell'ovulo, comporta una specifica assunzione di responsabilità riguardo alla filiazione, che si traduce nella attribuzione al nato […] dello *status filiationis*»[31], svolgendo, quindi, a parere dell'Alta corte, «la responsabilità assunta con il consenso prestato […] un valore centrale e determinante nella dinamica giuridica finalizzata a condurre alla genitorialità»[32].

Seguendo tale *file rouge*, ad avviso di chi scrive, nella GPA solidaristica dovrebbe essere riservato un ruolo centrale al consenso della partoriente, dovendo esserle assicurata la sua revocabilità. Affinchè vengano tutelate pienamente la libertà autodeterminativa e la dignità

vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso.

[28] Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162, reperibile sul sito istituzionale della Consulta *www.cortecostituzionale.it*.

[29] In particolare l'art. 9 della legge n. 40/2004 stabilisce al primo comma l'inesercibilità da parte del coniuge o convivente della coppia che ha prestato il consenso alla tecnica di PMA eterologa, senza fornire un proprio contributo biologico, dell'azione di disconoscimento della paternità né dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità; al secondo comma l'impossibilità per la madre del nato a seguito dell'applicazione di tale tecnica di dichiarare la volontà di non essere nominata nell'atto di nascita; al terzo comma la mancata acquisizione da parte del donatore di gameti di alcuna relazione giuridica parentale con il nato né il sorgere della titolarità di diritti e obblighi nei suoi confronti. In aggiunta ai sensi dell'art. 8 della medesima legge i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di PMA hanno lo stato di figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle stesse.

Si ricorda, inoltre, che anche il legislatore codicistico elige, agli artt. 244, quarto comma, e 263, terzo comma, la prevalenza del *favor stabilitatis* rispetto al *favor veritatis*, prevedendo l'inesperibilità dell'azione di disconoscimento della paternità e dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità da parte degli adulti dopo 5 anni dalla nascita del minore.

[30] Corte di cassazione, sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000, consultabile su *OneLEGALE*.

[31] Corte costituzionale, 24 luglio 2023, n. 161, reperibile sul sito istituzionale della Consulta *www.cortecostituzionale.it*.

[32] Corte costituzionale, n. 161/2023, disponibile sul sito istituzionale della Alta corte *www.cortecostituzionale.it*.

della gestante dovrebbe, infatti, esserle imprescindibilmente garantita la possibilità di cambiare idea fino alla nascita del bambino o entro un termine ragionevole successivo, in ogni caso non smisurato, così da evitare che il nato possa subire una condizione di incertezza giuridica circa la sua identità[33].

Qualora la partoriente confermasse a valle, nel rispetto del termine predeterminato *ex lege*, il consenso alla GPA, manifestando così definitivamente la volontà di non intendere acquisire lo *status* di madre del nato, assumerebbero la responsabilità genitoriale nei suoi confronti coloro che hanno fatto ricorso alla pratica *de qua* per realizzare il loro progetto familiare, in virtù del consenso dagli stessi espresso all'inizio della gestazione.

Si ritiene che ciò non tolga l'ipotizzabilità che la gestante desideri comunque istituire e mantenere un legame d'affetto con il nato. In questo caso sembrerebbe tutelabile detta *voluntas* attraverso una disciplina che, basandosi sul *favor affectionis*, sulla falsariga di quanto già fissato in materia di adozione mite[34], le attribuisca il diritto di visita al minore, esercitato o nei modi concordati con i genitori o, in assenza di un tale accordo, secondo le disposizioni impartite dal giudice, purché – chiaramente – ciò risponda all'interesse del bambino.

In aggiunta, in un'ottica comparatistica, come già osservato in altra sede, si ricorda che la tesi qui prospettata risulta essere stata cristallizzata in altri ordinamenti, in cui la maternità surrogata altruistica è già consentita. Il Portogallo, ad esempio, con la *Lei* n. 90 del 2021 ha ammesso, in presenza di determinate condizioni, la gestazione per altri solidaristica, gratuita e volontaria[35].

In definitiva, alla luce di quanto finora detto, parrebbe maggiormente coerente in chiave sistematica e transnazionale garantire l'esercizio della libertà di autodeterminarsi della gestante in materia procreativa attraverso l'ammissione nel nostro ordinamento della GPA solidaristica.

[33] Su questo profilo il giudice di Strasburgo ha più volte ribadito la necessità di impedire che il minore patisca una condizione di incertezza giuridica relativamente alla sua identità. Fra le tante, emblematica, al riguardo, la decisione della Corte Edu, 22 novembre 2022, *D. B. e altri c. Svizzera*, consultabile sul sito istituzionale della Corte *www.echr.coe.int*.

[34] Per un'analisi dettagliata dell'adozione mite, tra gli altri, v. E. Battelli, *L'adozione mite come diritto del minore: tra opportunità e identità*, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Collana Materiali e documenti, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, 285 ss.; M. Rovacchi, *Le adozioni in casi particolari*, Milano, Giuffrè, 2016, 61 ss.

[35] G. Barbato, *Genitorialità intenzionale e status filiationis*, in *GenIUS*, n. 2/2023, 205-206.

§ 3. – *Accessibilità alla GPA* de iure condendo

Una volta indagata la plausibilità di una GPA solidaristica in cui la libertà procreativa e la dignità della gestante vengono parimenti tutelate, si pone la questione di stabilire chi può ricorrere a questa tecnica.

Le risposte a questo quesito potrebbero essere due.

Infatti volendo rispettare i limiti previsti per la fecondazione eterologa, la GPA potrebbe essere utilizzata, come avviene in Portogallo, nei casi di sterilità/infertilità della donna o problemi di salute che le impediscono di generare. Dunque per gli stessi fini e con gli stessi presupposti della fecondazione eterologa.

Invero «le premesse […] sono le medesime: in entrambi i casi l'infertilità e la sterilità non sono curabili, ma palliabili con l'accesso a tecniche artificiali che permettono di costituire un nucleo familiare per via sociale»[36].

In questo modo anche nell'ambito della maternità surrogata si rispetterebbe la funzione terapeutica, su cui la Consulta fonda la conformità a Costituzione delle tecniche di procreazione artificiale. Invero queste ultime, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale con riguardo alla fecondazione eterologa, sono ammesse non per garantire ad ogni costo dei figli alle coppie, ma al fine di eliminare qualsiasi impedimento di matrice sanitaria alla realizzazione del progetto procreativo[37].

In effetti anche in queste ipotesi la GPA sarebbe un rimedio alla sterilità o infertilità della coppia eterosessuale avente una causa patologica non rimovibile in altro modo e si riprodurrebbe il modello familiare naturale connotato da una madre e un padre[38]. Cioè sarebbero rintracciabili le medesime linee che, secondo quanto affermato dalla Alta corte, perimetrano la fecondazione assistita così come delineata nella legge n. 40 del 2004[39].

La stessa Consulta ha asserito che i presupposti di accesso alle tecniche riproduttive previsti dalla legge n. 40 del 2004 sono giustificabili purché non creino una disparità di trattamento tra soggetti che si trovano in situazioni analoghe[40].

---

[36] T. Penna, *op.cit.*, 242.

[37] Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n.162, reperibile sul sito istituzionale della Alta corte *www.cortecostituzionale.it*.

[38] Sul punto v. T. Penna, *op.cit.*, 202-203, la quale sottolinea che «delle circa 300 coppie italiane che ogni anno ricercano all'estero tale possibilità, il 90% vi è costretta per una problematica connessa al funzionamento dell'utero».

[39] Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221, consultabile sul sito istituzionale della Consulta *www.cortecostituzionale.it*.

[40] Corte costituzionale, n. 221/2019, disponibile sul sito istituzionale della Corte *www.cortecostituzionale.it*.

Si ritiene, per quanto sopra esaminato, che le coppie eterosessuali in cui la donna è infeconda siano sovrapponibili alle coppie eterosessuali in cui l'uomo o la donna sono sterili[41]. Di conseguenza appare arbitrariamente discriminatorio permettere a queste ultime la PMA con dono di gameti (maschili o femminili a seconda dei casi), invece, all'opposto, non consentire alle prime di ricorrere alla GPA altruistica, la quale, comunque, tecnicamente rientra tra le *species* di PMA.

Invero una volta considerato delineabile un perimetro di operatività della GPA non lesivo della dignità della donna, non si vede perché in queste ipotesi, rimanendo entro tale limite, non si dovrebbe ammettere tale tecnica.

La seconda strada percorribile è quella di travalicare i confini fissati finora dai formanti legislativo e giurisprudenziale e superare l'idea che l'orientamento sessuale funga da limite alla libertà di procreare, riconoscendo anche alle coppie omosessuali – che si ricorda sono tutelate dalla stessa Costituzione nonché dalle fonti sovranazionali come formazioni familiari alternative a quella eterosessuale fondata sul matrimonio –, segnatamente maschili la possibilità di realizzare il loro progetto procreativo tramite il ricorso alla maternità surrogata (nella forma solidaristica), unica tecnica di PMA da queste praticabile a tal fine.

Sul punto pare opportuno ricordare come la stessa Cassazione ha asserito che deve escludersi che esista, a livello costituzionale, un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e anche di generare figli, rappresentando «l'unione tra persone dello stesso sesso […] una formazione sociale ove la persona "svolge la sua personalità"» e costituendo «quella dei componenti della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia […] "espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi"delle persone, ricondotta dalla Corte costituzionale (sent. n. 162 del 2014, p. 6, e n. 138 del 2010, p. 8) agli artt. 2, 3 e 31 Cost.»[42].

Rispetto a queste coppie si potrebbe rintracciare come presupposto applicativo l'infertilità – la quale risulta indicata tra le condizioni per cui si può ricorrere alla PMA – che in tal caso sarebbe "fisiologica", legata alla identità sessuale dei membri della coppia.

Del resto, anche secondo il giudice di legittimità non potrebbe fungere d'ostacolo alla loro inclusione nelle procedure *de quibus* il mero pregiudizio sulla dannosità, per l'equilibrato sviluppo del nato, del suo inserimento in un nucleo familiare costituito da genitori dello

[41] Aderisce a questa tesi T. Penna, *op. cit.*, 292-293.

[42] Corte di cassazione, sez. I, 21 giugno 2016, n. 19599, disponibile su *www.articolo29.it*, 3 ottobre 2016, con guida alla lettura di A. Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso.*

stesso sesso, non sussistendo certezze scientifiche o dati di esperienza al riguardo[43].

A conferma di ciò, si ricorda da un lato che per quanto concerne l'affidamento familiare le coppie omosessuali sono incluse tra i soggetti nominabili quali affidatari di minori; dall'altro come la giurisprudenza ha permesso al genitore intenzionale delle famiglie omoaffettive di adottare il nato tramite tecniche di PMA ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), della legge 4 maggio 1983, n. 184, assumendo, così, nei suoi confronti lo *status* di genitore.

Infine è doveroso precisare che queste soluzioni prospettate *de iure condendo* sono quelle che meno scardinano le categorie attualmente vigenti, non potendosi in tale sede approfondire il tema di un ripensamento generale del diritto di famiglia alla luce delle esigenze emerse nella società civile anche italiana. Ad esempio si potrebbero riconsiderare le figure genitoriali in una prospettiva più allargata in cui riconoscere una visibilità sia alla madre sociale sia alla madre gestante, abbandonando nel contempo il modello genitoriale chiuso dentro lo schema tradizionale padre-madre, di fatto scardinato dall'ampia casistica presente pure in Italia che mostra come le famiglie omosessuali siano costituite non soltanto dai partner, ma anche da figli, all'esito di un turismo procreativo, il quale certamente offre minori garanzie di quanto potrebbe fare il legislatore intervenendo in modo "gentile" e attento in tema di filiazione e genitorialità.

Abstract

In Italy, according to the latest hermeneutic achievements by the Court of Cassation, Law n. 40 of 2004, clause 6, art. 12 forbids any form of gestational surrogacy. It is indeed opinion of the judge of legitimacy that only through such a thorough and extensive application that this prohibition will be able to protect the dignity of the expectant mother in her objective dimension and prevent any exploitation of women in fragile social conditions.
On these premises, we interrogate ourselves on the legitimacy and foundations of the character of unconditionality that the current prohibition of gestational surrogacy presents in our Country. To ascertain its validity, we focus on the differential causes denoting surrogacy whether the practice be commercial or altruistic. From this point of observation on the practice, we hypotesize the admissibility of altruistic gestations, wherein the woman manifests her full and unconditional will to carry out a pregnancy for others out of spirit of liberality. Furthermore, we investigate, de iure condendo, which couples could have access to this technique.

[43] Così Corte di cassazione, sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601, reperibile su *www.articolo29.it*.

V.22. *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: un giusto punto di equilibrio tra desiderio di genitorialità e tutela del minore?*

di Francesco Molinaro*

Sommario: § 1. – La famiglia e le tecniche di procreazione medicalmente assistite. § 2. – La maternità surrogata nel panorama internazionale. § 3. – Il problema del c.d. "turismo procreativo" e la soluzione dell'adozione in casi particolari nella giurisprudenza nazionale. § 4. – Il vuoto di tutela del minore non adottato a seguito delle Sezioni Unite e il tentativo della dottrina di colmarlo. § 5. – La necessità di un intervento normativo: prospettive di riforma.

§ 1. – *La famiglia e le tecniche di procreazione medicalmente assistite*

Negli ultimi anni si sta assistendo al progressivo "svuotamento" del concetto di famiglia inteso in senso "statico", quale società naturale fondata sul matrimonio, in favore di una nozione "dinamica", che ruota intorno alla reciprocità degli affetti[1].

Il cambio di prospettiva, che ha messo in discussione[2] la visione individualistica e istituzionale[3] della famiglia, è dovuto non solo alla mutata tradizione socio-culturale, più propensa ad accogliere un concetto ampio di famiglia[4] – all'interno del quale ricomprendere le unioni

* Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

[1] Dopo la stagione delle riforme post-codicistiche la visione individualistica e istituzionalistica della famiglia è stata superata da una concezione prevalentemente funzionale dei rapporti familiari che più che valorizzare il dato strutturale (ad es. l'atto di matrimonio) o quello naturale (ad. es. il vincolo di sangue) ha posto l'accento sulla funzione della famiglia, quale luogo in cui, attraverso la condivisione degli affetti, si determina la promozione e la crescita della persona (cfr. A. Federico, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giust. civ.*, 2020, 659).

[2] Sul punto si veda F. Sangermano, *Famiglia e giuridicità da isola lambita dal mare del diritto a "fonte" ispiratrice della norma giuridica*, in Liber amicorum *per Paolo Zatti*, Napoli, Jovene, 2023, 1477, il quale osserva come «la concezione di famiglia […] si riempia progressivamente di nuove connotazioni in cui il pluralismo e la molteplicità dei modelli familiari, la forza regolatrice dell'autonomia privata, la crescente attenzione anche in ordine alle criticità insite nelle istanze di genitorialità, un tempo forse impensabili, determinano lo sgorgare di una nuova dimensione della giuridicità».

[3] Sulla concezione tradizionale di famiglia si rinvia agli scritti di B. Dusi, *Della filiazione e dell'adozione*, in P. Fiore (diretto da), B. Brugi (continuato da), *Il diritto civile italiano*, Napoli-Torino, Trani, 1924, 118 e P. Bonfante, *La* gens *e la* familia, in Idem, *Scritti giuridici varii*, I, Torino, Utet, 1926, 1.

[4] L'affermarsi di nuovi modelli familiari, dovuti al mutato contesto socio-culturale e ai progressi compiuti dalla scienza, hanno messo in crisi la concezione di famiglia di Arturo Carlo Jemolo, quale «isola che il mare del diritto potrebbe solo lambire» (così A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, Giuffrè, 1957, 241. Tale

civili e le convivenze *more uxorio* – ma anche ai recenti sviluppi scientifici[5] che hanno consentito alle persone, naturalisticamente impossibilitate ad avere figli, di soddisfare il proprio desiderio di genitorialità ricorrendo a tecniche alternative, come la maternità surrogata.

Tale pratica, anche indicata con i termini di "gestazione per altri" o di "utero in affitto", costituisce un modello di procreazione artificiale che si affianca alla fecondazione, la quale, a seconda che il materiale genetico impiantato nell'utero della donna appartenga alla coppia o a un terzo estraneo, assume il nome di fecondazione omologa o eterologa[6]. Tuttavia, la maternità surrogata, a differenza delle pratiche di fecondazione appena menzionate, si caratterizza perché non si limita all'impianto del materiale genetico nell'utero della donna ma richiede che un soggetto terzo, la gestante, si impegni a portare avanti la gravidanza per conto di una persona *single*[7] o di una coppia.

La tecnica procreativa così delineata può assumere diverse forme a seconda dei soggetti coinvolti e delle modalità con cui viene espletata.

Quanto alle forme, nella comunità scientifica si suole distinguere tra maternità surrogata tradizionale e gestazionale: nella prima la gestante utilizza non solo il proprio utero ma anche il proprio materiale genetico mentre nella seconda mette a disposizione solo l'utero, in quanto il materiale genetico, sia maschile che femminile, viene fornito da soggetti diversi[8].

---

affermazione si legge anche in Idem, *La Costituzione: difetti, modifiche, integrazioni*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1966).

[5] Cfr. F. Disalvo, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione procreativa e migliore interesse del minore*, in *Dir. fam. pers*., 2023, 1178.

[6] La fecondazione eterologa, a differenza di quella omologa, non ha trovato inizialmente cittadinanza nel nostro ordinamento. Il legislatore, preoccupato che una simile tecnica procreativa potesse dar vita alla mercificazione del materiale genetico umano, aveva espressamente vietato, all'art. 4, comma 3, l. 19 febbraio 2004 n. 40, il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Tale divieto, assoluto e generale, è venuto meno a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 10 giugno 2014, n. 162, in *Giur. it.*, 2014, 2827 con nota di E. La Rosa, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, 802; G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; in *Fam. dir.*, 2014, 753; V. Carbone, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia* e in *Corr. giur*., 2014, 1062; G. Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Corr. Giur*., 2014, 1068; la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della l. n. 40/2004 nella parte in cui impediva il ricorso alla menzionata tecnica procreativa, in presenza di una patologia che fosse causa di sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile. Precisamente, la Consulta tra la necessità di evitare la commercializzazione del materiale biologico, e quella di tutelare e salvaguardare l'equilibrio psico-fisico della coppia, inciso dalla acquisita consapevolezza di non poter procreare, ha ritenuto di dar prevalenza a quest'ultima esigenza.

[7] Cfr. L. D'Avack, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pres*., 2017, 139.

[8] L'individuazione dei diversi modelli attraverso i quali si può presentare la maternità surrogata sono esposti da M. Bianca, *La maternità surrogata e il* best interest of the child, in corso di pubblicazione, letto in anteprima grazie alla cortesia dell'Autrice.

Quanto alle modalità, la maternità surrogata può essere onerosa o gratuita a seconda che l'impegno di portare avanti la gravidanza per altre persone venga remunerato o sia espressione di un "gesto di amore" da parte della gestante.

§ 2. – *La maternità surrogata nel panorama internazionale*

Il ricorso alla tecnica della maternità surrogata, sia nella forma onerosa che in quella gratuita, ha diviso la comunità internazionale, in seno alla quale si sono registrati diversi orientamenti, che possono essere efficacemente riassunti in tre distinte posizioni.

Vi sono anzitutto gli ordinamenti, tra cui quello italiano, che vietano, mediante la previsione di un'apposita fattispecie criminosa, il ricorso alla maternità surrogata, poiché considerano tale tecnica procreativa offensiva sia della dignità della donna che del nato[9].

Sotto il primo profilo, è stato osservato che la pratica della gestazione per altri, se è onerosa, determina la commercializzazione del corpo umano, in contrasto con l'art. 21 della Convenzione di Oviedo e con l'art. 3, comma 2, lett. c) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[10], nonché la strumentalizzazione della maternità al fine di soddisfare l'interesse egoistico a diventare genitori di una coppia: la gestante, infatti, si impegna a portare in grembo un bambino che, al momento della nascita, dovrà "consegnare" alla coppia committente.

Nel caso di surrogazione solidale, invece, potrebbe venire meno la mercificazione del corpo della donna[11] ma permarrebbe comunque la lesione del diritto costituzionalmente garantito della maternità[12]. Infatti, l'obbligo di disporre, posto alla base della suddetta tecnica procreativa, ha come effetto minimo quello di impedire alla donna di esercitare la funzione generativa per sé nel periodo in cui è incinta per

[9] Autorevole dottrina ha osservato come il divieto di maternità surrogata affonda le radici nel diritto civile, in quanto tale tecnica instaura sulla vita del bambino e della gestante un inammissibile potere privato di controllo: essa si fonda su un contratto con cui si dispone di diritti inviolabili, efficace nei confronti di un soggetto estraneo all'accordo e vulnerabile, qual è il nascituro (così A. Morace Pinelli, *La maternità surrogata lede sempre la dignità della donna. Le ragioni di un divieto che non confligge con la tutela del nato dalla pratica illecita*, in *Dir. fam. Pers.*, 2023, 1263).

[10] Cfr. A. Renda, *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, in *Eu. dir. priv.*, 2023, 290.

[11] In senso contrario si veda A. Morace Pinelli, *La maternità surrogata*, cit., 1270, il quale osserva come la lesione della dignità della donna si ha anche nel caso di maternità surrogata solidale, in quanto la maternità non è liberamente desiderata, essendo subordinata al progetto di altri.

[12] Cfr. A. Morace Pinelli, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Fam. dir.*, 2022, 1179.

altri[13] e, come effetto ulteriore ed eventuale, quello di impedirle l'esercizio dei diritti legati alla gravidanza, tra i quali rientra quello personalissimo all'interruzione volontaria della stessa nei casi previsti dalla legge[14].

Il pregiudizio alla dignità del nato, invece, emerge anzitutto dal processo di "cosificazione" che lo interessa[15]: esso, al momento della nascita, viene ad essere considerato alla stregua di una *res* che la gestante deve consegnare alla coppia committente, alla quale, peraltro, si dovrebbe riconoscere, per rendere effettiva la tecnica della maternità surrogata, un "ripugnante" potere esecutivo del contratto volto ad ottenere la sottrazione del bambino dalla madre naturale nel caso, non improbabile, in cui quest'ultima cambi idea e decida di tenere il nascituro come proprio figlio.

La lesione della dignità del nato, inoltre, deriva anche dalla situazione di incertezza filiale[16] in cui viene a trovarsi il bambino non appena venuto alla luce: egli è biologicamente figlio della madre gestante ma formalmente figlio della coppia committente.

Vi sono poi ordinamenti, tra i quali si annovera l'Ucraina[17], che si collocano in una posizione diametralmente opposta, in quanto ammettono la maternità surrogata sia nella forma gratuita che in quella onerosa, poiché non considerano la messa a disposizione dell'utero, per soddisfare l'esigenza genitoriale altrui, una pratica di per sé lesiva della dignità della donna o del nato.

Nei suddetti sistemi giuridici, l'interesse a diventare genitori assume la forma di un vero e proprio "diritto tiranno" in grado di prevalere su qualsiasi altro interesse che possa essere con lo stesso confliggente. Esso, infatti, non è in alcun modo bilanciato né con la dignità

[13] Cfr. C.M. Bianca, *La famiglia*, in M. Bianca, P. Sirena (a cura di), *Diritto civile*, II.I, Milano, Giuffrè, 2023, 462.

[14] Così A. Renda, *Ancora sulla surrogazione*, cit., 293.

[15] In merito Mirzia Bianca ha affermato che la tecnica della maternità surrogata non determina solo la lesione della dignità della donna che rinuncia alla maternità ma anche quella del nato che viene a subire la «cosificazione» del suo stato (così S. Patti, M. Bianca, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata. Riflessioni a confronto*, in *www.rivistafamilia.it*, 21 marzo 2023).

[16] L'impossibilità di riconoscere il legame di filiazione tra il nato e il genitore d'intenzione, come rilevato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, si traduce in uno svantaggio per il minore, il quale viene posto in uno stato di incertezza giuridica (così A.G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 758).

[17] L'Ucraina, insieme alla Federazione Russa e alla Georgia, sono gli Stati che ammettono, con maggiore ampiezza, il ricorso alla maternità surrogata, tanto che non vi sono particolari limitazioni all'accesso a tale tecnica se non il diverso sesso della coppia committente. Tuttavia, alcune aperture, sebbene limitate alla maternità surrogata solidale, si registrano anche in altri Paesi come il Canada, alcuni Stati degli USA, la Gran Bretagna, la Danimarca, l'Olanda, e la Grecia (cfr. M. Dogliotti, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230*, in *Fam. dir.*, 2023, 444).

della donna, che soprattutto nei casi di difficoltà economica potrebbe essere "costretta" a mettere a disposizione il proprio corpo, né con l'esigenza del nato a non essere trattato come l'oggetto di un negozio giuridico.

Tali interessi, infatti, vengono lasciati sullo sfondo, in quanto ciò che conta è realizzare "ad ogni costo" l'aspirazione della coppia committente a diventare genitori, anche se questo si risolva in un pregiudizio per la gestante e per il minore.

Vi sono, infine, altri ordinamenti, come ad esempio il Portogallo, che, nel tentativo di trovare un punto di incontro tra le tesi più conservatrici e quelle maggiormente progressiste, hanno superato la concezione monolitica della maternità surrogata, ritenendo che la stessa possa manifestarsi in diverse forme, non tutte lesive della dignità della donna.

Infatti, è stato osservato che mentre la maternità surrogata onerosa risulta contraria all'ordine pubblico, perché si traduce in una forma di mercimonio del corpo della donna, lo stesso, tuttavia, non potrebbe dirsi nel caso in cui il ricorso a tale tecnica sia il frutto di una libera scelta della gestante[18], non dovuta a bisogni di tipo economico[19].

In quest'ultima ipotesi, mancando la lesione della dignità della donna, alcuni ordinamenti hanno inteso attribuire prevalenza alla libera scelta della gestante[20], nella consapevolezza che, ragionando diversamente, si sarebbe avallata una concezione "inferiorizzante della donna", che, di diritto, viene qualificata come soggetto debole, incapace di decidere per sé anche quando voglia rendersi protagonista di un gesto di amore[21].

[18] In merito, Salvatore Patti ha osservato che nel caso di maternità surrogata gratuita non si possa parlare di mercificazione perché la donna non riceve alcuna somma di denaro. Si tratta, infatti, di una libera scelta della gestante che potrà essere guardata con sfavore, ma non sino al punto da affermare che ricorra la violazione dell'ordine pubblico internazionale o un contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico (così S. Patti, M. Bianca, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata*, cit.). A favore della maternità surrogata gratuita o altruistica si veda anche A.G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello* status, Torino, Giappichelli, 2022, 72 ss., il quale giustifica tale tecnica facendo leva sull'atteggiamento altruistico e "donativo" della gestante.

[19] Tale indirizzo troverebbe conferma, secondo parte della dottrina, nella pratica della donazione di organi che, pur determinando una lesione permanente del corpo del donante, è considerata atto socialmente apprezzabile (cfr. S. Patti, M. Bianca, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata*, cit.).

[20] Così S. Patti, M. Bianca, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata*, cit.

[21] Così F. Azzarri, *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico,* in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2021, 1169.

§ 3. – *Il problema del c.d. "turismo procreativo" e la soluzione dell'adozione in casi particolari nella giurisprudenza nazionale*

L'ordinamento italiano, come cennato, non ha recepito le aperture provenienti da altri Paesi, mantenendo fermo il divieto assoluto della maternità surrogata di cui all'art. 12, comma 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40, sia nella forma onerosa che in quella gratuita[22].

Tale chiusura ha determinato la nascita di quel fenomeno, definito con il termine poco elegante ma assai efficace di "turismo procreativo"[23], in virtù del quale diverse coppie italiane, naturalisticamente impossibilitate ad avere figli, ricorrono alla menzionata tecnica procreativa nei Paesi in cui è ammessa, per poi fare rientro nello Stato di residenza, chiedendo la trascrizione dell'atto di nascita formatosi all'estero[24].

Tale fenomeno[25] ha posto la giurisprudenza di fronte alla problematica di bilanciare due situazioni che appaiono a prima vista inconciliabili: da un lato, l'esigenza di mantenere fermo il divieto e, dall'altro, la preoccupazione di assicurare al figlio nato da maternità surrogata gli stessi diritti dei bambini procreati naturalmente[26].

La ricerca di una soluzione di compromesso ha spinto le Sezioni Unite[27] a negare la trascrizione automatica dell'atto di nascita forma-

[22] L'esigenza di trattare congiuntamente la maternità surrogata onerosa e gratuita è confermata dalla prassi dove si è constatato come quest'ultima figura sia estranea alla realtà. Infatti, negli Stati che ammettono la surrogazione c.d. gratuita sono previsti rimborsi palesemente sproporzionati per eccesso rispetto alle spese, tanto da dissimulare un vero e proprio corrispettivo: ad. es. in Canada è richiesto il pagamento di 30.000 dollari per rimborsare la *surrogate* (così A. Renda, *Ancora sulla surrogazione*, cit., 295).

[23] Tale fenomeno è stato definito anche con la ben più elegante espressione «viaggio dei diritti» (così E. Lucchini Guastalla, *Maternità surrogata e* best interest of the child, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1725).

[24] L'esigenza di evitare l'aggiramento del divieto di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 è sfociato in un progetto di legge (proposta n. 884 Varchi ed altri di Modifica dell'art. 12 della legge 19 febbraio 2004 n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano) volto all'introduzione del reato universale per chi ricorre alla tecnica dell'utero in affitto. La suddetta proposta normativa, che mira all'incriminazione dei cittadini italiani che accedono alla tecnica della maternità surrogata all'estero, a sommesso avviso di chi scrive, appare sproporzionata, contraria al principio di territorialità del diritto penale – che, come noto, può essere derogato solo in presenza di doppia incriminazione – ma soprattutto poco attenta alle esigenze del nato, in quanto non risolve il problema centrale che pone oggi la maternità surrogata, ovvero la tutela del nato una volta che la coppia committente abbia fatto ricorso a tale tecnica.

[25] Il problema del turismo procreativo è stato già messo in evidenza da V. Scalisi, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1099, il quale ha auspicato una maggiore regolamentazione del divieto normativo.

[26] Autorevole dottrina ritiene che il tentativo di trovare un punto di equilibrio tra due esigenze inconciliabili darebbe vita ad un vero e proprio «ossimoro giuridico» (così M. Bianca, *La maternità surrogata*, cit.).

[27] Cfr. Corte di cassazione, Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193 in *Foro it.*, 2019, I, 427 con note di G. Luccioli, *Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di maternità surrogata*; in *Giur. it.*, 2020, 544; A. Valongo, *La c.d. «filiazione omogenitoriale» al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione* in *Fam. dir.*, 2019, 653; G. Salvi, *Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero*, in *Giur. It.*, 2020, 1624; M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Fam. dir.*, 2019, 667; G. Fer-

tosi all'estero, in quanto tale pratica non solo avrebbe aggirato il divieto posto dalla l. n. 40/2004 ma avrebbe determinato altresì un insanabile contrasto[28] con l'ordine pubblico internazionale[29].

Ciò nonostante, la Suprema Corte – al fine di evitare che la condotta illecita dei genitori ricada sul nato, che è soggetto terzo rispetto al *pactum sceleris* tra la gestante e la coppia committente[30] – ha affermato che colui che ha partecipato al progetto procreativo senza aver prestato il proprio materiale biologico (c.d. genitore di intenzione) possa instaurare un rapporto giuridico con il minore attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 lett. d) l. 4 maggio 1983, n. 184[31].

---

rando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. dir.*, 2019, 677; M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Corr. giur.*, 2019, 1198; D. Giunchedi, *Maternità surrogata tra ordine pubblico,* favor veritatis *e dignità della maternità*, *Corr. Giur.,* 2019, 1212; M. Winkler, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?,* in *Giustiziacivile.com*, 2019, 29 maggio 2019, 1125; U. Salanitro, *Quale ordine pubblico secondo le sezioni unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità*, in *www.GenIUS.it,* 2019; M.C. Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il* best interest of the child *e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *www.GenIUS.it,* 2019; V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *www.GenIUS.it,* 2019.

[28] Cfr. U. Salanitro, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca… e apre alla maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2020, 912.

[29] Il riferimento all'ordine pubblico internazionale era stato già compiuto dalle Sezioni Unite in occasione della apertura alla delibazione di sentenze straniere aventi ad oggetto danni punitivi. In tal senso si veda Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601 in *Resp. civ. prev.*, 2017 con note di C. Scognamiglio, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio,* in *Resp. Civ. e prev.*, 2017, 1109; A. Briguglio, *Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: turning point «nell'interesse della legge»*, *ivi*, 1597; A. di Majo, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; in *Corr. giur.*, 2017, 1042; C. Consolo, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti compensativi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law), ivi*, 1050; M. La Torre, *Un punto fermo sul problema dei «danni punitivi»*, in *Danno e responsabilità*, 2017, 421; G. Corsi, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di* punitive damages, *ivi*, 429, P.G. Monateri, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, *ivi*, 437; G. Ponzanelli, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, *ivi*, 435; E. D'Alessandro, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, in *Foro it.*, 2017, 2639; A. Palmieri, R. Pardolesi, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile,* in *Foro it.*, 2017, 2630; F.A. Benatti, *Benvenuti danni punitivi… o forse no!,* in *Banca borsa e titoli di credito*, 2017; C.M. Bianca, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *www.Giustiziacivile.com,* 31 gennaio 2018.

[30] M. Sesta, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 394 ha osservato che «la mancata attribuzione di una veste giuridica a tale rapporto non si limiterebbe alla condizione del genitore d'intenzione, che ha scelto un metodo di procreazione che l'ordinamento italiano disapprova, ma finirebbe con il pregiudicare il bambino stesso il cui diritto al rispetto della vita privata si troverebbe significativamente leso».

[31] Il ricorso all'adozione in casi particolari è funzionale a garantire lo sviluppo della personalità del minore, operando sul piano dei bisogni materiali ed esistenziali dello stesso e non su quello egoistico della coppia che, a tutti i costi, vuole soddisfare il desiderio di genitorialità (così G. Recinto, *Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, in *Fam. dir.*, 2023, 436). In senso contrario, si veda Spadafora, il quale, da un lato, condivide l'affermazione delle Sezioni Unite concernente la contrarietà della pratica all'ordine pubblico internazionale ma dall'altro critica la soluzione dell'adozione in casi particolari

Tale soluzione, però, non ha convinto la Corte Europea dei diritti dell'uomo[32] che ha osservato come la tecnica dell'adozione in casi particolari non assicura un'adeguata tutela al nascituro per tre ordini di ragioni.

Innanzi tutto, non fa sorgere rapporti di parentela tra il minore adottato e i familiari dell'adottante.

Inoltre, non garantisce al nato la possibilità di instaurare un rapporto giuridico con il genitore d'intenzione, in quanto l'adozione in casi particolari richiede l'assenso del genitore biologico che potrebbe non prestarlo per motivi che sono estranei alla tutela del nato, come, ad esempio, il rapporto conflittuale con il proprio *partner*.

In ultimo, non consente al nato di far valere i propri diritti di figlio nei confronti del soggetto che, pur partecipando al progetto procreativo, non abbia poi voluto adottare il minore.

Tale arresto, come correttamente rilevato dalla Corte costituzionale[33], ha determinato un vuoto di tutela che, in assenza di uno specifico intervento legislativo, la giurisprudenza ha cercato di colmare.

Infatti, la prima sezione della Corte di cassazione[34], nel sollecitare nuovamente l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, ha proposto di scomporre la monoliticità del divieto, evidenziando come la surrogazione di maternità possa assumere diverse forme non tutte lesive della dignità della donna.

individuata dalla Suprema Corte per bilanciare il divieto interno alla maternità surrogata e la possibilità per le coppie italiane di accedere a tale pratica negli Stati in cui è ammessa (cfr. M. Sesta, *Note introduttive*, in *Fam. dir*., 2023, 428). Infatti, l'Autore, al fine di contemperare la tutela delle qualità esistenziali del nato con la salvaguardia della dignità della gestante, valorizza il rapporto genitoriale che si instaura tra il minore e la madre partoriente. Tale ricostruzione, che avrebbe un appiglio normativo nell'art. 269, comma 3, c.c., consentirebbe di affermare che tra i diritti del minore figura primariamente quello ad avere un padre e una madre (così A. Spadafora, *Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"?*, in *Fam. dir*., 2023, 468).

[32] Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. 16, in *Dir. Succ. e Fam*., 2020, 1035 con nota di L. Tullio, *Nascere da madre surrogata e vivere inseguendo un legame. Il lungo cammino delle gemelle Mennesson*, in *Dir. Succ. e Fam*., 2020; G. Salvi, *Il caso della gestazione per altri nel canone della CEDU ed i suoi effetti nel nostro ordinamento*, in S. Pagliantini (a cura di), *Ricerche di diritto europeo tra sostanza e processo*, Napoli, ESI, 2020, 241.

[33] Sul punto, si veda Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, in *Giur. it*., 2022, 301 con nota di V. Calderai, *Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giur. it*., 2022, 301; M. Dogliotti, *Due madri e de padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, in *Fam. dir*., 2021, 688; G. Ferrando, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, *ivi*, 704; B. Checchini, *L'«omogenitorialità» ancora al vaglio della Corte costituzionale,* in *Nuova giur. civ. comm*., 2021, 1034; S. Tonolo, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*, in *Corr giur*., 2021.

[34] Il riferimento è a Cass. 21 gennaio 2022 n. 1842, in *Giur. it.,* 2022, 1825, con nota di U. Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 1055; A. Federico, *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite, ivi*.

In altri termini, la Suprema Corte, sulla falsariga di quanto in precedenza affermato dalla giurisprudenza tedesca[35], ha proposto di effettuare una valutazione caso per caso, aprendo alla suddetta tecnica procreativa nei casi in cui vi sia un rapporto biologico almeno con una parte della coppia, non vi siano stati condizionamenti, motivati anche da ragioni economiche, nella scelta della donna di ricorrere a tale tecnica e sia stato riconosciuto alla gestante la possibilità di revocare il consenso[36].

Le Sezioni Unite[37], tuttavia, non hanno colto lo spunto offerto dalla Corte rimettente, confermando il proprio tradizionale orientamento. Infatti, hanno rilevato che il legislatore italiano, nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, in quanto nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avvenga a titolo oneroso o gratuito.

Inoltre, la valutazione caso per caso, proposta dall'ordinanza di rimessione, finirebbe per essere attribuita, in prima battuta, non al giudice, bensì all'ufficiale di stato civile, il quale si troverebbe nella situazione di concreta impossibilità di accertare se la gestante abbia ricevuto un corrispettivo economico o se vi sia stato un approfittamento della situazione di soggezione in cui la stessa si trovava.

In ultimo, le Sezioni Unite hanno affermato che l'istituto dell'adozione in casi particolari è in grado di assicurare al minore una piena tutela.

Infatti, l'impedimento per il nato ad instaurare un rapporto di parentela con i familiari del genitore di intenzione, giustamente rilevato dalla giurisprudenza sovranazionale, è venuto meno a seguito

[35] Il *Bundesgerichtshof*, nella nota pronuncia del 10 dicembre 2014, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2015, 479 con nota di B. Heiderfhoff, *Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei Leihmutterschaft*, ha affermato che la maternità surrogata non contrasta con l'ordine pubblico internazionale quando sia a titolo gratuito, in quanto non vi sarebbe alcuna mercificazione del corpo della donna che metta a disposizione il proprio corpo volontariamente e in assenza di corrispettivo. La lesione dell'ordine pubblico internazionale non si avrebbe neanche nel caso di maternità surrogata onerosa quando le condizioni economiche della donna siano tali da poter escludere che la sua decisione sia stata influenzata dal bisogno. Viceversa, un contrasto con l'ordine pubblico internazionale potrebbe in astratto verificarsi nei casi in cui la donna versa in stato di bisogno ed effettua la maternità surrogata dietro corrispettivo. Tuttavia, secondo il *Bundesgerichtshof*, in tal caso si dovrebbe accettare il contrasto perché una diversa soluzione danneggerebbe il nato che, come osservato nel corpo del saggio, sarebbe un soggetto terzo rispetto al *pactum sceleris* posto in essere tra la coppia committente e la gestante (cfr. S. Patti, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta*, cit., 621).

[36] Cfr. M. Sesta, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio*, cit., 391.

[37] Il riferimento è a Cass, Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Giur. it.*, 2320 con nota di G. Salvi, *Ancora un no (forse definitivo) delle Sezioni unite alla trascrizione a seguito di gestazione per altri;* G. Recinto, *Le "istruzioni"*, cit., 430; M. Dogliotti, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena*, cit., 437; A. Spadafora, *Irriducibilità*, cit., 456; M. Bianca, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività*, in *www.Giustiziainsieme.it*, 6 febbraio 2023.

di un recente arresto della Consulta[38] con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 l. n. 184/1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300 comma 2 c.c., non consentiva l'instaurazione di alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante[39].

Inoltre, la Suprema Corte non ha ritenuto che l'assenso richiesto dall'art. 46 l. n. 184/1983 al genitore biologico importi per il nato una tutela ridotta, poiché il requisito appena menzionato deve essere letto in combinato disposto con l'art. 57 l. n. 184/1983[40], in modo da assicurare il *best interest of the child*.

Pertanto, il giudice dovrà accertare se, nel caso concreto, il rifiuto opposto dal genitore biologico sia effettivamente espresso a tutela del minore o sia solo frutto del rapporto conflittuale tra la coppia[41], con l'ovvia conseguenza che, laddove l'organo giudicante ritenga che il mancato assenso sia dipeso da ragioni estranee alla tutela del minore potrà pronunziare ugualmente l'adozione.

§ 4. – *Il vuoto di tutela del minore non adottato a seguito delle Sezioni Unite e il tentativo della dottrina di colmarlo*

La soluzione prospettata dalle Sezioni Unite, seppure equilibrata, non assicura ancora una piena tutela al nato, in quanto l'adozione in casi particolari non gli permette di far valere i diritti al mantenimento, all'assistenza e financo all'amore[42] nei confronti del genitore di intenzione che, pur avendo partecipato al progetto procreativo, non abbia successivamente voluto instaurare alcun legame giuridico con il nascituro.

L'adozione, infatti, si basa sull'iniziativa del genitore e non anche del minore. Tale limitazione, se trova una adeguata giustificazione

[38] Il riferimento è a Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, in *Fam. dir*., 2022, 897 con nota di M. Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, 1013; M. Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, *ivi*.

[39] Cfr. R. Senigaglia, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/22*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2022, 1334.

[40] La condivisione del progetto genitoriale e la relazione di affetto e cura tra adottante ed adottando sono da considerarsi il presupposto di fatto che rende irragionevole il rifiuto del genitore biologico, al quale non è rimessa alcuna discrezionalità, perché l'art. 46 l. n. 184/1983 non è avulso dalla logica scaturente dall'art. 57, l. n. 184/1983, il quale impone al giudice l'obiettivo di perseguire sempre l'interesse del minore nell'ambito del procedimento di adozione particolare, anche quando ciò comporti una valutazione di inefficacia o irrilevanza *ex officio* del dissenso (ingiustificato) del genitore biologico [così G. Salvi, *Ancora un no (forse definitivo)*, cit., 2325].

[41] Cfr. G. Recinto, *Le "istruzioni"*, cit., 435.

[42] Autorevole dottrina ha affermato tra i diritti del figlio debba includersi quello all'amore, inteso come «l'interesse a ricevere quella carica affettiva di cui l'essere umano non può fare a meno nel tempo della sua formazione» (così C.M. Bianca, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. fam. pers*., 2006, 211 ss.).

nella finalità assistenziale che connota le ipotesi classiche di adozione – dove l'adottante offre il proprio affetto ad un soggetto totalmente estraneo alla sua sfera biologica e procreativa – mal si concilia con la realtà della maternità surrogata.

In tal caso, infatti, il genitore di intenzione, pur non avendo legami biologici con il nato, non è ad esso totalmente estraneo, essendo il minore il frutto del progetto procreativo che tale soggetto ha portato avanti con il *partner*.

Si dovrebbe allora riconoscere al nascituro la facoltà di far valere i diritti propri dello *status* di figlio, nella consapevolezza che «chi con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto (lecito o illecito), determina la nascita di un bambino, se ne deve assumere la piena responsabilità e deve assicuragli tutti i diritti che spettano ai bambini nati "lecitamente"»[43].

Tale esigenza ha portato parte della dottrina ad ipotizzare di differenziare gli effetti tra il soggetto che, pur avendo partecipato al progetto procreativo non ha poi voluto adottare il figlio del *partner* e il nato, sulla falsariga di quanto previsto per il matrimonio putativo[44] dall'art. 128, comma 2, c.c.[45]. In tal modo, infatti, si tutelerebbe il minore senza favorire colui che ha agito in violazione della legge.

Alle medesime conclusioni, seppur attraverso un diverso percorso argomentativo, perviene altra dottrina, la quale ha proposto di estendere analogicamente l'art. 279 c.c.[46] che, per i casi in cui non è possibile proporre domanda volta al riconoscimento giudiziale della paternità o maternità, consente al nato fuori dal matrimonio di agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione[47]. Infatti, considerando genitore non solo il donatore genetico di vita ma anche colui che ha concorso con la propria volontà a mettere al mondo il nato tramite surrogazione, si potrebbe applicare tale norma anche nel caso in esame, con la conseguenza di spezzare la reciprocità di diritti e obblighi propria dello stato di figlio: l'adulto dovrebbe garantire al nato i diritti, anche di carattere successorio, che discendono dallo *status* filiale ma non potrebbe vantare alcuna pretesa nei confronti di quest'ultimo[48].

[43] Cfr. Cass, Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.

[44] Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile – La famiglia*, cit., 170.

[45] Così A. Morace Pinelli, *La maternità surrogata*, cit., 1283 ss.

[46] Sul punto si veda U. Salanitro, *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, 948.

[47] L'essere educato o l'essere istruito sono declinazioni dell'unico interesse del minore a formarsi nell'esperienza di vita della sua famiglia, cioè interesse a crescere nella sua famiglia [così C.M. Bianca, *Il diritto del minore alla propria famiglia*, in M. Comporti e S. Monticelli (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Napoli, ESI, 2005, 133].

[48] Cfr. A. Renda, *Ancora sulla surrogazione*, cit., 308.

La tesi suesposta non ha persuaso altra parte della dottrina[49], la quale ha osservato come non si possa equiparare la situazione di chi ha generato biologicamente un figlio che non può essere dichiarato né riconosciuto a quella di chi ha concorso con la propria volontà a mettere al mondo il nato tramite surrogazione, in quanto l'intenzione non può ritenersi di per sé stessa idonea a creare un rapporto filiale.

Tale indirizzo dottrinale, pur negando l'applicazione analogica dell'art. 279 c.c., ha riconosciuto al minore "abbandonato" i diritti propri del figlio attraverso il rimedio risarcitorio di cui all'art. 2043 c.c., da attuarsi eventualmente anche in forma specifica[50].

Infatti, mediante l'azione risarcitoria il nato potrebbe reclamare in giudizio i costi di mantenimento, istruzione ed educazione che il soggetto che ha preso parte al progetto procreativo non ha sostenuto[51].

§ 5. – *La necessità di un intervento normativo: prospettive di riforma*

Il citato dibattito dottrinale testimonia che la soluzione dell'adozione in casi particolari non garantisce, nonostante i ritocchi della Consulta e l'interpretazione costituzionalmente orientata proposta dalle Sezioni Unite, una tutela piena al nato da maternità surrogata che ancora si trova in una posizione deteriore rispetto a coloro che sono stati procreati naturalmente.

L'individuazione di un punto di equilibrio tra la tutela del nato da maternità surrogata e il divieto che circonda tale tecnica nel nostro ordinamento non può essere individuato dalla giurisprudenza. Un compito così delicato, infatti, non può che spettare al legislatore[52] che dovrebbe, a sommesso avviso di chi scrive, farsi carico dell'onere di innovare la disciplina delle adozioni, prevedendo in aggiunta alle ipotesi tradizionali una nuova figura che non si basi sul requisito dello stato di abbandono, ma ruoti intorno all'esistenza di un progetto di genitorialità e ad un concreto e autentico legame affettivo con il nato[53].

Tale modello, contrariamente a quanto previsto dall'adozione di cui all'art. 44 lett. d) l. n. 184/1983, dovrebbe presentare i caratteri della

[49] Il riferimento è a M. Sesta, *La maternità surrogata nel dialogo tra Corti e Dottrina*, in *Fam. dir*., 2024, 164.

[50] Così M. Sesta, *La maternità surrogata nel dialogo*, cit., 164.

[51] Cfr. V. Calderai, *La dignità umana,* legal irritant *del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 676.

[52] Tale esigenza è stata rilevata anche da G. Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2022, 313, il quale ha osservato che: «la necessità di portare ordine a una materia così delicata…appare evidente, poiché l'interprete è stato spesso costretto a forzare il dato normativo vigente, pur di fornire una risposta sì necessaria, epperò insoddisfacente».

[53] Cfr. M. Bianca, *La maternità surrogata*, cit.

pienezza, l'avvio del procedimento anche su iniziativa del minore e la semplificazione dello stesso.

La necessità di prevedere, per il nato da maternità surrogata, una adozione piena in luogo di quella in casi particolari, si giustifica perché solo la prima si traduce in un modello che, nelle regole di tutela, mima i diritti della filiazione biologica[54]. Infatti, solo tale adozione spiega un effetto legittimante, di talché la relativa pronuncia equivale a filiazione, mentre un simile effetto non connota l'adozione in casi particolari[55].

Inoltre, l'esigenza di derogare all'impianto tradizionale dell'adozione, prevedendo l'iniziativa anche del minore, trova la sua giustificazione nella particolarità della situazione: nella maternità surrogata, contrariamente alle altre ipotesi in cui viene in rilievo l'adozione, non si adotta il figlio altrui, cioè un soggetto totalmente estraneo alla propria sfera giuridica, ma un bambino che è il frutto del progetto procreativo portato avanti con il proprio *partner*[56].

Il riconoscimento al nato dalla gestazione per altri, per il tramite del curatore speciale[57], del potere di avviare la procedura adottiva gli consentirebbe di far valere i propri diritti nei confronti del soggetto che, pur avendo condiviso il progetto procreativo, non l'ha successivamente voluto adottare. In tal modo, si responsabilizzerebbe l'adulto che ha scelto di far venire al mondo il bambino e, al contempo, si riconoscerebbe al nato da maternità surrogata una tutela equivalente a quella del figlio non riconosciuto.

La semplificazione procedurale[58], in ultimo, neutralizzerebbe i potenziali pregiudizi che le lungaggini della procedura adottiva potrebbero arrecare al minore. Infatti, se nel tempo necessario per perfezionare l'adozione dovesse venire a mancare il genitore biologico, il nato si troverebbe privo di qualsivoglia legame giuridico con coloro che hanno condiviso la decisione di farlo venire al mondo.

---

[54] Cfr. M. Bianca, *La maternità surrogata*, cit.

[55] Cfr. R. Gelli, *L'adozione del partner omosessuale tra divieto di maternità surrogate e interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2024, 185.

[56] Cfr. G. Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 382.

[57] Per una compiuta disamina sul curatore speciale del minore, a seguito della riforma operata dal d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149 si rinvia a M. Velletti, *Il tutore e il curatore del minore*, in M. Bianca, F. Danovi (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2023, 934; R. Rosetti, *Il curatore del minore*, *ivi*, 950; F. Molinaro, *sub artt. 473-bis.7 e 473-bis.8 c.p.c.*, in R. Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa, Pacini, 2023, 778; G. Fanelli, *Brevi riflessioni sul curatore speciale del minore*, in *Judicium*, 2023, 427 e A. Thiene, *Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, 1328.

[58] Tale esigenza è sottolineata da tempo dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, la quale, dopo aver rilevato che la tecnica dell'adozione in casi particolari non è di per sé stessa pregiudizievole per il minore, ha affermato che gli interessi del nascituro vengono pregiudicati se questo non beneficia di una procedura adottiva rapida che gli permetta di ottenere in tempi celeri il riconoscimento dello stato (cfr. V. Calderai, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1112).

Queste suggestioni, che in parte sono state recepite in un recente disegno di legge[59], consentirebbero di far dialogare le diverse posizioni emerse nel panorama internazionale e, al contempo, assicurerebbero al nato da maternità surrogata l'omogeneità dello *status* filiale, evitando il rischio, attualmente esistente, che taluno venga considerato figlio in alcuni Stati ma non in altri. Lo *status* di figlio, infatti, è unitario e, di conseguenza, non tollera al suo interno alcuna distinzione, in quanto «la legge conosce solo figli»[60].

Abstract

The paper, after highlighting the persistent reasons for the ban on surrogacy, focused on the solution identified by Italian jurisprudence (adoption in special cases) to reconcile the ban on gestation on behalf of others and the need to ensure full protection for the child born.
This institution, despite the adjustments made by jurisprudence, still does not seem to guarantee full protection for the born child. Therefore, in the author's opinion, it would be necessary for the legislature to intervene and, by enhancing the peculiarities of surrogacy, introduce a new adoptive figure that is not based on the requirement of the state of abandonment but revolves around the existence of a parenting project and a concrete and genuine emotional bond between the couple and the born child.

[59] Si tratta del disegno di legge d'iniziativa dei senatori Bazoli, Delrio, Malpezzi, presentato il 12 settembre 2023, dal titolo «Disposizioni in materia di adozioni dei figli del coniuge, della parte dell'unione civile o della persona stabilmente convivente nati all'estero con tecniche medicalmente assistite e modalità di procreazione effettuate in violazione dei divieti di cui alla legge 19 febbraio 2004, n. 40», nel quale si prevede la soluzione dell'adozione piena con una procedura semplificata e snella.

[60] L'affermazione si deve a C.M. Bianca, *Verso un più giusto diritto di famiglia*, in *Iustitia*, 2012, 237 e, più diffusamente, Idem, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1. L'illustre Autore ha fatto ricorso alla nota espressione per sottolineare l'ingiustificata disparità di trattamento a cui venivano sottoposti i c.d. figli naturali, rispetto a quelli legittimi, prima della l. 10 dicembre 2012, n. 219.

V.23. *Che significa essere genitori?*

di Giada Cascio*

Sommario: § 1. – Legami familiari e paternalismo nelle pronunce delle Corti. § 2. – Riconoscimento dello status di filiazione. § 3. – Riferimenti alla CEDU. § 4. – Conclusioni.

§ 1. – *Legami familiari e paternalismo nelle pronunce delle Corti*

Una significativa sentenza è quella delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 2019[1]. Il caso riguardava due minori, figli genetici di uno dei membri di una coppia omosessuale, nati tramite gestazione per altri, pratica legale in Canada anche per coppie omosessuali. Il giudice canadese aveva riconosciuto lo status di figli anche nei confronti del genitore non biologico.

I due ricorrenti avevano quindi chiesto la trascrizione nei registri italiani di tale provvedimento, ma l'Ufficiale di Stato Civile aveva negato la trascrizione. La questione era stata inizialmente portata alla Cassazione e successivamente devoluta alle Sezioni Unite, le quali avevano ritenuto che il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento canadese fosse contrario all'ordine pubblico, in quanto lesivo della dignità della donna.

La Corte considerava il divieto sancito dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40/2004[2] come un principio di ordine pubblico, volto a proteggere la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione. Come evidenziato da Poggi, «Da ciò segue l'intrascrivibilità degli atti e l'irriconoscibilità dei provvedimenti giurisprudenziali esteri che accertino il rapporto di filiazione tra i minori e il genitore o i genitori d'intenzione»[3].

Nella medesima sentenza, le SS.UU. identificano anche lo strumento alternativo da utilizzare per garantire ai minori un'adeguata tutela, salvaguardando la continuità della relazione affettiva ed educativa con il genitore d'intenzione: l'adozione in casi particolari *ex* art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983. Secondo le SS.UU., tale

* Università degli Studi di Palermo.

[1] Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 8 maggio 2019, n. 12193.

[2] Legge 19 febbraio 2004, n. 40, norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

[3] F. Poggi, *La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, Rivista trimestrale*, n. 3/2021, 655-669, doi: 10.1440/103115.

istituto fungerebbe da clausola di chiusura del sistema e consentirebbe di preservare la continuità della relazione affettiva ed educativa, a condizione che vi sia una «constatata impossibilità di affidamento preadottivo, da intendersi non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo».

La decisione delle Sezioni Unite ha suscitato numerose critiche dottrinali, sia per quanto riguarda la nozione di ordine pubblico adottata[4], sia rispetto all'individuazione dell'adozione in casi particolari come strumento idoneo a garantire un'adeguata tutela[5], sia, in particolare, per la mancata tutela del superiore interesse del minore[6].

È probabile che la sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2017 abbia influito sull'orientamento restrittivo della Cassazione nel 2019. Infatti, nel 2017, la Corte Costituzionale italiana si era pronunciata su un caso riguardante la gestazione per altri. Il certificato di nascita, redatto all'estero, riconosceva il bambino come figlio naturale della coppia di cittadini italiani coinvolti ed era stato trascritto in Italia.

Successivamente, la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni aveva scoperto che il bambino era nato tramite GPA e aveva avviato il procedimento per dichiararne lo stato di adottabilità. Tuttavia, non fu dichiarato lo stato di adottabilità poiché emerse l'esistenza di un legame genetico con il padre intenzionale.

Il Tribunale ordinario dichiarò che la madre intenzionale non era né la madre genetica né biologica (la partoriente) del bambino e negò il riconoscimento dello *status filiationis* del minore nei suoi confronti. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla Corte d'appello di Milano sull'art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede la possibilità di valutare caso per caso quale sia il superiore interesse del minore, stabilendo che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minorenne per difetto di veridicità possa essere accolta solo se conforme al superiore interesse del minore stesso.

La Corte Costituzionale non concordò con l'interpretazione del giudice rimettente e dichiarò infondata la questione, sostenendo che la verità biologica, ovvero il principio del *favor veritatis*, costituisce una

[4] V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIus*, 2019; M.R. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore? Nota a Cass. S.U. 8 maggio 2019, n. 12193,* in: *Familia* - ISSN 2531-6796, n. 3/2019, 345-385; S. Tonolo *et al.*, *Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in *GenIus*, 2020, 6.2: 61-68; M. Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *GenIus*, 2019, 1-17.

[5] G. Ferrando, *I rapporti tra genitori e figli nelle coppie dello stesso sesso. Dialoghi con la giurisprudenza,* in *Rivista dell'AIAF*, 2019, 1; M. Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternità,* cit.

[6] V. nota 4; v. nota 5; L. Acconciamessa, *Occasioni mancate: il bilanciamento tra diritto alla vita familiare e best interest of the child, e la rappresentanza del minore nella sentenza Strand Lobben*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2020, 225-235.

componente essenziale del superiore interesse del minore. La Corte ha inoltre ribadito che la GPA è considerata nel nostro ordinamento lesiva della dignità della donna e sanzionata come reato. Tuttavia, la Corte ha affermato che il principio che tutela la verità biologica, sebbene rilevante, deve essere bilanciato con il superiore interesse del minore, tenendo conto della durata del rapporto instaurato con il minore, dell'identità acquisita da quest'ultimo, delle modalità di concepimento e gestazione, della possibilità di adozione in casi particolari, nonché del disvalore attribuito alla GPA dall'ordinamento.

§ 2. – *Riconoscimento dello status di filiazione*

Nel 2020, con l'ordinanza del 29 aprile, n. 8325, la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha sollevato una questione di legittimità costituzionale relativa all'impossibilità di trascrivere un provvedimento straniero che riconosce il legame di filiazione tra un genitore intenzionale e un minore nato mediante gestazione per altri (GPA).

Il caso in esame concerne una coppia di cittadini italiani, sposati in Canada e il cui matrimonio è stato registrato nel registro delle unioni civili. La coppia ha richiesto la trascrizione dell'atto di nascita del figlio, nato in Canada tramite GPA con il gamete di uno dei partner. A seguito dell'opposizione dell'Ufficiale di Stato Civile, la coppia ha presentato ricorso alla Corte d'Appello di Venezia per ottenere la trascrizione dell'atto di nascita estero. Successivamente, l'Avvocatura di Stato ha presentato ricorso in Cassazione.

Richiamando la sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite, la Corte di Cassazione ha affermato che il divieto di GPA, considerato contrario all'ordine pubblico, impedisce la trascrizione dell'atto di nascita straniero che riconosce il rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale. La Corte ha quindi sollevato una questione di legittimità costituzionale rispetto agli articoli 12, comma 6, della l. 40/2004, 64, comma 1, della legge n. 218/1995 e 18 del d.p.r. n. 396/2000, nella misura in cui tali disposizioni, interpretate nel senso di impedire sempre la trascrizione dell'atto di nascita estero, non riconoscono il rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale.

§ 3. – *Riferimenti alla CEDU*

La Corte ha richiamato il parere consultivo del 10 aprile 2019 della Grande Chambre della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), il quale stabilisce che il diritto del bambino alla vita privata, come previsto dall'art. 8 della Convenzione, richiede che le legislazioni nazionali

adottino misure per riconoscere il rapporto tra il genitore intenzionale, indicato nell'atto di nascita, e il minore. Tale riconoscimento non deve necessariamente avvenire attraverso la trascrizione dell'atto di nascita, ma possono essere utilizzati altri strumenti, purché la procedura sia celere ed efficace.

Secondo la CEDU, il diritto del minore al riconoscimento di entrambi i genitori indicati nell'atto di nascita deve prevalere sul divieto di GPA, poiché impedire giuridicamente il riconoscimento della relazione affettiva e di cura con il genitore intenzionale contrasterebbe con il diritto del minore all'identità e alla continuità dello *status filiationis*.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che l'interpretazione delle Sezioni Unite fosse in contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31 e 117 della Costituzione Italiana, in violazione dell'articolo 8 della CEDU. I giudici hanno sostenuto che considerare il divieto di GPA come un principio di ordine pubblico internazionale, sempre prevalente sull'interesse del minore, contrasta con l'art. 8 della CEDU, poiché tale misura inciderebbe negativamente sui diritti inviolabili del minore all'identità personale e all'appartenenza al nucleo familiare di origine.

La Corte ha quindi affermato che il diniego del riconoscimento dello *status filiationis* dovrebbe derivare da una valutazione giurisdizionale orientata al superiore interesse del minore. Come sottolineato da Poggi[7], l'attuale orientamento giurisprudenziale violerebbe anche il principio di ragionevolezza sancito dall'art. 3 della Costituzione.

Nella sentenza del 19 marzo 2021, la Corte Costituzionale ha stabilito che il superiore interesse del minore deve essere bilanciato con il principio di ordine pubblico, al fine di disincentivare la pratica della gestazione per altri (GPA). La Corte ha osservato che la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) non impone la trascrizione degli atti di nascita stranieri, ma richiede l'adozione di un mezzo giuridico efficace e rapido per riconoscere il legame tra il minore e il genitore intenzionale.

La Corte ha inoltre riconosciuto l'inadeguatezza dell'adozione nei casi particolari per tale finalità, sottolineando, tuttavia, che spetta al legislatore individuare una soluzione più adeguata.

Tuttavia, la motivazione della Corte presenta elementi di criticità. In primo luogo, essa non affronta la questione del presunto conflitto tra il superiore interesse del minore e il principio di ordine pubblico, considerando che il superiore interesse del minore dovrebbe contribuire alla definizione del concetto stesso di ordine pubblico.

[7] F. Poggi, *La bilancia inceppata*, cit.

La trascrizione degli atti di nascita stranieri non contrasta con il divieto di GPA, vigente solo in Italia, e il mancato riconoscimento immediato del legame di filiazione e degli atti di nascita stranieri non garantisce alcuna tutela alla dignità della gestante. La Corte ha semplicemente affermato che l'impossibilità di trascrivere automaticamente gli atti di nascita ottenuti all'estero servirebbe a disincentivare il ricorso alla GPA.

Secondo la Corte, questo effetto dissuasivo potrebbe essere raggiunto sia attraverso l'adozione nei casi particolari sia mediante un altro strumento più efficace e rapido, che il legislatore dovrebbe predisporre. Tuttavia, tale argomentazione appare discutibile, poiché un meccanismo di riconoscimento celere ed efficace dello *status filiationis* potrebbe, al contrario, incentivare la pratica della GPA all'estero, piuttosto che disincentivarla.

Come osserva Poggi[8], «A livello di senso comune, si può osservare che se una coppia è disposta a trasferirsi all'estero per una GPA gratuita o a spendere ingenti somme per una GPA commerciale, non è verosimile che il mancato riconoscimento del legame di filiazione con uno dei genitori possa costituire un forte disincentivo, tanto più che è comunque prevista la possibilità di adozione nei casi particolari».

§ 4. – *Considerazioni finali*

In primo luogo, è opportuno sottolineare che il diritto vigente, oggetto del giudizio di costituzionalità, non è frutto di una scelta legislativa, bensì di un'interpretazione giurisprudenziale. La legge non qualifica esplicitamente il divieto di gestazione per altri come principio di ordine pubblico, né stabilisce che esso debba prevalere sui diritti del minore[9]. Pertanto, qui non è in gioco una tutela dei valori democratici, che potrebbe giustificare una posizione di *self-restraint* da parte del giudice costituzionale.

Infine, Poggi[10] evidenzia che, qualora il nostro ordinamento giuridico dovesse adottare un sistema di riconoscimento conforme ai criteri di effettività e celerità stabiliti dalla Grande Chambre della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), ossia un sistema che garantisca il pieno riconoscimento dello *status filiationis*, verrebbe meno qualsiasi disincentivo al ricorso alla gestazione per altri (GPA) all'estero.

[8] *Ibidem*.

[9] V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *Genius*, 2019; M. Dogliotti, *I due padri tra ordinanza di rimessione e sezioni unite della Cassazione*, in *Genius*, 2019.

[10] F. Poggi, *La bilancia inceppata*, cit.

Pertanto, si presenta una contraddizione nelle argomentazioni della Corte Costituzionale: da un lato, essa sostiene che il mancato riconoscimento sia necessario per scoraggiare una pratica considerata eticamente controversa; dall'altro, invoca l'adozione di un meccanismo che, di fatto, eliminerebbe ogni disincentivo al ricorso a tale pratica. Si pone, pertanto, una scelta precisa: o si considera che il principio della dignità della donna, protetto dal divieto di GPA, richieda di disincentivare in ogni circostanza questa pratica, inclusa la sua realizzazione all'estero e in forma gratuita, escludendo così qualsiasi riconoscimento; oppure si riconosce che tale principio non richieda un disincentivo assoluto, aprendo la strada all'adozione di uno strumento alternativo rapido ed efficace, nonché alla soluzione suggerita dal giudice rimettente, ossia una valutazione concreta e caso per caso.

Da qui si evince come l'inadeguatezza legislativa relativamente alla materia, e la conseguente necessità di un intervento in merito, siano oggi presenti più che mai.

D'altra parte, la giurisprudenza chiamata ripetute volte a pronunciarsi sul tema[11], ha evidenziato come lo strumento dell'art. 44 della l. n. 184/1983 non sia adeguato, e allo stesso tempo, come non possano essere gli organi giurisdizionali ad essere investiti dell'onere della ricerca di soluzioni idonee[12].

In che modo è quindi possibile tutelare realmente queste unità familiari? Ad avviso di chi scrive risulta oggi più che mai necessaria, da parte del legislatore, una revisione dei testi, che permetta una tutela reale dell'interesse del minore, che passa anche e soprattutto dal riconoscimento e dalla legittimazione normativa della sua realtà familiare.

Abstract

The lack of formalization of familial bonds in cases of medically assisted procreation (MAP) and gestational surrogacy (GS) leads to the absence of legal ties with the non-biological parent, leaving their parenthood dependent on the will of the other parent and not mutually shared. In cases of GS, the potential absence of a biological connection with both intended parents may result in the child being considered in a state of "abandonment," potentially making them eligible for adoption. Current legal provisions therefore condition the status of children born via GS on the existence of a genetic link, disregarding the intent, assumption of parental responsibility, and shared parental plan, as well as the will of the gestational carrier, which is a fundamental prerequisite for the use of this technique. In this context, the term "parents" is limited to in-

[11] *Ibidem.*

[12] Corte Cass. Sez. Unite sent., n. 12193 del 2019; Corte Cost., sent. n. 33 del 2021; Cass. civ., sez. I, ord. 21 gennaio 2022, n. 1842.

dividuals who have a genetic relationship with the child or who have adopted the child through full adoption, neglecting other aspects of parenthood. In Italy, a common legal instrument used to recognize the filiation status in the context of MAP is Article 44 of the Italian Law 184/1983, the so-called "special case adoption," which, following a complex interpretative process undertaken by scholars and jurisprudence, has allowed the adoption of the partner's child. However, this type of adoption does not establish a full legal bond with the adoptive parent's family, as it does not create a kinship relationship within the original legislative framework. Moreover, the application of Article 44 of Law 184/1983 is closely linked to the will of the biological parent, which may be influenced by various factors, primarily a potential crisis in the couple's relationship, potentially turning minors into "instruments of power" in borderline situations between the two parents. These brief considerations highlight the precarious nature of the relationship between the intended parent and the child, a precariousness recently addressed by a significant ruling of the VIII Civil Section of the Ordinary Court of Milan, which ordered the Civil Status Officer to fully transcribe the birth certificate of a child born in the USA, indicating both fathers, the biological and the intended, in the civil registry. This underscores the legislative inadequacy in this area and the pressing need for legislative intervention. Furthermore, the judiciary, frequently called upon to adjudicate these issues, has underscored that the instrument provided by Article 44 of Law 184/1983 is inadequate, and that the judiciary cannot be burdened with finding suitable solutions.

How, then, can these family units be adequately protected? In the view of the author, it is now more necessary than ever for the legislature to revise the legal texts to ensure the real protection of the child's interests, which includes, above all, the recognition and normative legitimization of their familial reality.

V.24. *La connotazione socioaffettiva dei rapporti familiari e il riconoscimento della relazione genitoriale come elemento di realizzazione dell'identità personale*

Un percorso attraverso la giurisprudenza costituzionale

di Maria Cristina Carbone*

Sommario: § 1. – Premessa. La progressiva emersione del diritto all'identità personale nell'ordinamento italiano. § 2. – Delimitazione del campo di indagine e nota metodologica. § 3. – La tutela dei figli incestuosi. Il riconoscimento dello *status filiationis* come «elemento costitutivo della c.d. identità personale»: sentenza della Corte costituzionale n. 494 del 2002. § 4. – La costruzione dell'identità personale del minore tra verità biologica e «legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno della famiglia»: Corte costituzionale, sentenze nn. 272 del 2017 e 127 del 2020. § 5. – Il riconoscimento del vincolo di filiazione nei confronti del genitore non biologico per i minori nati all'estero mediante tecniche di procreazione assistita o da gestazione per altri: Corte costituzionale, sentenze nn. 32 e 33 del 2021. § 5.1. – Il riconoscimento dei legami familiari in caso di adozione in casi particolari: Corte costituzionale, la sentenza n. 79 del 2022. § 6. – Il procedimento di adozione e l'"identità relazionale" del soggetto adottato: sentenza n. 183 del 2023. § 6.1. – L'adozione del maggiorenne come strumento utile ad assecondare legami affettivo-solidaristici: sentenza n. 5 del 2024. § 7. – Conclusioni.

§ 1. – *Premessa. La progressiva emersione del diritto all'identità personale nell'ordinamento italiano*

«Perché una realtà non ci fu data e non c'è, ma dobbiamo farcela noi, se vogliamo essere: e non sarà mai una per tutti, una per sempre, ma di continuo e infinitamente mutabile»[1].

Pirandello ci rendeva consapevoli della difficoltà di cogliere il significato e la sostanza dell'identità personale. Questa si costruisce e si modella in un flusso vitale interiore che continuamente mette in luce nuovi aspetti dell'esistenza, favorendo inedite possibilità evolutive del proprio sé che si confronta col mondo esterno e con gli altri per costruire dei significati condivisi[2].

* Università degli Studi di Torino.

[1] L. Pirandello, *Uno nessuno e Centomila*, Firenze, R. Bemporad, 1926. Un approccio al tema dell'identità personale attraverso le opere dello scrittore agrigentino è offerto da A. Randazzo, *Diritto all'identità personale e valori costituzionali. Le linee di un modello, traendo spunto da Luigi Pirandello*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2021, 363.

[2] S. Polenta, *Dialogicità conflittuale e disidentità in Pirandello*, in I. Riccioni, I. Zuczkowski (a cura di), *Monologhi interiori e disidentità*, Roma, Aracne, 2008, 27.

L'identità si forma, dunque, nell'ambito di una dialogicità conflittuale tra interno ed esterno, tra ciò che il soggetto intimamente è e ciò che il soggetto appare socialmente.

Pertanto, rivendicare la propria identità può significare poter manifestare liberamente, nello spazio pubblico, la propria peculiarità e al contempo pretendere che tale peculiarità venga riconosciuta e preservata.

Come tutti i concetti-valore, radicati in filoni di pensiero di carattere filosofico, religioso o sociale, l'identità personale si presta a molteplici e differenti declinazioni, a seconda che ci si ponga, rispettivamente, dall'uno o dall'altro dei possibili angoli di osservazione.

Per queste ragioni il tema, benché rappresenti oramai il centro del dibattito del XXI secolo[3], per lungo tempo è stato poco affrontato dai giuristi, a fronte della difficoltà di circoscriverne l'oggetto nell'ambito dell'ordinamento giuridico positivo[4].

Siffatta condizione ha finito progressivamente per recedere di fronte alle nuove acquisizioni del progresso tecnico-scientifico così come a eventi e realtà dell'esperienza che hanno concorso a rinnovare in senso pluralistico la struttura culturale della società civile, con conseguente emersione di nuove e inedite coloriture della percezione del sé accompagnate da una crescente pretesa di tutela.

Non stupiscono, dunque, l'origine e l'evoluzione sostanzialmente giurisprudenziale del concetto in questione[5].

---

[3] Z. Bauman, B. Vecchi, *Intervista sull'identità*, Roma-Bari, Laterza 2010, 15 «[…] l'"identità" è la questione all'ordine del giorno, argomento di scottante attualità nella mente e sulla bocca di tutti».

[4] Così, F.D. Busnelli, *La persona alla ricerca dell'identità*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1/2010, 7, ora anche in Idem, *Persona e Famiglia*, Pisa, Pacini, 2017, 63, cit., 63: «Invero, anche i giuristi più sensibili alle dimensioni naturali della personalità umana […] non avevano mai, in passato, soffermato la loro attenzione su questo tema, anche perché erano scarse le possibili connessioni con il diritto positivo».

Nell'ambito del diritto costituzionale si segnalano due monografie che trattano il tema dell'identità in maniera sistematica: G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, Il Mulino, 2003; L. Trucco, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 2004. Si vedano, inoltre: G. Finocchiaro, *Identità personale (diritto alla)*, *ad vocem*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, Utet, 2010, 721; F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995; L. Bigliazzi Geri, *Impressioni sull'identità personale*, *Riv. inf.*,1985, 568.

[5] G. Alpa, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto all'identità personale*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 2/1989, 467, lo definisce un diritto «nato in laboratorio».

Il diritto all'identità personale è stato enucleato per la prima volta nell'ordinanza del Pretore di Roma del 6 maggio 1974 (in *Giurisprudenza italiana*, 1975, 514). La vicenda riguardava l'affissione di alcuni manifesti per il sostegno all'abrogazione della legge sul divorzio, durante la relativa campagna referendaria, raffiguranti una giovane coppia di coltivatori diretti. Questi ultimi avevano proposto ricorso avverso l'utilizzo indebito della loro immagine, prodotta in un contesto e per finalità del tutto estranee (un concorso fotografico) da quelle politiche del Comitato referendario. In quella occasione, il pretore romano non si è limitato ad accordare tutela per l'utilizzo abusivo dell'immagine, *ex* art. 10 del Cod. civ. Il giudice ha, infatti, individuato un vero e proprio diritto all'identità personale, inteso qua-

Tra i tanti profili, il primo e più immediato elemento che caratterizza l'identità personale è evidentemente il nome, singolarmente enunciato come bene oggetto di autonomo diritto nell'art. 22 della Costituzione e che assume, assieme all'immagine, la caratteristica del segno distintivo e identificativo della persona nella sua vita di relazione[6].

Ben presto, tuttavia, nell'acquisita consapevolezza che la tutela dell'identità non possa essere confinata al nome, all'immagine e agli altri mezzi di individuazione[7], gli interpreti[8] hanno specificato accanto a una sua dimensione «esteriore», tradizionalmente riferita a esigenze d'identificabilità degli individui da parte dei poteri pubblici, una dimensione «sostanziale»[9]. In questa seconda accezione, l'identità personale viene interpretata come «diritto ad essere sé stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo»[10], e riconosciuta come «un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata»[11].

La dottrina[12] ha ricostruito lo sviluppo giurisprudenziale del concetto giuridico di identità personale in un percorso contraddistinto da progressive aperture ed elaborazioni ermeneutiche via via più elaborate.

---

le diritto a non vedere travisare la propria personalità individuale, nel caso di specie leso mediante l'accostamento alla propaganda a favore dell'abrogazione della legge sul divorzio dell'immagine di persone che, al contrario, si dichiaravano espressamente fautrici dell'istituto del divorzio. Sul punto, si vedano le ampie considerazioni di G. Pino, *Il diritto all'identità personale*, cit.; E. Raffiotta, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 gennaio 2010, 1, spec. 4.

[6] Corte costituzionale, sentenza 9 febbraio 1994, n. 13.

[7] F. Modugno, *op. cit.*, spec. 14.

[8] E. Raffiotta, *op. cit.*, spec. 3 ricorda che «Determinante e prezioso è stato il contributo della dottrina nell'enucleazione ed evoluzione del diritto all'identità personale. Risale al 1905 l'opera di Nicola Stolfi dedicata a "I segni di distinzione personali", oggetto della quale ovviamente non era il diritto all'identità personale, bensì i segni di distinzione quali cognome, prenome, soprannome, pseudonimo, titoli nobiliari, simboli araldici. Si iniziava a profilare il concetto di identità della persona, nel senso di identificabilità nonché unicità dell'individuo. È, però, con Adriano De Cupis ed il suo studio su "*Il diritto all'identità personale*" (1949) che inizia a prendere forma l'esigenza di tutela, non solo dei singoli segni distintivi della persona, bensì anche di un più ampio diritto con una sua fattispecie autonoma direttamente connessa alla tutela della persona». Gli scritti ai quali l'autore fa riferimento sono: N. Stolfi, *I segni di distinzione personali*, Napoli, Tip. Ed. Franc. Lubrano, 1905 e A. De Cupis, *Il diritto all'identità personale*, Milano, Giuffrè, 1949.

[9] A. Morelli, *Persona e identità personale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, Special Issue*, n. 2/2019, 45, spec. 49.

[10] Corte costituzionale, sentenza 24 gennaio 1994, n. 13, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 95.

[11] *Ibidem*.

[12] G. Pino, *op. cit.*, nonché Idem, *L'identità personale*, in S. Rodotà, M. Tallacchini, (a cura di), *Trattato di biodiritto, vol. I, Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, 297.

Una prima fase si è caratterizzata per l'incertezza circa l'esistenza di un generale diritto all'identità personale al di là delle fattispecie puntualmente previste dalla legge, sicché, nonostante alcuni tentativi, la tutela dell'identità veniva ancora connessa alle garanzie a presidio dell'immagine, del nome o della reputazione[13].

La seconda fase, animata dalla tendenza a una maggiore sistematizzazione, ha invece ricostruito il diritto all'identità personale come interesse «a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale, ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale»[14] e ne ha ricondotto il fondamento costituzionale all'art. 2 Cost.[15] «inteso tale precetto nella sua più ampia dimensione di clausola generale, "aperta" all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile, per ciò appunto, di apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela del "pieno sviluppo della persona umana", di cui al successivo art. 3, cpv.»[16].

L'affermazione del diritto all'identità personale ha, infine, trovato anche un riscontro legislativo nell'art. 1 della legge 31 dicembre 1996, n. 675, recante la disciplina sulla protezione dei dati personali[17].

[13] Le iniziali incertezze interpretative in ordine al fondamento e al contenuto del diritto all'identità personale emergono icasticamente dalla giurisprudenza formatasi in merito alla pubblicazione di alcuni manifesti nell'ambito della campagna referendaria per l'abrogazione della legge sul divorzio, utilizzati dai sostenitori dell'abrogazione e che riportavano alcune frasi di Palmiro Togliatti, estrapolate da discorsi e comizi, generando nel pubblico la convinzione che il leader comunista fosse contrario al divorzio. Ebbene, la medesima questione è stata decisa sia dalla Pretura di Roma (Pretura di Roma, ord. 7 maggio 1974) che da quella di Pontedera (Pretura di Pontedera, ord. 10 maggio 1974) in senso opposto. La prima, infatti, ha sostenuto che la pubblicazione di frasi volutamente incomplete o non contestualizzate fosse illecita e sleale perché induceva ad attribuire al politico un'idea che non corrispondeva alla sua linea politica elettorale. Per la seconda, invece, non sussiste un diritto a che il pensiero del proprio leader non sia travisato, dal momento che i diritti della personalità hanno un ambito ben definito e individuato dalla legge.

[14] In questi termini, Corte di cassazione 22 giugno 1985, n. 3769, anche nota come il "caso Veronesi". Lo sviluppo e la tutela dell'identità, dunque, non possono essere trattenuti alle norme civilistiche che tutelano il nome o l'immagine, in quanto «l'identità rappresenta, invece, una formula sintetica per contraddistinguere il soggetto da un punto di vista globale nella molteplicità delle sue specifiche caratteristiche e manifestazioni (morali, sociali, politiche, intellettuali, professionali, ecc.) cioè per esprimere la concreta ed effettiva personalità individuale del soggetto quale si è venuta solidificando od appariva destinata, in base a circostanze univoche, a solidificarsi nella vita di relazione».

[15] In dottrina, il fondamento costituzionale dell'identità personale è stato preconizzato da A. Pizzorusso, *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona*, in G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi (a cura di), *Il diritto alla identità personale*, Padova, Cedam, 1981, 29; *contra* A. Pace, *Il c.d. diritto alla identità personale a gli artt. 2 e 21 della Costituzione*, *ivi*, 36, riconduce la tutela del diritto all'identità personale a una lettura "in negativo" dell'art. 21 Cost.: il divieto di affermare il falso o di pregiudicare l'altrui onore non sono situazioni giuridiche soggettive autonome ma costituiscono limiti alla libertà di manifestazione del pensiero.

[16] Corte di cassazione, sez. I civ., sent. 7 febbraio 1996, n. 978.

[17] Legge 31 dicembre 1996, n. 675 «Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali che ha recepito la direttiva 95/46/CE del Parlamento euro-

Una volta riconosciuta la rilevanza costituzionale dell'identità personale, i giudici comuni ne hanno progressivamente esteso la portata applicativa, utilizzandola sovente come perno argomentativo di un più complesso processo esegetico, finalizzato alla determinazione della norma compiuta per il caso concreto.

Parallelamente, ha trovato approdi espressivi nuovi e ulteriori anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Così, partendo dalla definizione dell'identità personale come corretta rappresentazione della propria immagine sociale, la Consulta ne ha, di volta in volta, enucleato dei corollari come, ad esempio, il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità[18] e il diritto all'identità di genere[19].

§ 2. – *Delimitazione del campo di indagine e nota metodologica*

Poste queste premesse di carattere generale, il presente lavoro si occuperà di analizzare un gruppo di sentenze della Corte costituzionale relative all'accertamento, alla costituzione o al mantenimento dello *status* di figlio che utilizzano il richiamo argomentativo all'identità personale di quest'ultimo quale bene da tutelare e preservare attraverso il riconoscimento del legame genitoriale. Per questa ragione, non si esamineranno le decisioni relative all'attribuzione del cognome[20] e

peo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati», ora modificata dal decreto legislativo n. 101 del 2018, che ha adeguato la normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento generale per la protezione dei dati personali n. 2016/679 dell'Unione europea (GDPR).

[18] Già P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, riteneva che il diritto all'identità sessuale fosse un logico corollario del diritto all'identità personale. Sul punto, la Corte cost. nella sentenza n. 161 del 1985, ha chiarito che il diritto al perseguimento dell'identità sessuale costituisce espressione del più generale diritto all'autodeterminazione personale, in relazione al quale sussiste l'obbligo in capo alla collettività sociale di assicurare adeguato rispetto "per dovere di solidarietà sociale". Sul punto, cfr. L. Trucco, *op. cit*.

[19] La Corte di cassazione, con la sentenza n. 15138 del 2015, qualifica l'identità di genere come espressione dell'identità personale, come tale, sacrificabile dallo Stato solo nel caso in cui si renda necessario preservare interessi di rilievo superiore, tra i quali – a giudizio dei giudici di legittimità – non possono annoverarsi né l'esigenza di tutela della certezza dei rapporti giuridici né la necessaria diversità sessuale nelle relazioni familiari. Per la ricostruzione del dibattito circa la differenza tra identità di genere, identità sessuale e orientamento sessuale, si vedano, tra gli altri, A. Lo Giudice, *Dal soggetto al sé situato. Sulla possibile filosofia dell'identità di genere*, in *GenIUS*, n. 2/2021, 28; F. Bilotta, *Transessualismo (ad vocem)*, in *Dig. disc. priv.*, 2013, 732; P. Stanzione, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Dir. fam. per.*, 2009, 713. Da ultimo, si segnala la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2024 n. 143 sulla possibilità di attribuire il genere "altro sesso", diverso da quello maschile o femminile.

[20] E. Frontoni, *La Corte scrive la nuova disciplina del cognome dei figli*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 5/2022, 162; N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale"*,

al diritto a conoscere le proprie origini[21] che, pur relative allo sviluppo dell'identità nell'ambito dei rapporti familiari, non riguardano precipuamente la menzionata tematica.

Infine, l'analisi avrà a oggetto la sola giurisprudenza costituzionale, con esclusione, dunque, delle sentenze della corte di Strasburgo che pure hanno rappresentato un riferimento essenziale nei mutamenti interpretativi in materia di relazioni familiari, ma che per complessità e specificità meriterebbero una trattazione a sé stante[22].

Le sentenze della Corte costituzionale in materia di riconoscimento o di acquisizione dello *status filiationis* rappresentano l'approdo più recente di un'esperienza sostanziale lunga e progressiva, segnata dal travolgimento dell'istituzione matrimoniale tradizionale come vincolo esclusivo di costruzione di una vita familiare, dal riconoscimento delle unioni omosessuali, dall'abbandono del concetto di genitorialità in senso esclusivamente biologico e, infine, dalla valorizzazione dei rapporti di parentela a prescindere dalla sussistenza di legami di sangue.

Più in generale, pare, oramai, rilevare il superamento dell'idea tralaticia dell'appartenenza giuridica ad un'unica famiglia a favore del riconoscimento di rapporti familiari ulteriori, fondati su ragioni esclusivamente affettive, che possono affiancarsi a quelli di sangue senza che questi vengano meno.

In questo contesto sono maturati assetti familiari che non trovano immediato riconoscimento in norme positive ma che hanno generato legami affettivi socialmente avvertiti come vincolanti[23]; parallelamente sono emerse istanze di riconoscimento giuridico dell'identità acquisita nel tempo dal minore derivante dalla sua inclusione in un determinato contesto familiare, anche attraverso il principio del suo "superiore interesse"[24].

---

interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 1.

[21] C. Ingenito, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini: alla ricerca dell'identità perduta o mai acquisita*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 16-*bis*, giugno 2022, 3392.

[22] Sulla questione di veda: S. 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*, n. 1/2015, 202.

[23] S. Piccinini, *Appunti sui diritti della personalità e sui c.d. nuovi diritti. Tutela e promozione dell'identità personale*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, n. 1/2021, 227.

[24] La letteratura sul tema è diventata ampia e variegata. Si rinvia, per tutti, all'analisi approfondita circa le origini e le evoluzioni del principio del "*best interests of the child*" offerta da E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio del* best interests of the child, Milano, Franco Angeli, 2016, nonché Eadem, *Diritti fondamentali della persona di minore età e* best interests of the child, in *Giustizia insieme*, 6 febbraio 2023 e G. Mingardo, E. Lamarque, *Gestazione per altri e* best interests of the child. *La prospettiva della Corte costituzionale italiana*, in F. Pesce (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto. Problemi aperti e sfide future*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 123. Sulla necessità che gli interessi dei minori debbano comunque essere bilanciati con quelli concorrenti si vedano: A. D'Aloia, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in *Biolaw Journal – Rivista di Bio-*

Si tratta – è indubbio – di orientamenti che si prestano a talune aporie, dovute essenzialmente alla diversa sensibilità di chi vi si approccia, ma che hanno rappresentato elaborazioni ermeneutiche cruciali nella giurisprudenza costituzionale sui diritti fondamentali degli ultimi anni.

§ 3. – *La tutela dei figli incestuosi. Il riconoscimento dello* status filiationis *come «elemento costitutivo della c.d. identità personale»: sentenza della Corte costituzionale n. 494 del 2002*

La prima sentenza che si è scelto di analizzare è la n. 494 del 2002[25], approdo interpretativo fondamentale rispetto al tema del «riconoscimento formale di uno *status filiationis* il quale è un elemento costitutivo dell'identità umana»[26].

La questione sottoposta al Giudice costituzionale riguardava l'illegittimità dell'art. 278, comma 1, Cod. civ. laddove stabiliva la non ammissibilità delle indagini sulla paternità o sulla maternità nei casi in cui, a norma dell'art. 251 Cod. civ., il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato.

Nel dichiarare l'incostituzionalità della norma impugnata, la Corte ha rimosso il divieto per i figli concepiti da soggetti appartenenti alla stessa «cerchia familiare», ossia uniti da vincolo di parentela, di ottenere lo *status filiationis* attraverso la dichiarazione giudiziale della paternità e maternità naturale[27].

Il profilo dell'identità personale del minore costituisce un argomento centrale della trama motivazionale, il cui contenuto e la cui consistenza giuridica si delineano soprattutto in relazione con il complesso

diritto, n. 3/2021, 73; M. Acierno, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in *Questione giustizia*, n. 2/2019, 93.

[25] In *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 4064, con nota di C.M. Bianca, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278, comma 1, c.c. (ma i figli irriconoscibili rimangono)*, 4068. Si veda anche F. Sacco, *Figli incestuosi, famiglia e Costituzione*, in *Rivista AIC*, 19 dicembre 2002; G. Ferrando, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo (Seconda parte) [Nota a sentenza: Corte Cost. 28 novembre 2002, n. 494]*, in *Familia*, n. 3/2023, 848.

[26] Corte costituzionale, sentenza 20 novembre 2002, n. 494, punto 6.1., *Cons. in diritto*.

[27] L'art. 251 c.c., vigente all'epoca della, prevedeva solamente alcune eccezioni al menzionato divieto: nel caso in cui i due genitori ignorassero il loro vincolo di parentela o fosse dichiarato nullo il matrimonio da cui derivasse l'affinità. Qualora uno solo dei genitori fosse stato in buona fede, solo questi poteva effettuare il riconoscimento del figlio. L'articolo 1, comma 3, della legge 10 dicembre 2012, n. 219 ha novellato il menzionato articolo. La nuova previsione codicistica, rubricata *Autorizzazione al riconoscimento,* stabilisce ora che «Il figlio nato da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta, può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio. Il riconoscimento di una persona minore di età è autorizzato dal tribunale per i minorenni».

degli altri "valori" costituzionali coinvolti. La Corte chiarisce, infatti, che: «la *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, imposta ai c.d. figli incestuosi come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti, costituisce una evidente violazione del diritto a uno *status filiationis* e del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali»[28].

L'identità personale, dunque, pare strutturarsi come un "fascio di diritti" comprensivo anche del diritto allo *status filiationis* che la Corte ricava, oltre che dal principio personalista sancito dall'art. 2 Cost., dagli artt. 7 e 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo, i quali dispongono un obbligo in capo agli Stati parte della Convenzione di preservare l'identità del minore[29].

In quest'ottica, la sentenza offre un'interpretazione ulteriore e più ampia dell'identità personale rispetto all'immediato precedente rappresentato dalla sentenza n. 120 del 2001[30], relativa al cognome come segno distintivo ed elemento essenziale della personalità del figlio.

Nella situazione concreta dei figli incestuosi non si pone la questione del "nome" come tratto identificativo della persona nel contesto sociale di appartenenza, me emerge un profilo "sostanziale" della personalità consistente nell'esigenza di far coincidere una condizione fattuale, cioè l'essere figlio biologico di due genitori legati tra loro da un vincolo parentale o di affinità, con la realtà giuridica.

La lesione dell'identità del minore è data proprio dalla mancanza del riconoscimento formale ed "esteriore" dello stato di figlio, con conseguente privazione di un aspetto fondamentale della sua personalità.

Un ulteriore profilo di interesse attiene alla circostanza che nella sentenza la Corte richiama anche il concetto di "identità della fami-

[28] Corte costituzionale, sentenza n. 494 del 2002, punto 5, *Cons. in diritto*.

[29] Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n.176. In particolare, l'art. 8 dispone: «1. Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come sono riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali. 2. Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile».

[30] La sentenza ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, l'art. 299, secondo comma, del Cod. civ., nella parte in cui non prevede che, qualora sia figlio naturale non riconosciuto dai propri genitori, l'adottato possa aggiungere al cognome dell'adottante anche quello originariamente attribuitogli. Infatti precludere all'adottato maggiorenne la possibilità di mantenere il cognome utilizzato da sempre e segno distintivo ormai radicato nel contesto sociale in cui egli vive, si risolve in un'ingiusta privazione di un elemento della sua personalità; preclusione che mostra, inoltre, la sua irrazionalità alla luce della riforma dell'adozione (con legge n. 184 del 1983), in virtù della quale sussiste ora una netta distinzione fra l'adozione dei minori e quella dei maggiorenni, in quanto quest'ultima, a differenza della prima, non crea alcun vincolo di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante e consente altresì che vengano mantenuti i rapporti dell'adottato con la famiglia di origine.

glia", espressione utilizzata quale sinonimo di "ordine familiare" e, in ultima analisi, coincidente con l'assetto dei rapporti familiari tradizionalmente inteso. La tutela dell'identità della famiglia, tuttavia, è recessiva innanzi al diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*. Con una formula felice, che verrà spesso ripresa nelle successive pronunce, la Consulta chiarisce, infatti, che la Costituzione «non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti».

§ 4. – *La costruzione dell'identità personale del minore tra verità biologica e «legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno della famiglia»: Corte costituzionale, sentenze nn. 272 del 2017 e 127 del 2020*

Se nella sentenza n. 494 del 2002 la tutela dell'identità personale del figlio rileva nei termini di necessaria corrispondenza tra "verità biologica" e "realtà sociale", nelle sentenze n. 272 del 2017 e n. 127 del 2020, il profilo identitario si atteggia, al contrario, nella pretesa conservazione di uno *status* oramai socialmente consolidatosi ma non corrispondente alla discendenza biologica e genetica del minore.

In entrambe le sentenze, seppur con accenti differenti in ragione delle peculiarità di ciascuna questione decisa, la Corte è stata chiamata a chiarire se l'interesse pubblico alla corrispondenza dello *status* di figlio alla verità biologica e genetica possa essere bilanciato con l'interesse del minore alla conservazione del legame genitoriale nel frattempo consolidatosi "in via di fatto" nel concreto svolgimento dei rapporti sociali.

In particolare, la sentenza n. 272 del 2017[31] traeva origine da un procedimento di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale di un bambino nato all'estero da parte di una coppia di cittadini italiani, i quali avrebbero, in realtà, fatto ricorso alla surrogazione di maternità realizzata attraverso ovodonazione.

[31] Con note di: F. Angelini, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, 149; G. Martucci, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 15 febbraio 2018; A. Schillaci, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza 272/2027 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2018, 385, nonché Idem, *La Corte costituzionale e la conservazione dello* status filiationis *acquisito all'estero: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, in *www.dirittocomparati.it*, 18 gennaio 2018.

La questione di legittimità riguardava l'art. 263 c.c.. (nella versione antecedente alle modifiche introdotte con il Decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154[32]) nella parte in cui non prevedeva che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità potesse essere accolta solo laddove fosse ritenuta rispondente all'interesse del minore[33].

Con una sentenza interpretativa di rigetto, la Corte costituzionale ha dichiarato la questione infondata, offrendo una lettura evolutiva della normativa vigente che già consente al giudice di valutare l'interesse del minore alla conservazione dello *status*, in sede di giudizio di impugnazione.

Rispetto a tale ultimo profilo, la Corte ha chiarito che pur in presenza di un «accentuato favore» dell'ordinamento per la corrispondenza tra *status* e verità biologica, l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento. In questo senso milita, del resto, l'evoluzione legislativa del diritto di famiglia e la successiva elaborazione giurisprudenziale che hanno favorito l'affermazione di un concetto di filiazione aperto alla considerazione della relazione familiare di fatto e dell'assunzione di responsabilità sottesa alla costituzione del rapporto parentale[34].

Pertanto, in caso di impugnazione dell'avvenuto riconoscimento, è necessaria una valutazione «caso per caso» mediante un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore, di talché anche qualora dovesse risultare la non veridicità del riconoscimento, il giudice potrebbe decidere per il mantenimento dello *status* di figlio qualora tale scelta risultasse quella più idonea a preservarne l'identità.

La medesima logica argomentativa caratterizza la sentenza n. 127 del 2020[35], avente a oggetto sempre l'art. 263 Cod. civ. ma nella parte

[32] La disposizione, infatti, oggi prevede non solo che l'azione di disconoscimento sia «imprescrittibile riguardo al figlio», ma anche che essa si prescrive dopo i cinque anni dall'annotazione del riconoscimento sia per la madre che per il padre, secondo una logica che fa prevalere, dopo cinque anni, la stabilizzazione dello status

[33] Nel caso specifico, il giudizio *a quo* verteva sull'accertamento dell'inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all'estero.

[34] Si veda A. Schillaci, *La Corte costituzionale…*, cit.

[35] Con note di: F. Astone, *Riconoscimento compiacente, venire contra factum proprium del genitore, best interest del minore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2020, 1425; A. Candido, *Favor veritatis o favor minoris? L'impugnazione del riconoscimento scientemente non veritiero in una recente pronuncia della Corte costituzionale*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 6/2020, 353; E. Frontoni, *Interesse del minore e poteri del giudice anche in caso di "riconoscimento di compiacenza"*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 2/2020, 1; C. Ingenito, *Il diritto all'identità dei figli in due recenti pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2021, 337.

in cui non esclude la legittimazione a impugnare il riconoscimento del figlio anche da parte di chi lo ha effettuato con la consapevolezza della sua non veridicità (c.d. riconoscimento di compiacenza[36]).

Anche in questo caso, il bilanciamento tra il concreto interesse del figlio riconosciuto e il favore per la verità del rapporto parentale non può costituire il risultato di una valutazione astratta e legislativamente predeterminata, ma richiede una razionale comparazione degli interessi in gioco, alla luce della concreta situazione dei soggetti coinvolti. Di tale apprezzamento, specifica la Corte, «non può non far parte la stessa considerazione del diritto all'identità personale, correlato non soltanto alla verità biologica, ma anche ai legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno della famiglia».

Emerge, dunque, una declinazione "poliforme" del concetto di identità personale del minore, comprensiva tanto del diritto alla costruzione delle proprie origini biologiche quanto del diritto a salvaguardare il rapporto di continuità affettiva e relazionale che si è sviluppato nel tempo verso i soggetti che se ne sono presi cura nella veste di genitori.

L'identità personale, anche in queste pronunce, non pare acquisire una consistenza normativa autonoma, rilevando piuttosto come realtà "*in fieri*" che trova concretizzazione nella relazione di bilanciamento con il complesso degli altri valori costituzionali di volta in volta lambiti dalle norme impugnate.

§ 5. – *Il riconoscimento del vincolo di filiazione nei confronti del genitore non biologico per i minori nati all'estero mediante tecniche di procreazione assistita o da gestazione per altri: Corte costituzionale, sentenze nn. 32 e 33 del 2021*

Il profilo della vita relazionale del minore, quale elemento costitutivo di un più complesso mosaico identitario, viene in rilievo anche nelle sentenze nn. 32 e 33 del 2021[37].

[36] Sul tema di veda E. Carbone, *Abuso del diritto e filiazione naturale. Osservazioni sul riconoscimento di compiacenza,* in *Giurisprudenza italiana*, n. 10/2009, 2208.

[37] Le sentenze hanno generato un ampio dibattito. Tra i numerosi commenti si vedano: M. Acierno, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità?* in *www.questionegiustizia.it*, 2021; M. Caldironi, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile*, in *ConsultaOnline*, n. 3/2021, 1047; G. D'Amico, *La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e n. 33 del 2021*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata [Tutela dei nati all'interno di coppie omoaffettive - Discussione su Corte cost., n. 32 e 33/2021]*, n. 4/2021, 930; A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2021, 221.

Entrambe affrontano la tematica della mancanza di strumenti giuridici idonei a consentire l'immediato riconoscimento della "genitorialità omosessuale" realizzata mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita o alla gestazione per altri, a prescindere dal ricorso all'adozione in casi particolari[38].

Con la sentenza n. 32 del 2021, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate sugli artt. 8 e 9 della Legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e sull'art. 250 Cod. civ., laddove non consentono l'immediata attribuzione dello stato di filiazione, anche rispetto della madre intenzionale, al nato da fecondazione eterologa nell'ambito di una coppia omosessuale femminile, in assenza delle condizioni per l'adozione in casi particolari e laddove sia accertato giudizialmente l'interesse del minore[39].

In modo analogo, con la successiva sentenza n. 33 del 2021 la Corte ha parimenti dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate rispetto all'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, laddove non consente il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile del minore nato con la surrogazione di maternità del genitore non biologico.

In entrambi i casi la dichiarazione di inammissibilità delle questioni, in favore di un necessario intervento del legislatore democratico, si accompagna a una motivazione complessa e articolata che reca importanti riferimenti all'identità del minore, quale elemento cardine dell'auspicata disciplina legislativa.

La Corte, in particolare, richiama le sentenze della Corte EDU, sezione quinta, del 26 giugno 2014, *Mennesson contro Francia* e *Labassee contro Francia* che riconducono alla tutela del preminente interesse del minore la garanzia del suo diritto all'identità affettiva, relazionale, sociale, fondato sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura e sul loro riconoscimento giuridico. Nella giurisprudenza di Strasburgo, richiamata e fatta propria dalla Corte costituzionale, l'identità del minore è incisa quale componente della sua vita privata, che il legame di filiazione rafforza in modo significativo, di talché se il rapporto di filiazione è già diventato una «realtà pratica», la procedura prevista per il riconoscimento deve essere «attuata in modo tempestivo ed efficace».

[38] Al riguardo, per una analisi completa dell'istituto si veda, per tutti, G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, n. 1/2017, 79.

[39] Eadem, *Diritto di famiglia*, Bologna, Zanichelli, 2023; S. Stefanelli, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Famiglia e diritto*, 2017, 83; J. Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del* partner *dello stesso sesso (Commento a Trib. min. Roma, 30.7.2014)*, in *Nuova giurisprudenza civile*, n. 2/2015, 117.

§ 5.1. – *Il riconoscimento dei legami familiari in caso di adozione in casi particolari: Corte costituzionale, la sentenza n. 79 del 2022*

In un'ideale continuità argomentativa con le pronunce analizzate al paragrafo che precede, la sentenza n. 79 del 2022[40] allarga la dimensione dell'identità personale all'insieme dei rapporti parentali che conseguono all'acquisizione dello stato di figlio.

Pertanto, a seguito della dichiarazione di illegittimità dell'art. 55 della Legge 4 maggio 1983, n. 184, anche l'adozione del minore in casi particolari genera relazioni giuridiche di parentela con i familiari degli adottanti, al pari dell'adozione "ordinaria".

Secondo la Corte, la disciplina censurata comportava una lesione dei diritti del minore «nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità»[41].

Ancora una volta al centro della motivazione è il minore e il suo diritto a vivere e a sviluppare la propria personalità che, in questo caso, si realizza pienamente con l'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo.

Non riconoscere i legami con la famiglia dell'adottando, per il solo fatto del mantenimento dei rapporti familiari originari, significa non riconoscere una reale doppia appartenenza familiare del minore, poiché «l'identità stessa del bambino è connotata da questa doppia appartenenza, e disconoscere i legami che scaturiscono dal vincolo adottivo, quasi fossero compensati dai rapporti familiari di sangue, equivale a disconoscere tale identità»[42].

Dall'ultimo gruppo di sentenze esaminate emerge una declinazione di identità personale quale "identità nelle relazioni" che in quanto esito compiuto della dinamica sociale esige immediato riconoscimento giuridico mediante forme e istituti che ne assicurino la piena realizzazione.

---

[40] Sia consentito rinviare a M.C. Carbone, F*amiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giudico della "familiarità sociale"*, in *CosultaOnline*, n. 3/2022, 1155. Si vedano, inoltre: F. Astone, «*Adozione in casi particolari» e «adozione»: un'assimilazione necessariamente parziale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2022, 1685; M. Bianca, *Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione*, in *www.rivistafamilia.it*, n. 3/2022, 364; E. Crivelli, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota a Corte cost. n. 79 del 2022*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 5/2022, 129; M.C. Errigo, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2022, 330; G. Ferrando, A*dozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?* in *www.questionegiustizia.it*, 2022, 1.

[41] Corte costituzionale, sentenza 23 febbraio 2022, n. 79, punto 8.2, *Cons. in diritto.*

[42] *Ivi*, punto 8.3., *Cons. in diritto.*

§ 6. – *Il procedimento di adozione e l'"identità relazionale" del soggetto adottato: sentenza n. 183 del 2023*

La sentenza n. 183 del 2023 rappresenta l'approdo più recente e anche il più compiuto del «processo di valorizzazione del diritto all'identità personale»[43] associata al riconoscimento dell'importanza che rivestono, da un lato, la consapevolezza delle origini biologiche e, dall'altro lato, la possibile continuità delle relazioni socioaffettive con figure che hanno rivestito un ruolo positivo nel processo di crescita, secondo lo schema "mobile" dell'adozione "aperta".

Nel solco del richiamato processo evolutivo, la Corte offre una lettura costituzionalmente conforme del censurato art. 27, comma 3, della l. n. 184/1983 che, nell'ambito del procedimento di adozione, fa derivare dall'accertamento dello stato di abbandono la cessazione del rapporto giuridico-formale di filiazione e con esso la recisione delle relazioni parentali con la famiglia d'origine.

L'identità personale del minore, perno argomentativo dell'intero apparato motivazionale, risulta ancora una volta evocata nella sua dimensione sostanziale e cangiante, i cui contorni sono indefinibili in maniera astratta e predeterminata, ma che si costruisce nello svolgimento delle relazioni, modellata dal tempo e dalle circostanze di fatto che variano al variare delle esperienze di ciascuno. Per tali ragioni, la cessazione dei rapporti con la famiglia biologica in caso di adozione "piena" attiene esclusivamente al piano delle relazioni giuridico-formali ma non può automaticamente comportare l'interruzione dei rapporti di natura socioaffettiva. Il giudice può, dunque, ravvisare in concreto un interesse dell'adottando a mantenere positive relazioni con alcuni membri della famiglia di origine che coesistono e si integrano con le relazioni derivanti dall'acquisizione dello status di figlio nella famiglia adottiva.

Tale pronuncia offre uno spunto ulteriore al contenuto dell'identità personale, la cui tutela passa questa volta, per il mantenimento di una relazione "affettiva" a prescindere dal permanere di un vincolo formale.

§ 6.1. – *L'adozione del maggiorenne come strumento utile ad assecondare legami affettivo-solidaristici: la sentenza n. 5 del 2024*

Con la sentenza n. 5 del 2024, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 2 Cost., l'art.

[43] Corte costituzionale, sentenza 5 luglio 2023, n. 183, punto 8.3, *Cons. in diritto.*

291, comma 1, c.c. nella parte in cui, per l'adozione del maggiorenne[44], non consente al giudice di ridurre, nei casi di esigua differenza e sempre che sussistano motivi meritevoli, l'intervallo di età di diciotto anni fra adottante e adottando.

Si è scelto di richiamare anche questa sentenza – tra quelle oggetto di attenzione – perché offre una valorizzazione dei legami affettivo-solidaristici come elemento costitutivo dell'identità dell'individuo anche quando quest'ultimo sia maggiore d'età e quindi a prescindere dall'argomento giuridico del "superiore interesse del minore", che rappresenta, invece, un elemento decisivo nelle sentenze analizzate in precedenza.

Ciò che rileva, in questo caso, è l'esigenza di individuare soluzioni in grado di fornire copertura giuridica a dimensioni dell'identità personale che si formano e si sviluppano in contesti relazionali un tempo inediti ma oggi sempre più comuni, come le c.d. famiglie ricomposte «in cui alle preesistenti relazioni di parentela si aggiungono nuovi legami, che trovano fondamento e consistenza in quella misura di affetti e solidarietà che è propria della comunità familiare»[45].

Proprio in funzione delle più recenti evoluzioni delle dinamiche familiari, l'adozione di persone maggiori di età non persegue più, e soltanto, la funzione tradizionale di trasmissione del cognome e del patrimonio ma è divenuto uno strumento «duttile e sensibile alle sollecitazioni della società» in cui, accanto ai profili patrimoniali, assumono crescente rilevanza i profili personalistici che si traducono nella formalizzazione di legami affettivo-solidaristici «consolidatisi nel tempo e preesistenti al riconoscimento giuridico proprio in quanto rappresentativi dell'identità dell'individuo»[46].

Trova così giustificazione, anche in questa sentenza, l'ampio spazio d'intervento affidato al giudice del caso concreto, il quale, senza ricorso ad automatismi, è tenuto a modellare il contenuto dei provvedimenti alla situazione oggetto di giudizio, al fine di fornire una tutela più ampia possibile all'identità vissuta.

§ 7. – *Conclusioni*

Come accennato all'inizio di questo lavoro e come dimostrato dall'analisi in chiave diacronica dello sviluppo giurisprudenziale sul tema, la valorizzazione dell'identità personale del figlio ha rappresen-

[44] In generale, sul tema si veda A. Spangaro, *Genitorialità giuridica e genitorialità affettiva: nuove forme e funzioni dell'adozione*, in *federalismi.it*, n. 20/2023, 63.

[45] Corte costituzionale, sentenza n. 5 del 2024, punto 6.2., *Cons. in diritto.*

[46] *Ibidem*.

tato un richiamo argomentativo fondamentale che ha assecondato un progressivo mutamento di paradigma nell'interpretazione degli istituti giuridici a tutela dei rapporti di filiazione e dei rapporti familiari, in generale.

L'evoluzione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e la trasformazione sociale e normativa del concetto di famiglia hanno messo in crisi i criteri tipici di attribuzione dello *status* di figlio, tradizionalmente costruiti sulla presunzione che la filiazione avvenga spontaneamente all'interno della coppia. Parallelamente, il diverso atteggiarsi del rapporto di coppia e la diffusione delle "famiglie allargate" ha favorito l'emersione di legami affettivi che danno luogo a relazioni in tutto e per tutto avvertite come "rapporto genitore-figlio", che si sommano e si sovrappongono ai legami con i genitori di sangue.

Di conseguenza, il favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione è divenuto strumento non più idoneo a tutelare compiutamente le molteplici e variegate fattispecie relazionali collegate al concreto atteggiarsi delle scelte procreative (fecondazione medicalmente assistita omologa, eterologa, GPA praticata all'estero *etc*.) o al reale svolgimento delle dinamiche familiari. Da qui, una perdita di rilievo della verità di sangue e l'emersione della dimensione "affettiva" della filiazione, quale elemento identitario fondamentale per il riconoscimento dei legami tra genitori e figli sul piano del diritto[47].

Assecondando le richiamate tendenze, tutte le sentenze esaminate, ciascuna con profilature differenti, costruiscono il percorso logico-motivazionale attorno alla tutela della personalità del singolo (minore ma anche maggiore d'età) nell'ambito della sua dimensione intima ed emotiva, quale realizzazione dell'identità affettiva, in ragione della volontarietà, dell'intensità e della stabilità del legame come realmente vissuto e costruito nell'esperienza. Questa impostazione, del resto, si pone in perfetta continuità con la ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale che aveva individuato nel combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost. il fondamento dell'identità personale.

La giurisprudenza analizzata, tuttavia, non è in grado di diradare tutte le ombre circa la difficoltà a caratterizzare in un unico senso il significato di "identità personale" quale regola di diritto positivo, soprattutto se declinata come "identità relazionale".

In altre parole, se è agevole ricostruire i termini dell'identità nella sua dimensione «esteriore», riferita ad esigenze d'identificabilità degli individui da parte dei poteri pubblici e riconducibile all'art. 22 Cost.,

[47] S. Celentano, I*ntroduzione*, in *Questione giustizia, Obiettivo 1. Famiglie e Individui. Il singolo nel nucleo*, n. 3/2019, 7.

è più complesso misurare la portata giuridica della sua dimensione «sostanziale», che sia effettivamente diversa rispetto agli altri diritti fondamentali.

In quanto riferita a una condizione dinamica dell'uomo, l'identità personale è concetto modulabile e si determina necessariamente in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé e a un'idea di persona non accolta in astratto, ma valutata nelle sue reali e concrete sfumature. In questo senso, pertanto, l'identità personale può avere effettiva concretizzazione necessariamente se raccordata con il complesso degli altri valori costituzionali[48], di volta in volta coinvolti nella singola vicenda oggetto di giudizio e secondo la specifica percezione dell'interprete.

L'identità personale, che rileva e si manifesta nello svolgimento delle relazioni familiari e, segnatamente, nel rapporto di affetto e cura che caratterizza il legame genitoriale, pare connotarsi, più che come autonomo diritto, come una sorta di concetto guida che consente al giudice di connettere la percezione individuale ed istintiva del proprio sé all'interno delle relazioni familiari realmente vissute, con gli strumenti di garanzia previsti dall'ordinamento.

In tutte le sentenze esaminate emerge lo sforzo della Corte costituzionale di fornire ai giudici comuni uno strumento argomentativo che consenta di adattare la normativa in materia familiare e, nello specifico, in materia di filiazione alle reali ed effettive esigenze relazionali di tutti i membri del consorzio familiare.

Sul punto è emblematica la sentenza n. 183 del 2023 la quale, proprio facendo leva sulla necessità di valorizzare l'identità personale dei minori adottati, fornisce un'interpretazione costituzionalmente conforme della norma impugnata, che non dà luogo a un significato applicabile una volta per tutte ma si traduce, piuttosto, in un'indicazione di metodo. In ultima analisi, dalle sentenze esaminate emerge una progressiva dilatazione dell'orizzonte ermeneutico del giudice del caso concreto, il quale, uscendo dalle maglie strette dell'interpretazione letterale può, di volta in volta, rinvenire dal fatto elementi che giustificano provvedimenti puntuali e finalizzati a tutelare la singola identità[49].

[48] P. Barile, *op. cit.*, 26, affermava che l'identità personale era garantita dai diritti e dalle libertà previste in Costituzione.

[49] Sul punto si vedano le riflessioni di R. Bin, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, n. 5/2022, 514, il quale rileva: «Possiamo essere critici verso l'attivismo dei giudici e anche nei confronti della resistenza della Corte costituzionale alle sollecitazioni che dai giudici le arrivano di continuo. Ma non si può dimenticare che è il legislatore l'anello mancante, il segmento che blocca lo sviluppo dell'ordinamento e il suo costante adeguamento alla coscienza sociale. Un ordinamento in cui il continuo sviluppo dei costumi non trova nel circuito politico-rappresentativo una risposta capace di adeguare le leggi finisce inevitabilmente con intasare le aule giudiziarie di domande che fanno fatica a trovare una risposta: una risposta che possa essere fornita

Sicchè, «dal caso, l'interprete procede alla ricerca delle regole e a esso ritorna in un procedimento circolare […] che trova la sua pace nel momento in cui si compongono in modo soddisfacente le esigenze del caso e le pretese delle regole giuridiche»[50].

Abstract

The article analyses several judgments of the Constitutional Court, all characterized by the argumentative reference to the personal identity of the child, realized through the recognition, establishment or maintenance of the parental bond, in the context of the evolution of the concept of family.
What emerges is an insuperable difficulty in characterizing the meaning of 'personal identity' in a positive and objective sense. The latter, especially if declined as a 'relational identity', is necessarily determined in relation to each person's perception of himself, his own conceptions of identity and dignity, as well as with an idea of the person not accepted abstractly but assessed in its concrete development.

con gli strumenti limitati – costituzionalmente limitati – che giudici e Corte costituzionale hanno a disposizione».

[50] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 181.

V.25. *Figli della "GPA": dalla convergenza valoriale al ravvicinamento dei sistemi giuridici?*

di Emanuela Zito*

Sommario: § 1. – La retorica del divieto. § 2. – Gli approdi giurisprudenziali. § 3. – La soluzione "a valle": le inadeguatezze strutturali dell'adozione in casi particolari. § 4. – La soluzione "a monte": il ravvicinamento dei sistemi giuridici in sede internazionale. § 5. – L'orizzonte del legislatore italiano.

§ 1. – *La retorica del divieto*

La mia analisi inizia da una telefonata. Ero curiosa di conoscere i costi che deve affrontare chi intende intraprendere una procedura di gestazione per altri all'estero[1].

Contatto un'Agenzia di maternità surrogata con sede ad Atene. L'operatrice al telefono mi espone la loro missione. Il mio obiettivo è sapere il "prezzo del bambino": è proprio quello che le chiedo andando subito al sodo. Lei non sembra turbata e mi elenca le varie voci di spesa; precisa che i costi variano a seconda del Paese che sceglierò per realizzare la procedura e, inoltre, che è possibile, una volta scelta la surrogata, che quest'ultima chieda un compenso leggermente più alto rispetto a quello inizialmente pattuito.

Le informazioni sono dettagliate ma l'operatrice non fa alcun cenno alla circostanza che nel mio Paese la sua condotta, e la mia se decidessi di intraprendere la pratica, integrerebbe un comportamento penalmente rilevante ai sensi dell'art. 12, comma 6 della Legge 19 febbraio 2004, n. 40[2]; e, inoltre, che il mio bambino sarebbe esposto ad una

* Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

[1] Le espressioni 'gestazione per altri' (o 'g.p.a.'), 'surrogazione di maternità', 'maternità surrogata' saranno utilizzate nel corso del testo quali espressioni sinonimiche. Tuttavia, come evidenzia A. Diurni, *Il nuovo paradigma della plurigenitorialità nel diritto interno, europeo e internazionale*, in *Riv. dir. priv.*, n. 1/2018, 23 (in nota 2), la scelta della variante linguistica non è priva di connotazioni – spesso ancorate ad un preciso paradigma etico o giuridico – sia nel linguaggio comune che nei diversi sistemi giuridici. Anche B. Sgorbati, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2016, 111 ss. rileva che l'espressione 'maternità surrogata' è la locuzione più "neutra" e meramente descrittiva; la variante 'gestazione per altri', invece, tende ad attribuire al fenomeno un'accezione positiva, sottolineandone l'aspetto altruistico; per converso, la formula 'utero in affitto' propriamente indicherebbe solo i casi in cui la madre surrogata riceva un compenso e, di solito, connota negativamente la pratica.

[2] L'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 punisce con la reclusione (da tre mesi a due anni) e con la multa (da 600.000 a un milione di euro) chiunque, in qualsiasi forma, realizzi, organizzi o pubblicizzi la surrogazione di maternità (oltre che la commercializzazione di game-

prolungata situazione di incertezza circa il riconoscimento giuridico del nostro legame.

Ora, voglio rassicurare tutti sul fatto che non ho commesso alcun reato in quanto i contatti iniziali intercorsi tra gli eventuali genitori committenti italiani e i soggetti stranieri che praticano all'estero la surrogazione, non conducono a ritenere integrata sul territorio dello Stato italiano parte della condotta punita[3].

Tuttavia, risulta evidente che la condanna della surrogazione di maternità non argina il progetto di diventare genitori[4] delle coppie omoaffettive o con problemi di sterilità femminile che, infatti, viene realizzato oltre i confini nazionali, in quegli Stati che – a certe condizioni – consentono la gestazione per altri.

È qui che si forma un certificato di nascita che, in conformità alla *lex loci*, attribuisce lo *status* di genitori del neonato ad entrambi i committenti che hanno condiviso il disegno procreativo.

Tuttavia, tornati in Italia la situazione cambia: sul solco tracciato dalla Suprema Corte[5], il nato acquisirà lo *status filiationis* esclusivamente rispetto al genitore che ha fornito un apporto biologico o genetico; invece, il genitore "solo" intenzionale dovrà ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari *ex* art. 44, comma 1, lett. d) della Legge 4 maggio 1983, n. 184 al fine di dare riconoscimento giuridico al legame affettivo già instaurato con il bambino. Infatti, il divieto di maternità surrogata costituisce principio di ordine pubblico internazionale[6] – in

ti o di embrioni), sempre che il reato si consumi, in tutto o in parte, nel territorio dello Stato italiano *ex* art. 6 c.p. Infatti, Corte di cassazione, Sez. V penale, 10 marzo 2016, n. 13525 esclude che sia penalmente perseguibile la g.p.a. praticata all'estero e che i successivi passaggi, finalizzati alla trascrizione in Italia dell'atto di nascita, integrino gli estremi dei reati di cui agli artt. 567 e 495 c.p. Sul tema v. A. Vallini, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in *Enc. dir*., IX, Milano, Giuffrè, 2016, 707.

[3] In tal senso, Corte di cassazione, Sez. III penale, 10 febbraio 2021, n. 5198, in *www.osservatoriofamiglia.it*. In senso conforme, Corte di cassazione, Sez. VI penale, 21 settembre 2017, n. 56953; Sez. V penale, 5 aprile 2016, n. 13525.

[4] A. Diurni, *op. ult. cit*., 39 ove efficacemente si rileva che «I tentativi di bloccare la pratica di alcune tecniche di procreazione come l'eterologa e la surrogazione di maternità sono falliti e ne è prova la scarsa applicazione delle sanzioni previste. La resistenza dei sistemi giuridici più tradizionali è stata fiaccata dal turismo matrimoniale e procreativo e dalla accettazione sociale delle nuove famiglie».

[5] Così, Corte di cassazione, Sez. Unite civili, 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Fam. dir.*, 2023, 5, 408 ss., con *Nota introduttiva* di M. Sesta e commenti di G. Recinto, *Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*; M. Dogliotti, *Maternità surrogata e "riforma" dell'adozione "piena". Dove va la Cassazione e che farà la Corte costituzionale?* e A. Spadafora, *Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"?*. In termini del tutto analoghi, già Corte di cassazione, Sez. Unite civili, 8 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2019, 740 ss. con nota di U. Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*.

[6] Secondo Cass., Sez. Un., n. 38162/2022, nella nozione di 'ordine pubblico internazionale' (ai sensi dell'art. 18, decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 e degli artt. 64 ss., legge 31 maggio 1995, n. 218) rientrano non solo i principi fondamentali consacrati dalla Costituzione e dalle Carte internazionali dei diritti umani, ma anche quelle «leggi che, come nervature sensibili […] inverano l'ordinamento costituzionale». Dunque, la compatibilità della sentenza straniera con l'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 64, comma 1, lett. g), l. n. 218/95, deve essere valutata non solo alla stregua dei principi costituzionali e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo

quanto la pratica «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»[7] – che osta all'automatica trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento giudiziario straniero che indichi quale genitore del minore il genitore d'intenzione che, insieme al genitore biologico, ne ha voluto la nascita.

§ 2. – *Gli approdi giurisprudenziali*

La regola è quella pronunciata dalle Sezioni Unite n. 12193/2019, ribadita dal Supremo Consesso nella sentenza n. 38162/2022 e – nelle more – consacrata da due sentenze della Corte costituzionale[8].

Tuttavia, i tre anni che separano la prima pronuncia delle Sezioni Unite dalla seconda sono anni di assedio al principio di diritto dettato nel 2019. La Prima Sezione della S.C. prima tenta la via dell'incidente di costituzionalità[9] e, poi, invoca un nuovo intervento delle

in cui detti principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria. Si tratta di un'esegesi della nozione di 'ordine pubblico internazionale' oramai consolidata in seno alla giurisprudenza di legittimità (ripresa anche da Cass., Sez. Un., n. 12193/2019) e inaugurata da Corte di cassazione, Sez. Unite civili, 5 luglio 2017, n. 16601, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2017, 1399 ss., con nota di M. Grondona, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*. Con la pronuncia da ultimo citata, la S.C. superava l'orientamento precedente che aveva inteso la clausola in senso maggiormente restrittivo e, infatti, aveva escluso che la legge ordinaria inverasse la nozione di ordine pubblico internazionale – trattandosi di semplice espressione di una scelta discrezionale del legislatore – salva l'ipotesi in cui la legge fosse il riflesso di una scelta legislativa costituzionalmente vincolata. In tal senso, Corte di cassazione, Sez. I civile, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, n. 2/2017, 185 ss., con commento di G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione dello status filiationis*; in *Giur. it.*, n. 11/2017, 2365 ss., con nota di A. Diurni, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*.

I recenti approdi della giurisprudenza di legittimità sulla nozione di ordine pubblico internazionale sono stati accolti favorevolmente da parte della dottrina, *ex plurimis*, G. Perlingieri, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. e fam.*, n. 2/2019, 338 ss.; V. Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2017, 989 ss. Tuttavia, altrettanto autorevoli sono i detrattori della nozione estensiva: cfr. F. Azzarri, *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico*, in *Nuove leg. civ. comm.*, n. 2/2021, 1156 ss.; M.C. Venuti, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162*, in *www.questionegiustizia.it*, 27 giugno 2023, 1 ss.; V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS*, n. 2/2019, 13 ss.

[7] Corte costituzionale, 20 dicembre 2017, n. 272.

[8] Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, in *Fam. dir.*, n. 7/2021, 684 ss., con nota di M. Dogliotti, *Due madri e due padri qualcosa di nuovo alla Corte Costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?* e di G. Ferrando, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*; Corte costituzionale, 28 marzo 2022, n. 79, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5/2022, 1021 ss., con nota di M. Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità.*

[9] Corte di cassazione, Sez. I civile, 29 aprile 2020, n. 8325, in *Corr. giur.*, n. 7/2020, 902 ss., con nota di U. Salanitro, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima sezione si smarca…e apre alla maternità surrogata*.

Sezioni Unite[10], rivelando una certa insofferenza nei confronti dell'istituto dell'adozione in casi particolari.

Con l'ordinanza n. 8325/2020, la Prima Sezione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, dell'art. 64, comma 1, lett. g), l. n. 218 del 1995 e dell'art. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000, nella parte in cui non consentono – secondo l'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite n. 12193/2019 – che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del genitore d'intenzione nell'atto di stato civile del minore procreato con le modalità della gestazione per altri. A sostegno dell'incidente di costituzionalità, l'ordinanza di rimessione richiama, in particolare, l'*Advisory Opinion* della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019[11], di cui le Sezioni Unite non avevano potuto tener conto perché reso pressoché contestualmente.

La Corte costituzionale dichiara inammissibile la questione con sentenza n. 33/2021. Il giudice delle leggi condivide la valutazione di inadeguatezza che il giudice *a quo* aveva riservato all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lett. d) della l. 184/1983, ritenendola «una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali». Tuttavia, in ossequio alla discrezionalità del legislatore, affida a quest'ultimo il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela del nato da surrogazione di maternità.

Il minore vanta un indiscutibile interesse al riconoscimento giuridico e sociale del legame con il genitore intenzionale, ma tale interesse non può considerarsi automaticamente prevalente rispetto ad ogni altro controinteresse in gioco, quale la dignità umana, la prevenzione della pratica illecita e la salvaguardia dei principi in tema di adozione.

Ripreso il giudizio dinanzi alla Corte di cassazione, la Prima Sezione civile, con ordinanza n. 1842/2022, rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

La proposta ermeneutica che l'ordinanza interlocutoria sottopone all'attenzione del Supremo Consesso tende a rivalutare gli strumenti normativi esistenti (delibazione delle sentenze straniere e trascrizione degli atti di nascita di stato civile) al fine di evitare il ricorso all'istituto di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), l. ad. ancora non in linea con i prin-

[10] Corte di cassazione, Sez. I civile, 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5/2022, 1047 ss., con commento di A. Federico, *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite*.

[11] Corte Europea dei Diritti dell'uomo, Grande Camera, *Advisory Opinion* 10 aprile 2019, ric. P16-2018-001, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4/2019, 764, con nota di A.G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*.

cipi costituzionali e convenzionali in tema di filiazione, nonostante la Corte costituzionale[12] avesse rivolto un monito pressante al legislatore.

La Prima Sezione non nega le criticità della delibazione e della trascrizione: si tratta di strumenti dal carattere tendenzialmente automatico, mentre una materia sensibile come quella in esame necessiterebbe di una valutazione "caso per caso". In quest'ottica, tuttavia, la soluzione proposta postula di non negare apoditticamente la delibazione o la trascrizione dell'atto di nascita del minore, ma di valutare se la fattispecie concreta sia compatibile con i valori sottesi al divieto di surrogazione di maternità alla luce di alcuni criteri generali. Tali criteri generali – individuati, in particolare, nell'adesione libera, consapevole, non determinata da necessità economiche da parte della madre surrogata; nella revocabilità del consenso alla rinuncia all'instaurazione del rapporto di filiazione sino alla nascita del bambino; nella necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori intenzionali – potrebbero permettere di superare l'argine dell'ordine pubblico là dove non si sia verificata, in concreto, una lesione della dignità della gestante e non vi sia alcuna esigenza di prevenirla.

Nel lasso di tempo intercorrente tra l'ordinanza di rimessione e la pronuncia delle Sezioni Unite del 2022, la Corte costituzionale, con sentenza n. 79/2022, dichiara l'illegittimità costituzionale – per contrasto con gli artt. 3, 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU – dell'art. 55 della legge n. 184/83 nella parte in cui, mediante il rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., «prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante». Viene rimosso uno degli ostacoli all'effettività della tutela del minore offerta dall'adozione in casi particolari – già individuato da Corte cost. n. 33/2021 – cosicché, al pari dell'adozione "ordinaria" di cui agli artt. 6 e ss. della legge n. 184/83, anche l'adozione in casi particolari *ex* artt. 44 e ss. non si limita a costituire il rapporto di filiazione con l'adottante, ma fa nascere relazioni di parentela con i familiari dell'adottante.

Le Sezioni Unite n. 38162/2022, dunque, si pronunciano dopo l'intervento della Corte costituzionale n. 79/2022.

In linea con i precedenti, resta salda la qualificazione del divieto di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 quale principio di ordine pubblico internazionale. In particolare, il Supremo Consesso sottolinea che solo un divieto ampio come quello legislativamente previsto – che punisce qualsiasi forma di surrogazione a prescindere dalle modalità in cui si sia realizzata – può evitare forme di abuso e prevenire eventuali derivazioni estreme del fenomeno. Per tale ragione, la proposta

[12] Corte cost. n. 33/2021.

interpretativa della Prima sezione – che tende ad escludere il contrasto con l'ordine pubblico e ad ammettere la delibazione e la trascrizione dell'atto straniero laddove la pratica si sia svolta secondo alcuni criteri generali – non può essere accolta.

La pronuncia ha il merito di sottolineare che anche il *best interest of the child*[13] concorre a formare l'ordine pubblico internazionale[14]. Tuttavia, dal punto di vista pratico, nulla cambia: dopo aver evidenziato che l'interesse del minore è uno dei valori in cui si sostanzia l'ordine pubblico internazionale, le Sezioni Unite ribadiscono che lo stesso non può rappresentare un «diritto tiranno» rispetto agli altri valori in gioco. Pertanto, lo Stato non può essere obbligato a riconoscere sempre e comunque uno *status* acquisito all'estero: la tutela del nato e dei suoi diritti è assicurata dall'istituto di cui all'art. 44, comma 1, lett. d) l. ad. che, corretto dalla Corte costituzionale e plasmato in via interpretativa, può prestarsi all'occorrenza.

Nella pronuncia, infatti, le Sezioni Unite verificano le singole criticità dell'istituto individuate dalla Corte costituzionale n. 33/2021 e, pur ribadendo che «La giurisprudenza non è fonte del diritto», tentano un estremo salvataggio dell'adozione in casi particolari.

Tra le inadeguatezze strutturali, elencate da Corte Cost. n. 33/2021 e non incise da Corte cost. n. 79/2022, le Sezioni Unite rivolgono l'attenzione sull'impossibilità di costituire il rapporto adottivo, secondo la disciplina dei casi particolari, in mancanza dell'assenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale (nel nostro caso, il genitore biologico). Rispetto al requisito previsto dall'art. 46 l. ad., la S.C. individua nell'interpretazione costituzionalmente conforme la via maestra: il giudice di merito investito del procedimento deve superare il dissenso del genitore biologico quando non risponda all'interesse del minore e, nello specifico, quando si sia realizzato tra quest'ultimo e il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione[15].

[13] Il c.d. '*best interest of the child*' è stato formalizzato per la prima volta (al plurale) dall'art. 3, Convenzione sui diritti del fanciullo, 20 novembre 1989, New York (ratificata in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176) e richiamato anche dall'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Diversamente, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non contempla una disposizione specifica concernente il superiore interesse del minore, tuttavia, il principio ha trovato molteplici applicazioni nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo al punto da collocarsi al centro del sistema di protezione del minore (*infra*, nota 19).

[14] In tal senso, G. Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 2/2023, 377 ss.

[15] Già la dottrina aveva postulato una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 46 l. ad. dando rilevanza al criterio ermeneutico dell'interesse del minore: V. Calderai, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3/2022, 506; A. Morace Pinelli, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Fam. dir.*, n. 12/2022, 1183.

La medesima soluzione è offerta rispetto alle residue criticità dell'istituto: ancora una volta, spetterà ai giudici di merito, dinanzi alle fattispecie concrete, il compito di ricercare nel sistema gli strumenti normativi adatti allo scopo di riconoscere al minore – «in una logica rimediale» – tutti i diritti connessi allo *status* di figlio anche nei confronti del genitore privo di legame biologico, subordinatamente ad una verifica in concreto di conformità al superiore interesse del minore. Inoltre, a parere delle Sezioni Unite, la soluzione dell'adozione in casi particolari appare in linea con la giurisprudenza della Corte Edu.

In effetti, sia nell'*Advisory Opinion* del 2019 che nelle pronunce successive[16], la Corte di Strasburgo ha confermato che il diritto del minore al rispetto della vita privata e familiare, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, richiede che gli ordinamenti nazionali ne riconoscano il rapporto con il genitore d'intenzione, anche in assenza di un legame genetico, ma non impone che tale riconoscimento avvenga attraverso la trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita formato all'estero; il riconoscimento può avvenire anche all'esito di altri istituti – come l'adozione – a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano la rapidità[17], la pienezza e l'effettività della sua attuazione, conformemente al *best interest of the child*[18].

[16] Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 agosto 2023, ric. n. 47196/2021, *C. c. Italia* ha condannato lo Stato italiano per violazione del diritto al rispetto della vita privata di una minore nata da maternità surrogata in Ucraina, a seguito del mancato riconoscimento da parte delle autorità italiane del legame di filiazione con il padre biologico stabilito dall'atto di nascita ucraino; per converso, non ha ritenuto integrata la violazione dell'art. 8 CEDU dal diniego della trascrizione del legame tra la minore e la madre intenzionale, stante la possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari per ottenere il riconoscimento giuridico del rapporto. In termini analoghi, Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 giugno 2023, ric. n. 10810/2020, *Causa Bonzano e altri c. Italia*; 6 dicembre 2022, ric. n. 25212/21, *K.K. e altri c. Danimarca*; 22 novembre 2022, ric. nn. 58817/15 e 58252/15, *D.B. e altri c. Svizzera*; 16 luglio 2020, ric. n. 11288/18, *D. c. Francia*, tutte reperibili in *https://hudoc.echr.coe.int*; nonché, Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 maggio 2021, ric. 71552/17, *Valdìs Fjolnisdottir e altri c. Islanda*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 2/2022, 403 ss., con nota di B. Checchini, *«Vita familiare» vs «maternità surrogata»: il nuovo punto di equilibrio della Corte europea. Quale rilievo all'identità del nato?*.

[17] Nell'*Ad. Opinion*, la Corte Edu ha escluso che, in forza dell'art. 8 CEDU, gli Stati membri siano tenuti ad ammettere *ab initio* il legame con il genitore d'intenzione, tuttavia, tale relazione deve formalizzarsi «at the latest when it has become a pratical reality». Sul punto, occorre rilevare che C. cost. n. 33/2021 dubita che l'istituto dell'adozione in casi particolari possa assicurare la tempestività del riconoscimento del rapporto di filiazione richiesto dalla Corte Edu. Del medesimo parere, sottolineando anche l'ambiguità della formula utilizzata dalla giurisprudenza della Convenzione, A.G. Grasso, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione?*, in *Nuove leg. civ. comm.*, n. 3/2021, 723 ss.

[18] Nella giurisprudenza di Strasburgo è possibile ricavare utili indicazioni sulla "preminenza" della tutela del nato da gestazione già nelle note decisioni "gemelle" sui casi *Mennesson c. Francia* e *Labasse c. Francia* (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*; Sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, reperibili in *https://hudoc.echr.coe.int*). In entrambe le pronunce, la Corte Edu constata l'esistenza di diverse soluzioni tra gli Stati Parti in ordine alla g.p.a. e alle modalità del riconoscimento della filiazione, e sottolinea che il canone che deve guidare il bilanciamento dei diversi interessi contrapposti è il preminente interesse del minore –

§ 3. – *La soluzione "a valle": le inadeguatezze strutturali dell'adozione in casi particolari*

Ora, la soluzione dell'adozione in casi particolari[19] rappresenta uno dei pochi punti fermi raggiunti dal diritto vivente in questi ultimi anni: trova l'avallo della giurisprudenza di legittimità, della Corte costituzionale e della giurisprudenza Edu.

E forse ci si potrebbe fermare qui e assecondare questa stabilità.

Tuttavia, la stabilità e l'uniformità di soluzioni prospettate potrebbero essere solo apparenti[20].

Infatti, per un verso, sia la Corte di cassazione sia la Corte costituzionale hanno più volte sottolineato le criticità strutturali della disciplina dell'adozione in casi particolari invocando l'intervento del legislatore dinanzi alla cui discrezionalità – necessariamente – le Corti si arrestano.

Per altro verso, nella giurisprudenza di Strasburgo la trascrizione è vista implicitamente come mezzo elettivo per realizzare il superiore interesse del minore mentre l'adozione come soluzione, per così dire, «di ripiego»[21]. In particolare, la rapidità del conseguimento del risultato, la sicurezza dell'esito positivo del procedimento, e l'equiparabilità degli effetti[22] tra i due istituti sono le coordinate dettate dalla Corte Edu per asseverare l'intercambiabilità tra adozione dei minori e trascrizione dell'atto straniero e, in quest'ottica, l'adozione in casi parti-

«the best interests of that child are paramount»; «l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer» – rispetto al quale il margine di discrezionalità degli Stati subisce una contrazione. Tale interesse è ricondotto dalla Corte di Strasburgo entro la formula del 'diritto al rispetto della vita privata e familiare' *ex* art. 8 CEDU che ricomprende il diritto all'identità personale, alla cui determinazione concorre il diritto alla genitorialità e alla definizione delle proprie origini; il diritto alla cittadinanza; il diritto a vivere in un ambiente familiare stabile e idoneo ad assicurare al minore le cure, l'istruzione, l'assistenza morale e materiale, e gli affetti necessari alla sua crescita equilibrata e al pieno sviluppo della sua personalità. Nei casi concreti, pertanto, la Corte ritiene che ecceda il margine di apprezzamento statale il rifiuto delle autorità francesi di riconoscere il rapporto di filiazione fra il genitore biologico e il figlio nato mediante la pratica di maternità surrogata all'estero.

Con l'*Ad. Opinion* del 2019, invero, la giurisprudenza di Strasburgo fa un passo avanti: l'interesse superiore del minore esige che lo Stato dia riconoscimento non solo al legame tra il bambino nato da g.p.a. e il genitore biologico (già casi *Mennesson* e *Labasse*), ma anche al legame tra il bambino e il genitore intenzionale (seppure attraverso strumenti giuridici diversi dalla trascrizione dell'atto di nascita straniero come, ad esempio, l'istituto dell'adozione). Per una ricostruzione della giurisprudenza di Strasburgo in materia, M.C. Venuti, *op. cit.*, 10 ss.

[19] Sull'evoluzione dell'istituto dell'adozione in casi particolari *ex* artt. 44 ss. l. ad.: A. Finessi, *Unicità dello stato di figlio e interesse del minore nell'adozione in casi particolari*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2022, 1030 ss.; R. Senigaglia, *Criticità dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Nuove leg. civ. comm.*, n. 5/2022, 1338 ss.

[20] M.C. Venuti, *op. cit.*, 19, ritiene che nonostante l'asserito ossequio al diritto convenzionale, la soluzione adottata dalle Sezioni Unite n. 38162/2022 «se ne discosti in maniera nient'affatto marginale».

[21] G. Ferrando, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, n. 4/2019, 821.

[22] Corte EDU, *Ad. Opinion*, § 53: «similar effects», «effets de même nature».

colari *ex* art. 44, comma 1, lett. d), l. ad. potrebbe non soddisfare questi estremi.

La sentenza n. 79/2022 della Corte costituzionale, infatti, ha rimosso il principale elemento di inadeguatezza dell'istituto, ma non l'unico[23].

Anzitutto, permane la fisiologica incertezza sugli esiti e sui tempi del procedimento giudiziale.

In secondo luogo, nell'ottica dell'istituto, il riconoscimento della filiazione diventa un riflesso della discrezionalità dei genitori[24]. Il genitore d'intenzione deve presentare la domanda di adozione e può revocarla fino alla pronuncia della sentenza, di conseguenza l'adozione potrebbe non perfezionarsi mai a causa della morte o dell'incapacità dell'adottante nel frattempo intervenuta[25]. Il genitore che esercita la responsabilità genitoriale, nel nostro caso il genitore biologico, deve dare il proprio assenso[26] che potrebbe anche mancare nel caso di crisi della coppia[27]. Il minore non ha azione per ottenere l'adozione nell'eventuale inerzia dei genitori che ne hanno voluto la nascita.

Allora, proprio quei genitori che si intende punire negando la trascrizione automatica della genitorialità hanno così la possibilità di sottrarsi alle proprie responsabilità[28].

Inoltre, forse l'adozione in casi particolari ci salva dalla scure di Strasburgo, ma resta il fatto che il minore si ritrova a perdere uno *status* legittimamente acquisito nel paese di nascita per ragioni che non attengono alla sua tutela né a quella della gestante.

Dal punto di vista della tutela del minore, più che assumere una finalità preventiva e deterrente[29], il rifiuto di un riconoscimento automatico dello *status filiationis* suona un po' come una sanzione accessoria[30] nei confronti dei genitori – senza apposita previsione di legge –

[23] In argomento, F. Azzarri, *op. ult. cit.*, 1182 ss.; G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *www.questionegiustizia.it*, 7 giugno 2022, 8 ss.; M.C. Venuti, *op. cit.*, 19 ss.; A. Federico, *op. cit.*, 1053 ss.; A. Finessi, *op. cit.*, 1049 ss.; R. Senigaglia, *op. cit.*, 1343 ss.

[24] Così, G. Ferrando, *op. ult. cit.*, 8.

[25] A.G. Grasso, *op. ult. cit.*, 724.

[26] M.C. Venuti, *op. cit.*, 21, ritiene che il requisito del preventivo assenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale non possa ritenersi superato neanche in seguito all'interpretazione restrittiva dell'art. 46 l. n. 184/1983 apprestata da Cass. n. 38162/2022. Tra le ragioni di tale perplessità, in particolare, la sua contrarietà al chiaro dettato normativo e la circostanza che determini un sindacato giudiziale in un contesto di relazioni familiari che finora ne è stato immune.

[27] Sulle ulteriori criticità dell'istituto dell'adozione in casi particolari, v. F. Azzarri, *L'adottato in casi particolari e l'unicità dello stato di figlio: riflessi sistematici del tramonto di un dogma*, in *GenIUS*, 24 febbraio 2023, 10 ss.

[28] In questo senso, U. Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa*, in *Giur. it.*, nn. 8-9/2022, 1831 parla di «singolare eterogenesi dei fini».

[29] Esclude l'efficacia realmente dissuasiva: F. Azzarri, *L'adottato in casi particolari*, cit., 27 ss.

[30] M.C. Venuti, *op. cit.*, 8.

nell'impossibilità di comminare la pena principale[31]. Per tale via, però, lo stigma sulla condotta dei genitori si trasferisce sul figlio[32]. È il nato a sopportare il costo giuridico della sanzione, nonostante la logica di far ricadere sui figli le colpe dei genitori dovrebbe essere stata da tempo superata nel nostro ordinamento[33].

Dal punto di vista della gestante, il diniego della trascrizione non è in grado di ripristinare la dimensione individuale della dignità che si assume lesa, né di prevenire la lesione stessa[34] in quanto non distoglie i futuri genitori dal ricorso alla pratica.

Oltretutto, sull'altare della verità biologica anche la dignità della gestante può essere sacrificata: la derivazione biologica o genetica salva il legame genitoriale legittimamente acquisito all'estero e, pertanto, prevale sullo stesso ordine pubblico internazionale; mentre il genitore d'intenzione potrà comunque adottare il minore, conseguendo un risultato analogo a quello a cui avrebbe portato la più spedita trascrizione dell'atto di nascita straniero.

Il divieto, dunque, non è affatto assoluto[35]: il baluardo dell'ordine pubblico cede dinanzi al genitore genetico quand'anche la condotta illecita riguardi entrambi i committenti; con l'ulteriore paradosso che, prendendo in prestito le categorie proprie del diritto penale, la condotta del genitore che ha fornito il materiale genetico o biologico dovrebbe dimostrare una maggiore offensività rispetto alla condotta del genitore che non ha avuto un ruolo efficiente nella procreazione[36].

---

[31] F. Azzarri, *I diritti dei nati*, cit., 1176.

[32] F. Azzarri, *op. cit.*, 1159.

[33] Indici di questa logica si ritracciano soprattutto nella giurisprudenza costituzionale: Corte costituzionale, 28 novembre 2002, n. 494, in *Familia*, n. 2/2003, 845 ss., con note di G. Ferrando e S. Landini, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del previg. art. 278 c.c., sul divieto di riconoscimento dei figli incestuosi sottolineando che, anche quando risulti particolarmente riprovevole, disvalore della condotta dei genitori non può riversarsi sulla condizione del nato.

Inoltre, è stato dichiarato doppiamente illegittimo l'art. 569 c.p. nella parte in cui faceva discendere la perdita della potestà genitoriale dalla condanna pronunciata contro il genitore per i delitti di alterazione (Corte costituzionale, 23 febbraio 2012, n. 31) e di soppressione dello stato (Corte costituzionale, 23 gennaio 2013, n. 7) giacché, in entrambi i casi, veniva impedita al giudice ogni valutazione circa la corrispondenza di tale misura all'interesse del minore.

Di recente, Corte costituzionale, 29 maggio 2020, n. 102 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 574-*bis*, comma 3, c.p. nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dall'esercizio della responsabilità, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale.

[34] In tal senso, F. Azzarri, *I diritti dei nati*, cit., 1178 ss.; Idem, *L'adottato in casi particolari*, cit., 27 ss.

[35] Cfr. A. Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2021, 18.

[36] M. Caldironi, *Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2022, 324; in termini analoghi, E. Bilotti, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4/2021, 925.

Ne deriva, per tale via, una nozione cangiante di ordine pubblico internazionale che si presterebbe ad essere bilanciabile con altri interessi considerati rilevanti per l'ordinamento come la derivazione genetica, ma non direttamente con l'interesse del minore.

Si potrebbe sostenere che l'adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale viene preferita alla trascrizione automatica perché, così, è possibile svolgere una valutazione "in concreto" dell'interesse del minore.

Ma se occorre una valutazione in concreto, ciò implica che, nel caso di ricorso alla gestazione per altri, il riconoscimento della genitorialità potrebbe non essere funzionale alla realizzazione del miglior interesse del minore. E perché non sarebbe funzionale? Qual è il pericolo rispetto al quale è necessario proteggere il minore al punto da giustificare la sospensione del suo diritto all'identità, allo *status*, al rispetto della vita privata e familiare?[37]

Ora, delle due l'una: o si afferma chiaramente che occorre proteggere il minore dal pericolo di ritrovarsi con genitori dalla dubbia moralità per aver fatto ricorso all'estero, lì lecitamente, ad una pratica vietata in Italia; oppure, se non si ha la fermezza di sostenerlo, di dirlo chiaramente, il riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero (mediante trascrizione o delibazione) resta la sola strada percorribile[38].

In quest'ottica, si inserisce la proposta di Regolamento UE del 7 dicembre 2022[39] sul certificato europeo di filiazione che permetterebbe il riconoscimento in uno Stato membro della genitorialità stabilita in un altro Stato membro, senza alcuna procedura speciale, indipendentemente dalle modalità di concepimento del minore o dal tipo di unione affettiva che lega i genitori intenzionali[40].

Rispetto alla proposta, tuttavia, non si intravede alcuna possibilità di ricezione. La maggior parte degli Stati membri vieta il ricorso alla

[37] G. Ferrando, *Lo stato del bambino*, cit., 384.

[38] Sostengono la soluzione del riconoscimento automatico dell'atto di nascita formato all'estero: A.G. Grasso, *op. ult. cit.*, 730; F. Azzarri, *I diritti dei nati*, cit., 1186; G. Ferrando, *I bambini prima di tutto*, cit., 821.

[39] Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, 7 dicembre 2022; approvata, con una serie di emendamenti, dal Parlamento europeo il 14 dicembre 2023.

[40] La proposta è in linea con la giurisprudenza unionale. Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* c. *Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, ove la CGUE ha stabilito che il diritto dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso in cui un figlio minorenne, cittadino dell'UE (e bulgaro) il cui certificato di nascita rilasciato da uno Stato membro ospitante designa quali genitori due madri (Spagna), deve ottenere dallo Stato di cui è cittadino (Bulgaria) un documento di identità o un passaporto senza esigere la previa compilazione di un certificato di nascita da parte delle autorità bulgare, e che gli sia riconosciuto il documento rilasciato dallo Stato membro ospitante per consentirgli la libertà di circolare nel territorio dell'Unione con le due madri. Già, Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*.

gestazione per altri[41]; pertanto, non sembra verosimile che possa raggiungersi l'unanimità – necessaria per la sua approvazione *ex* art. 81, parr. 1 e 2, TFUE – in seno al Consiglio dell'Unione europea.

§ 4. – *La soluzione "a monte": il ravvicinamento dei sistemi giuridici in sede internazionale*

Allora, forse, prima di sciogliere le problematiche "*a valle*", sarebbe più utile risolvere le criticità "*a monte*": prima di dettare disposizioni di armonizzazione sul riconoscimento di un figlio già nato, occorrerebbe uniformare la disciplina sulle modalità della futura nascita.

Si fa riferimento alla possibilità di una convenzione internazionale[42] che obblighi gli Stati firmatari a precise norme di condotta in materia di pratiche procreative, così da stabilire un sistema di tutele di tutti i soggetti coinvolti che sia condiviso e condivisibile anche da parte degli Stati che, all'interno del loro territorio, vietano il ricorso alla pratica.

Senza intaccare le scelte dei Paesi c.d. proibizionisti, sarebbe possibile delineare un quadro di garanzie e di legalità per la gestante e per il bambino che renda possibile la cooperazione tra gli Stati per lottare contro le situazioni nelle quali la gestazione per altri è contraria a dei principi etici minimi.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla condizione che la scelta della gestante sia libera, consapevole, indipendente da contropartite economiche, revocabile fino alla nascita del bambino; che sia esclusa qualsiasi conseguenza sanzionatoria o risarcitoria per l'ipotesi in cui non intenda più rinunciare alla maternità; alla predisposizione di una serie di controlli sulle modalità di espressione del consenso, sull'adeguatezza dell'assistenza medica e legale, sul conflitto di interessi tra la gestante e l'agenzia; che sia prevista l'impossibilità per i genitori intenzionali di revocare la propria iniziale disponibilità ad accogliere il nato.

In tal modo, sarebbe possibile distinguere gli ordinamenti che – sulla base degli obblighi assunti in via convenzionale – hanno promosso l'assunzione di precisi *standard* di tutela da quegli Stati in cui la pratica si svolge al di fuori di essi. Cosicché, nel primo caso si potrebbe procedere alla trascrizione automatica da parte dello Stato di destinazione dell'atto di nascita formato nello Stato ospitante, mentre nel

[41] Per una ricognizione delle scelte proibizioniste o permissive dei Paesi UE ed extraUE, v. S. Agosta, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, n. 1/2018, 82 ss.

[42] La soluzione della convenzione internazionale è sostenuta in dottrina da F. Azzarri, *I diritti dei nati,* cit., 1174; G. Ferrando, *Adozione in casi particolari*, cit., 13.

secondo caso sarebbe necessario ricorrere a meccanismi di riconoscimento della filiazione meno immediati.

Non si tratta di rinunciare alla tutela della dignità della gestante, né di ignorare che, spesso, dietro la formula magica della maternità surrogata c.d. 'altruistica' si nascondono vere e proprie prestazioni patrimoniali che fanno leva sullo stato di bisogno della gestante e rappresentano, dunque, più una costrizione che una scelta libera e consapevole[43]. Né intendo sostenere, come è stato detto, che la regolamentazione della g.p.a. ridurrebbe il ricorso alla pratica e il turismo procreativo[44].

Tuttavia, occorre rilevare due dati di fatto.

In primo luogo, se la regolamentazione non ha effetti deflativi sul ricorso alla pratica può produrli rispetto alla mercificazione e allo sfruttamento retrostante.

In secondo luogo, il processo di convergenza dei valori di riferimento[45] degli ordinamenti nazionali, in special modo europei, è già in atto e ruota attorno alla figura del minore. Dunque, sarebbe auspicabile che questo processo di ravvicinamento venga guidato da regole negoziate a livello internazionale, piuttosto che abbandonato a sé stesso e all'imprevedibilità dei suoi esiti.

§ 5. – *L'orizzonte del legislatore italiano*

Invero, l'orizzonte descritto, di non facile attuazione, è lontano dalle intenzioni del nostro legislatore che sembra muoversi in direzione "ostinata e contraria".

Il disegno di legge approvato il 26 luglio 2023 dalla Camera e trasmesso al Senato intende estendere l'ambito di applicazione del delitto di maternità surrogata anche ai fatti commessi dal cittadino italiano all'estero[46].

---

[43] B. Sgorbati, *op. cit.*, 125.

[44] E. Olivito, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 2/2018, 22 avverte che le esperienze degli ordinamenti che hanno regolamentato e non vietato la surrogazione di maternità dimostrano che la regolamentazione non disincentiva il ricorso alla pratica – piuttosto – conduce ad una progressiva apertura dell'ordinamento interno a qualsivoglia pratica surrogatoria.

[45] R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello "status filii" in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Dir. um. e dir. int.*, n. 2/2016, 309 ss., in specie 331, ove l'autore parla di vera e propria «osmosi valoriale».

[46] Il testo approvato il 26 luglio 2023 recita «1. Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana"».

Il d.d.l. ha l'obiettivo di far fronte alla circostanza che l'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 sia una norma di fatto elusa tramite il ricorso alla g.p.a. all'estero nei Paesi in cui è ammes-

In caso di approvazione, l'effetto sarebbe quello di espungere la surrogazione di maternità commessa dal cittadino all'estero dalla previsione di cui all'art. 9, comma 2, c.p.[47] e di collocarla sotto l'art. 7, comma 1, n. 5), c.p.[48] rendendone più agevole la repressione, dal momento che non sarebbe più necessaria la richiesta del Ministro della Giustizia, né limiti minimi di pena, né la presenza del cittadino sul territorio dello stato italiano.

Se le cose stanno così, tuttavia, le questioni problematiche si moltiplicano.

La fattispecie incriminatrice descritta dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 non cambia e continua, pertanto, a suscitare seri sospetti di illegittimità costituzionale per la sua grave indeterminatezza[49].

Inoltre, non sembra coerente inserire il delitto di surrogazione di maternità entro la schiera dei reati di cui all'art. 7, comma 1, c.p. in quanto non condivide le *rationes* per cui il legislatore ritiene di estendere la potestà punitiva statale anche a fatti commessi all'estero: non si può assimilare la g.p.a. né a un delitto contro la personalità dello Stato, né ai c.d. *crimina iuris gentium*, ossia a fattispecie rispetto alle quali c'è nella comunità internazionale un giudizio di disvalore pressocché unanime.

Ancora, l'ipotesi di rendere il reato perseguibile anche se commesso fuori dall'Italia, colpendo i genitori, rende più difficile l'adempimento dei loro compiti che, comunque, tali e ineludibili restano, con la conseguenza di reiterare il pregiudizio indiretto nei confronti del nato.

Sembra, inoltre, una scelta non propriamente in linea con la direzione tracciata dalla Corte costituzionale sul terreno degli effetti civili, laddove il Giudice delle Leggi ha invitato il legislatore ad agire «nella

sa. Non si ricorre, tuttavia, più all'introduzione di un c.d. "reato universale" come era stato inizialmente proposto, ossia un fatto punibile da chiunque commesso e in qualsiasi luogo consumato, ma agevolando le condizioni di applicabilità della legge italiana solo se il delitto è commesso dal «cittadino italiano», quand'anche all'estero.

[47] Ad oggi, l'applicabilità dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 ai fatti commessi all'estero dai cittadini italiani ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 9, comma 2, c.p. che, per i delitti puniti con pena inferiore nel minimo a tre anni (come il delitto di maternità surrogata), condiziona la punibilità del cittadino italiano alla sua presenza nel territorio dello Stato e alla richiesta del Ministro della Giustizia (ovvero a istanza o a querela della persona offesa, condizione che nella fattispecie in esame non rileva). La dottrina prevalente richiede, come requisito implicito, anche la c.d. "doppia incriminazione": in argomento, M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei deputati*, in *www.sistemapenale.it*, 29 giugno 2021, 5.

[48] In cui si prevede che sia «punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluni dei seguenti reati […] 5) ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana».

[49] A. Vallini, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *Criminalia*, 2019, 233 ss.; M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 3/2015, 930 ss.

ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore», poiché «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore»[50].

Dunque, se un vuoto di tutela è stato riconosciuto, se una lacuna sussiste in quanto «la legge non regola la sorte del nato malgrado il divieto»[51], forse la direzione da intraprendere è quella di colmarla, piuttosto che estenderla.

Abstract

The paper aims to address the issue of the legal recognition of parent-child relationship between intended parents and the children born by way of surrogacy.
The analysis focuses on the case law of the Court of Cassation and the Constitutional court to assess whether the most appropriate instrument to protect all the interests involved is the institution of adoption or an international convention.

[50] Corte cost. n. 33/2021.

[51] Cass., Sez. Un., n. 38162/2022. Occorre precisare che le Sezioni Unite non aderiscono all'ipotesi dell'ordinanza di rimessione (n. 1842/2022) secondo la quale la mancata attuazione del monito rivolto al legislatore dalla sentenza della C. Cost. n. 33/2021 aveva determinato un vuoto normativo; tuttavia, al di là della dichiarazione d'intenti, sono le stesse Sezioni Unite a prendere atto che «la legge non regola la sorte del nato malgrado il divieto».

V.26. *Sulla possibilità di individuare un termine decorso il quale il legame tra genitore intenzionale e figlio nato da GPA debba essere riconosciuto*

di Stefania Flore*

Sommario: § 1. – Il marginale ruolo dell'UE nell'armonizzazione della normativa degli Stati membri in tema di GPA. § 2. – Le indicazioni della giurisprudenza della Corte EDU. § 2.1. – In particolare, sui presupposti per la costituzione di una "vita familiare". § 3. – I termini nel diritto di famiglia italiano. § 4. – Considerazioni conclusive.

§ 1. – *Il marginale ruolo dell'UE nell'armonizzazione della normativa degli Stati membri in tema di GPA*

Il presente saggio intende verificare se vi siano delle indicazioni che possano vincolare gli Stati membri nella regolamentazione del legame di filiazione del nato da gestazione per altri (in seguito GPA), favorendo l'armonizzazione delle normative. In particolare, si vuol verificare se dette indicazioni consentano di individuare un termine decorso il quale, creatosi un rapporto familiare di fatto, si debba necessariamente riconoscere giuridicamente detto rapporto.

Preliminarmente, si rileva come l'Unione europea sembra non poter contribuire al suddetto scopo.

L'Unione ha infatti una competenza limitata nell'ambito del diritto di famiglia, che riguarda unicamente le situazioni con elementi di transnazionalità ed è finalizzata a garantire la libera circolazione delle persone tra gli Stati membri[1]. La regolamentazione dell'accertamento della filiazione è sempre rimasta estranea a detta competenza. Il Reg. UE 2019/1111, in vigore dal 1° agosto 2022, costituisce la disciplina eurounitaria di maggior interesse per la filiazione con elementi di transnazionalità, ma presuppone una filiazione già accertata secondo

* *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna.

[1] La disciplina si colloca nel Titolo V del TFUE, al Capo III dedicato alla cooperazione giudiziaria civile. L'art. 81 TFUE prevede in particolare una procedura legislativa speciale che richiede il voto all'unanimità del Consiglio, enfatizzando così il ruolo degli Stati membri. La produzione normativa in tale ambito riguarda le regole per il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti esteri, nonché la determinazione della competenza e della legge applicabile in caso di controversie con caratteri di transnazionalità aventi a oggetto obbligazioni alimentari, esercizio della responsabilità genitoriale, diritto di visita, regolamento dei rapporti patrimoniali tra coniugi, separazione e divorzio. Si veda M.C. Baruffi, *Le competenze dell'unione europea in materia di diritto di famiglia*, in *Rivista AIAF*, n. 4/2022, 280-288.

le leggi dello Stato membro, con la conseguenza che un minore nato mediante la stessa tecnica procreativa può essere considerato come figlio in uno Stato e come estraneo in un altro[2].

La competenza dell'Unione in tema di GPA non potrebbe ricavarsi neppure volendo ricomprendere quest'ultima nell'ambito della tutela della salute[3]; né una tutela dello *status filiationis* dei nati da GPA potrebbe ricavarsi per il tramite della Carta di Nizza, che ha valore solo nell'ambito delle competenze eurounitarie, o per il tramite degli artt. 2 e 7 TUE[4] o, infine, mediante rinvio alla CEDU, non essendosi ancora concretizzata l'adesione alla Convenzione[5].

La proposta di Regolamento europeo del 7 dicembre 2022[6], che costituisce il primo tentativo dell'UE di intervenire – indirettamente

[2] Si pensi alla procreazione eterologa effettuata all'estero da coppia omoaffettiva femminile e alla GPA. Nel primo caso, la giurisprudenza ha chiarito che, se il minore nasce in uno Stato ove la procreazione assistita tra donne è legale, l'atto di nascita con doppia maternità viene riconosciuto automaticamente in Italia; viceversa, se il minore nasce in Italia, il legame di filiazione tra la madre intenzionale e quest'ultimo dovrà seguire la stessa procedura necessaria per instaurare il legame di filiazione tra genitore intenzionale e nato da GPA, ossia l'adozione ex art. 44, lett. d), l. 184/1983. Sull'impossibilità di formare, in Italia, un atto di nascita indicante la doppia maternità si veda in particolare Corte costituzionale, 20 ottobre 2020, sentenza n. 230, in *Nuova Giur. Civ.*, n. 2/2021, 362, ove la Consulta dà atto dell'urgente necessità dell'intervento del legislatore a tutela dei minori; Corte EDU, 22 giugno 2023, ricc. nn. 47998/2020 e 23142/2021, *Nuti e altri c. Italia*, in *Foro It.*, n. 10/2023, 413, con la quale la Corte EDU, coerentemente con quanto stabilito in sede di GPA, ha affermato che il mancato riconoscimento automatico ed immediato del legame di filiazione col genitore intenzionale non viola l'art. 8 CEDU.

[3] L'art. 168 TFUE prevede un ruolo dell'Unione meramente complementare a quello statale, salvo il caso in cui si tratti di contrastare minacce alla salute di carattere transfrontaliero. Sul tema, F. Bestagno, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2017, 317 ss.

[4] L'attivazione della procedura sanzionatoria ex art. 7 TUE, della quale, nella pratica, si è fatto strettissimo uso, presupporrebbe infatti che la tutela del rapporto tra nato e genitore intenzionale si qualifichi come diritto fondamentale dell'uomo. A tale ricostruzione osta però la totale assenza di consenso internazionale sul punto, nonché la presenza di un consenso, tra gli Stati membri, circa la condanna della pratica stessa di GPA. Sulle criticità dell'operatività della tutela dei diritti fondamentali in UE si veda J. Wouters, *Revisiting art. 2 TEU: a true union of values?*, in *European papers*, n. 1/2020, 255-277.

[5] Il secondo paragrafo dell'art. 6 TUE prevede l'impegno dell'Unione ad aderire alla CEDU. Fintanto che non si perfeziona l'adesione, l'efficacia della Carta è mediata, passando per il tramite dell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali e del paragrafo 3 dell'art. 6 TUE, ai sensi del quale i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri assurgono a principi generali del diritto europeo. Sul rapporto tra CEDU e Carta di Nizza si veda G. Gaja, *The charter of fundamental rights in the context of international instruments for the protection of human rights*, in *European papers*, n. 1/2016, 791-801. Una pronuncia della Corte costituzionale (11 marzo 2011, n. 80, in *Corr. Giur.*, n. 9/2011, 1242), ha chiarito che, fintanto che l'adesione non si perfeziona, rientrano nel diritto dell'Unione solo quei diritti della CEDU qualificabili come principi fondamentali, limitatamente alle competenze dell'Unione. Attualmente, pertanto, non può farsi rientrare nel diritto eurounitario, per tramite della CEDU, la tutela dello *status filiationis* dei nati da GPA.

[6] Proposta di Regolamento del Consiglio del 7 dicembre 2022, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento delle decisioni, all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, consultabile sul sito *www.eur-lex.europa.eu*. La proposta, che, per divenire Regolamento, dovrà seguire l'*iter* di legislazione speciale descritto dall'art. 81.3 TFUE, è stata approvata con qualche

– sul riconoscimento della filiazione, è la prova dell'incapacità dell'Unione di offrire un contributo significativo alla tutela della filiazione dei nati da GPA.

Sebbene mossa dal proposito di operare esclusivamente in situazioni transfrontaliere, di fatto la proposta metterebbe in pericolo la politica repressiva di alcuni Stati nei confronti di determinate pratiche procreative, in particolare la GPA. Le norme più significative sotto questo aspetto si trovano al capo III, in cui, nel designare la legge applicabile al riconoscimento dello stato di figlio, si rinvia alla legge dello Stato di residenza abituale della partoriente o allo Stato in cui il figlio è nato, espressamente estendendo tale rinvio anche alle leggi di Stati extraeuropei. Ciò significa che, in caso di GPA effettuata in Canada, negli Stati Uniti o in Russia, potrebbe applicarsi la legge di questi Stati, con conseguente automatico ed immediato riconoscimento del legame di filiazione tra coppia committente e neonato negli Stati membri, ove la GPA sia stata effettuata conformemente a dette normative.

Consapevole della potenziale portata di questa previsione, la stessa proposta di regolamento prevede la possibilità di disapplicare le normative di rinvio ove esse risultino incompatibili con l'ordine pubblico dello Stato membro interessato[7]. La vera innovazione utile sembra quindi risiedere nella previsione dell'obbligo di riconoscere automaticamente lo *status filiationis* già riconosciuto da altro Stato membro in forza dell'applicazione della legge di rinvio designata. Questo potrebbe consentire il riconoscimento automatico del legame di filiazione dei nati da GPA provenienti da altri Stati membri in cui non vi siano motivi di contrarietà all'ordine pubblico che giustifichino la disapplicazione del rinvio. Infatti, tra i motivi eccezionali di rifiuto del riconoscimento della decisione di uno Stato membro dettati all'art. 31 della proposta di Regolamento, l'unico che si potrebbe sollevare, ossia la contrarietà all'ordine pubblico dello Stato in cui il riconoscimento va effettuato, sembra precluso dalla prioritaria necessità di tener conto dell'interesse dei figli[8].

emendamento dal Parlamento per la consultazione preventiva il 14 dicembre 2023 e dovrà essere approvata dal Consiglio all'unanimità.

[7] L'unico limite alla disapplicabilità della normativa di rinvio per violazione dell'ordine pubblico riguarda l'ipotesi in cui a detta disapplicazione consegua la negazione della filiazione per mera discriminazione dell'orientamento sessuale dei genitori. Ipotesi che però che non riguarda la GPA, che viene condannata per lo sfruttamento della gestante e dunque anche nel caso in cui i committenti siano eterosessuali.

[8] Si veda l'art. 31.1, lett. a, della proposta di regolamento.

§ 2. – *Le indicazioni della giurisprudenza della Corte EDU*

Il contributo più efficace per l'armonizzazione delle discipline in tema di riconoscimento del legame di filiazione dei nati da GPA sembra allora provenire dalla giurisprudenza della Corte EDU[9].

Il primo punto fermo che si può evincere riguarda l'obbligo, per lo Stato parte, di riconoscere il legame di filiazione tra il nato e il committente della GPA che sia anche genitore biologico. Detto principio è stato dapprima enunciato nelle sentenze gemelle *Mennesson contro Francia* e *Labassee contro Francia*[10], aventi ad oggetto casi di filiazione da GPA effettuata negli Stati Uniti da coppie di committenti eterosessuali[11].

Il principio dei casi *Mennesson* e *Labbassee* esprime in particolare due concetti fondamentali.

Il primo è che la violazione dell'art. 8 CEDU risiede non nel mancato riconoscimento, automatico ed immediato al momento della nascita, del legame di filiazione tra padre biologico e nato da GPA, bensì nella mancata instaurazione, anche successiva, di quel legame, mediante adozione o analoga procedura.

Questo principio è stato però poi modificato, specificando che in casi eccezionali, in cui la tutela del minore all'identità e all'eredità sia già garantita dalla presenza di due genitori legalmente riconosciuti, l'art. 8 è rispettato anche se il legame di filiazione col genitore biologico non sia riconosciuto, purché al medesimo sia consentito mantenere rapporti col minore ed esercitare la responsabilità genitoriale[12].

---

[9] Sull'efficacia vincolante delle pronunce della Corte EDU, relativamente sia alle sentenze in cui lo Stato è parte, sia alle sentenze in cui non è parte, si veda P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2004; A. Saccucci, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. int*., n. 3/2002, 618 ss.

[10] Corte EDU, 26 giugno 2014, ricc. nn. 65192/11 e 65941/11, *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, reperibili entrambe nella banca dati ufficiale *www.hudoc.echr.coe.int*, la prima delle quali è annotata da C. 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*., n. 12/2014, 1122.

[11] Di fronte al rifiuto della Francia di trascrivere o altrimenti riconoscere il legame di filiazione tra i committenti e i minori, la Corte EDU ravvisa la violazione dell'art. 8 unicamente a danno dei minori e limitatamente al mancato riconoscimento del legame di filiazione col solo genitore biologico. Così Corte EDU, *Mennesson c. Francia*, cit., par. 100: «La Corte ritiene […] che nell'ostacolare […] sia il riconoscimento che l'instaurazione, nel diritto interno, del loro legame di filiazione nei confronti del loro padre biologico lo Stato sia andato oltre quanto consentito dal suo margine di apprezzamento».

[12] Il principio inizialmente espresso nei casi Mennesson e Labassee è stato così in parte innovato in Corte EDU, 31 maggio 2022, ric. n. 32185/20, *H. c. Regno Unito*, in *www.hudoc.echr.coe.int*. Il ricorrente, H., è un minore nato da GPA commissionata da coppia omosessuale. La coppia si separa prima della nascita, perciò la gestante non avvisa i committenti della data del parto e il minore viene riconosciuto alla nascita come figlio della stessa gestante e del di lei marito. La coppia di committenti ottiene poi l'esercizio della responsabilità genitoriale (che conseguentemente viene attribuito a quattro soggetti), ma non il riconoscimento del legame di filiazione. Nell'interesse del solo minore il padre biologico ricorre allora alla Corte EDU lamentando il mancato riconoscimento del legame di filiazione col genito-

Il principio dell'obbligo di riconoscere legalmente la filiazione col genitore biologico o, in casi eccezionali, di attribuire a quest'ultimo l'esercizio della responsabilità genitoriale, non sembra venir meno per la pronuncia resa nel caso *A.L. contro Francia*[13], nonostante in questo provvedimento la Corte abbia ritenuto rispettato l'art. 8 pur in assenza di ogni rapporto giuridico e di fatto tra genitore biologico e nato da GPA. Infatti, nel caso di specie la sentenza della Corte è sopraggiunta quando il minore aveva già nove anni, e da quattro anni aveva completamente interrotto i rapporti, già sporadici, col genitore biologico ricorrente. L'interesse del minore, non rappresentabile in giudizio da quest'ultimo, era senz'altro quello di continuare i rapporti con quella che ormai considerava la sua unica famiglia; sarebbe stato per lui un trauma introdurre una nuova figura genitoriale. Viene però riconosciuta la violazione dell'art. 8 per i danni causati al ricorrente dallo Stato francese per aver gestito la causa con eccessiva lentezza, tale da far prevalere la situazione di fatto su quella di diritto[14]. Sarebbe perciò strumentale ed errato voler trarre da questa pronuncia un innovativo principio secondo il quale, sovvertendo quanto sin qui illustrato, sia conforme all'art. 8 precludere ogni rapporto tra genitore biologico e nato da GPA; la Corte sarebbe infatti approdata ad identiche conclusioni in caso di procreazione naturale.

È fondamentale inoltre sottolineare che il ricorrente che non eserciti la responsabilità genitoriale sul minore non può che agire nel proprio esclusivo interesse. Ma, – e qui risiede il secondo concetto fondamentale desumibile sin dal caso *Mennesson* – la Corte afferma che la riduzione del margine di apprezzamento statale consegue solo alla

re biologico. La Corte rigetta la doglianza, affermando che l'esercizio della responsabilità genitoriale è sufficiente a tutelare il minore ove il suo diritto alle origini sia già garantito dalla presenza del legame di filiazione con la partoriente e il marito di lei. Detto principio non potrebbe invece estendersi all'ipotesi in cui la partoriente sia *single*. La Corte, infatti, attribuisce molto peso alla tutela dei dritti ereditari: nel caso di specie, la responsabilità genitoriale viene ritenuta una garanzia sufficiente per il minore perché quest'ultimo aveva già due genitori legali dai quali ereditare e perché il padre biologico aveva la possibilità di attribuirgli una quota del suo patrimonio mediante testamento.

[13] Corte EDU, 7 aprile 2022, ric. n. 13344/20, *A.L. c. Francia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

[14] Il ricorrente aveva infatti avviato l'azione per riconoscere il minore ed ottenere l'affidamento esclusivo già nel 2013, appena dopo la nascita del figlio. La sentenza, seppur di accoglimento, sopraggiunge però dopo ben quattro anni in cui il minore aveva vissuto presso la partoriente e il marito di lei, cosicché questi ultimi impugnano la decisione e, come prevedibile e condivisibile, la Corte d'appello riforma la sentenza, vietando ogni rapporto tra il minore e i committenti perché, sposando le conclusioni del curatore speciale del minore, l'interesse di quest'ultimo si è ormai orientato nel senso di continuare a vivere con la famiglia e nella casa in cui è nato e cresciuto. La Cassazione e la stessa Corte EDU non possono allora far altro che prendere atto del doveroso rispetto del *best interest* del minore, pur a discapito della tutela dei diritti fondamentali del ricorrente. Bisogna infine considerare che in Francia, decorsi cinque anni in cui il figlio ha vissuto come tale presso il padre legale, è preclusa la contestazione della paternità.

necessità di tutelare gli interessi primari dei minori[15], mentre quelli dei genitori che hanno utilizzato una pratica vietata nello Stato di appartenenza vengono trascurati. Ciò significa che solo il genitore che eserciti la responsabilità genitoriale può sperare in un accoglimento del ricorso, con conseguente impossibilità di sanzionare l'omesso riconoscimento del legame di filiazione col genitore intenzionale ove questi sia in conflitto con chi esercita esclusivamente detta responsabilità, essendo quest'ultimo il solo portavoce dell'interesse del minore[16].

§ 2.1. – *In particolare, sui presupposti per la costituzione di una "vita familiare"*

La pietra angolare della tutela del legame tra genitore intenzionale e nato da GPA è il parere consultivo reso all'unanimità dalla Grande Camera della Corte EDU nel 2019[17]. Questo parere ha stabilito che viola i diritti del minore ai sensi dell'art. 8 della Convenzione il mancato riconoscimento del legame di filiazione tra questo e la madre intenzionale che sia designata come madre legale nell'atto di nascita redatto all'estero a seguito del ricorso a pratiche di GPA e che si atteggi come tale. Nel riconoscere questo legame, però, rientra nel margine d'apprezzamento statale la scelta del mezzo, col solo obbligo di assicurare la velocità e l'effettività della sua attuazione. La Corte fa riferimento al riconoscimento dell'atto di nascita estero oppure all'adozione, che sono di fatto gli unici due mezzi per riconoscere un legame di filiazione.

Ci si potrebbe domandare, alla luce di quanto sopra esposto circa la possibilità, in casi eccezionali, di rispettare l'art. 8 riconoscendo al genitore biologico la sola responsabilità genitoriale, se detto principio

[15] Così Corte EDU, 6 dicembre 2022, ric. n. 25212/21, *K.K. e altri c. Danimarca*, par. 53, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

[16] Particolarmente significativo sotto questo aspetto è il caso Corte EDU, 24 giugno 2022, ric. n. 30254/18, *A.M. c. Norvegia* in *www.hudoc.echr.coe.int*, in cui la ricorrente, madre intenzionale di un minore nato da GPA, e convivente col medesimo per oltre un anno, lamenta la lesione dell'art. 8 per il mancato riconoscimento della sua maternità, precluso dal diniego dell'ex partner all'adozione, essendo egli padre biologico del minore e unico titolare della responsabilità genitoriale. La Corte premette che secondo la legge norvegese il minore aveva già due genitori, la partoriente statunitense e il padre biologico, e che il caso era diverso da quello prospettato nel parere consultivo *Mennesson*. Infatti, sottolinea la Corte, «contrariamente a quanto era oggetto del parere consultivo […] il ricorso […] non riguarda alcun diritto del minore X, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione: la Corte è chiamata ad esaminare esclusivamente le censure sollevate dalla ricorrente in proprio». Il ricorso viene così rigettato, in quanto la tutela dei diritti del genitore intenzionale non genera alcun vincolo per lo Stato che possa limitare il suo margine di apprezzamento sulla repressione delle pratiche di GPA. Analogo ragionamento impernia Corte EDU, 24 marzo 2022, ricc. nn. 29775/18 e 29693/19, *C.E. e altri c. Francia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

[17] Parere preventivo del 10 aprile 2019, in *www.hudoc.echr.coe.int*, commentato dal consigliere di Cassazione dott. Conti, in *www.questionegiustizia.it*.

possa estendersi al genitore intenzionale[18]. È preferibile la soluzione positiva; bisogna però tenere sempre a mente che i precedenti della Corte EDU in tema di GPA vanno attentamente contestualizzati con riguardo al caso esaminato[19].

Il parere del 2019 fissa un altro principio fondamentale per la trattazione che si conduce. Si legge, infatti, che il legame di filiazione già stabilito nello Stato estero in cui la GPA è avvenuta deve essere apprezzato in concreto, piuttosto che in astratto, e che il legame legale «possa essere riconosciuto, al più tardi, nel momento in cui si è concretizzato» il legame di filiazione di fatto; nel momento in cui quest'ultimo sia divenuto, per usare le parole della Corte, una «realtà pratica»[20].

[18] Si veda la nota 12, caso *H. c. Regno Unito*; l'eccezionale circostanza che giustificò la valutazione di adeguatezza del conferimento, al padre biologico, del solo esercizio della responsabilità genitoriale, risiedeva nel fatto che il figlio aveva già due genitori legali, con conseguenti garanzie ereditarie. Ove sussista una situazione analoga, in cui il nato da GPA ha già un legame di maternità con altra donna che possa supplire alle esigenze di tutela ereditaria del minore, sembra opportuno ritenere conforme all'art. 8 il riconoscimento della sola responsabilità genitoriale per la madre intenzionale. Ciò sia perché non si vede come ci si possa discostare da un principio reso per il genitore biologico, che dovrebbe vantare tutele maggiori rispetto al genitore intenzionale, sia perché la Corte EDU pone una prioritaria attenzione alla necessità di rispettare il diritto alla vita privata del minore in concreto, consentendogli di vivere coi propri genitori, anche non biologici ove si sia creata una vita familiare. Dal caso *K.K. c. Danimarca*, cit., si evince però come l'esercizio della responsabilità genitoriale sia una misura conforme al rispetto dei diritti del minore ex art. 8 solo ove questi abbia già due genitori legali. La Corte dà grande importanza alla tutela dei diritti ereditari del minore, al punto che, nel caso citato, in cui ricorrenti erano il nato da GPA e la madre intenzionale, ritenne che i tribunali danesi, rigettando la domanda di adozione della seconda, avessero violato i diritti del primo. La motivazione si fonda in particolare sul fatto che il rifiuto di adozione del minore, avente un legame di filiazione col solo padre biologico, avrebbe pregiudicato i suoi diritti ereditari. Detto principio sembra infine confermato da Corte EDU, 18 maggio 2021, ric. n. 71552/17, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, in cui la Corte ritiene non violati i diritti del minore, nato da GPA da due donne committenti prive di legami genetici e legali col medesimo, nel caso in cui lo Stato dia a ciascuna di loro la possibilità di adottarlo insieme al proprio nuovo partner, pur nella consapevolezza che solo una di loro potrà ottenere il riconoscimento della maternità. Il minore avrebbe, allora, comunque due genitori, al che consegue il rigetto del ricorso avente a oggetto la violazione dell'art. 8 per mancata instaurazione del legame di filiazione con entrambe le committenti tramite riconoscimento dell'atto di nascita.

[19] La stessa Grande Camera nel proprio parere consultivo sottolinea in premessa che l'atto non varrà per situazioni che, seppur analoghe, presentino elementi di diversità, come nel caso della surroga con embrione formato da gameti di entrambi i genitori committenti; nella sentenza del 16 luglio 2020, caso *D. c. Francia*, la Corte EDU ha però concluso in senso analogo al parere consultivo del caso *Mennesson*, pur essendo la madre intenzionale anche madre biologica. Nel caso *Mennesson*, i genitori, eterosessuali, convivevano coi minori dalla nascita, nell'anno 2000. Il padre d'intenzione è anche padre biologico, ed il suo legame con le figlie era stato riconosciuto dal diritto francese dopo la pronuncia della Corte EDU del 2014. La procedura di GPA era stata espletata secondo le leggi estere, ed infatti il parere evidenzia che il presupposto per far sorgere l'obbligo dello Stato, nell'interesse del minore, di riconoscere il legame col genitore intenzionale è che questi risulti genitore legale dal certificato di nascita estero. Cfr. Corte EDU, *Grande Chambre*, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, con nota di E. Falletti, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Fam. e Dir.*, n. 8-9/2017, 729, in cui si indaga il rilievo della violazione delle leggi sulla GPA dello Stato estero in cui è avvenuta.

[20] Par. 52, principio ripreso al par. 54. Nella versione inglese del parere, la necessità che vi sia un "legame concretizzato", viene espressa richiedendo il riconoscimento legale

Il punto fondamentale per il riconoscimento del legame di filiazione da GPA diventa allora l'individuazione dei presupposti che rendano il legame una *pratical reality*, così da restringere il margine di apprezzamento degli Stati nel senso di dover riconoscere il legame di filiazione allorquando sussistano detti presupposti. Questo concetto evoca i presupposti del possesso di stato del figlio, ossia il *tractatus* e la *fama*, seppur questo sia un mezzo di prova della filiazione, non un metodo costitutivo della stessa[21].

La Corte EDU non indica dei precisi presupposti per la sussistenza del legame familiare di fatto col nato da GPA, affermando che questo debba essere verificato nel caso concreto. Detta presa di posizione, che si fonda sulla necessità di valutare la qualità del rapporto caso per caso, trascura però di considerare che i legami che si formano nelle prime fasi di vita del minore si manifestano secondo modelli precisi[22]. Salvo comportamenti particolarmente pregiudizievoli, come maltrattamenti o assenze prolungate, i legami tra il minore e il genitore che conviva col medesimo si formano in maniera pressoché standardizzata, non essendovi nel minore stesso una coscienza e un'autodeterminazione tali da creare frizioni o contrasti come avviene in altre fasi della crescita.

D'altra parte, la stessa Corte EDU ha dimostrato di tener conto di queste standardizzazioni, laddove, chiamata a giudicare sul rispetto della vita familiare del nato da GPA allontanato dai genitori intenzionali, oppure del minore che venisse allontanato dai genitori affidatari (dunque anch'essi non genetici), ha dato un peso particolare alla durata della convivenza tra le parti.

Dalla giurisprudenza della Corte è comunque possibile trarre delle indicazioni su cosa sia la vita familiare da tutelare. Innanzitutto, questa presuppone un legame di fatto la cui sussistenza si basa su indici

del legame di filiazione allorché questo sia divenuto una "*practical reality*".

[21] Sul possesso di stato, sulla differente applicazione delle relative norme in caso di figlio nato in costanza di matrimonio o meno, e sul suo carattere ormai desueto M. Dossetti, *Le prove della filiazione*, in G. Bonilini (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, III, Milano, Utet, 2022, 94 ss. La disciplina del possesso di stato risale ad un'epoca in cui la filiazione si costituiva solo col legame genetico (salvo adozione), ed in cui non erano diffusi i test di compatibilità genetica, per cui detto istituto non è costitutivo, ma probatorio della filiazione.

[22] J. Bowlby, *Attachment and loss, I. Attachment* (1969), trad. it. *Attaccamento e Perdita. 1: L'attaccamento alla madre*, Torino, Boringhieri, 1972. Più di recente, Marvin e Britner hanno approfondito la formazione del legame di attaccamento, suddividendo l'*iter* in fasi: dalla nascita a circa tre mesi vi è la fase di preattaccamento, in cui non viene mostrata particolare discriminazione verso nessuna figura di accudimento; dai tre-quattro mesi fino ai sei mesi emergono dei segnali verso una o più persone in particolare; dai sei-nove mesi ai due-tre anni di vita vi è la fase di attaccamento vero e proprio rispetto a una figura specifica. Così R.S. Marvin, P.A. Britner, *Normative development: The ontogeny of attachment*, in J. Cassidy, P.R. Shaver (a cura di), *Handbook of attachment: Theory, research and clinical applications*, New York, Guilford Press, 2008.

concretamente riscontrabili all'esterno. In particolare: la durata della convivenza tra genitore intenzionale e minore, sia prima che dopo la crisi di coppia; l'assenza di interruzioni significative della convivenza; la creazione di stretti legami personali col minore nelle prime fasi della sua vita e la qualità degli stessi; il ruolo svolto dai genitori intenzionali nei confronti del minore[23]. La durata della convivenza continuativa e priva di interruzioni è l'elemento più importante[24], giacché a ciò consegue la creazione di legami significativi col minore, essendo il ruolo del genitore intenzionale generalmente quello di genitore di fatto, salvo anomale carenze nell'accudimento del nato.

L'analisi della giurisprudenza della Corte EDU in tema di quantificazione del periodo di convivenza necessario per la tutela della vita familiare restituisce però un quadro improntato alla prudenza, che fornisce risposte diverse ove il caso riguardi la GPA piuttosto che un rapporto di affidamento temporaneo di un minore, come quello che precede l'adozione di un minore in stato di abbandono.

Nel 2010, caso *Moretti e Benedetti c. Italia*[25], si riconosce sussistente la vita familiare essendo accertata la convivenza per un periodo di 19 mesi tra una minore abbandonata alla nascita e i ricorrenti affidatari. La Corte premette che la vita familiare può sussistere anche in assenza di legami genetici, dovendosi il giudizio concentrare sul «tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni, nonché (su)l ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino». Nel caso di specie considera la durata della convivenza, il fatto che questa coprisse dal secondo al ventesimo mese di vita della minore, che quest'ultima fosse stata inserita nella famiglia, socializzando coi ricorrenti e con i loro due figli, che l'avessero iscritta all'asilo e avessero fatto tutti assieme un viaggio all'estero, concludendo che detti «elementi bastano alla Corte per dire che sussisteva tra i ricorrenti e la bambina un legame interperso-

[23] Si veda *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda,* cit., par. 56 ss. Per usare le parole della Corte (par. 56), «l'esistenza o l'inesistenza della "vita familiare" è essenzialmente una questione di fatto che dipende dall'esistenza di stretti legami personali. La nozione di "famiglia" di cui all'articolo 8 riguarda […] anche […] "legami familiari" di fatto […] quando le parti convivono al di fuori del matrimonio o quando altri fattori dimostrano che la relazione aveva una sufficiente costanza». V. anche *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit. Sulla nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU F. Caggia, *Il rispetto della vita familiare*, in *Fam. e dir*., n. 2/2002, 212 ss.; B. Checchini, *«Vita familiare» vs «maternità surrogata»: il nuovo punto di equilibrio della Corte europea. Quale rilievo all'identità del nato?*, in *Nuova giur. civ*., n. 2/2022, 396 ss.

[24] La stessa Corte, nella sentenza della Grande Camera resa nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., al par. 153 definisce la durata della convivenza come un «fattore chiave».

[25] Corte EDU, 27 aprile 2010, ric. n. 16318/07, *Moretti e Benedetti c. Italia,* tradotta in italiano in *www.giustizia.it*. La Corte ha condannato l'Italia per la violazione della vita familiare in conseguenza del fatto che il Tribunale per i minorenni, rigettando la richiesta di adozione speciale dei ricorrenti, affidò la minore ad altra coppia, strappandola improvvisamente al proprio *habitat* familiare all'età di un anno e otto mesi.

nale stretto e che i ricorrenti si comportavano in tutti i sensi come suoi genitori».

È interessante notare che, sebbene la Corte menzioni tra i criteri rilevanti la qualità dei rapporti affettivi, detta qualità non possa che presumersi, potendo al più desumersi dai riferimenti, spesso superficiali, contenuti nelle relazioni dei servizi sociali.

Altro caso rilevante è il celebre *Campanelli c. Italia*[26]. Dapprima è oggetto del provvedimento della Corte del 2015, che riconosce la sussistenza di una vita familiare nella convivenza per complessivi otto mesi dalla nascita[27]. La decisione viene poi ribaltata dalla Grande Camera nel 2017, ritenendo insussistente una vita familiare tra i ricorrenti e il minore, valorizzando principalmente tre elementi: l'assenza di legami biologici coi ricorrenti, la breve durata della convivenza e l'incertezza dei legami giuridici col nato, alla quale ultima essi stessi avevano dato causa[28]. Posto che l'assenza di legami genetici, come evidenziato nel caso *Moretti e Benedetti c. Italia*, non è dirimente, l'attenzione si concentra sugli altri due elementi. La considerazione sull'incertezza dei legami giuridici, però, non convince, trattandosi di verificare la sussistenza di una *pratical reality*, tanto più che l'agito illegale non rifletteva una personalità negativa dei genitori nei rapporti col minore. La stessa Grande Camera riporta che le relazioni dei servizi sociali avevano accertato che i genitori avessero costruito stretti legami affettivi col nato. L'influenza che il dato legale esercita su una valutazione prettamente di fatto si può pertanto addebitare solo ad una logica sanzionatoria, che ricade però sul minore con conseguenti effetti discriminatori[29].

Nell'ultima occasione significativa in cui avrebbe potuto esprimersi sulla durata della convivenza per la costituzione di una vita

[26] Si ritiene poco rilevante il caso Corte EDU, 8 luglio 2014, ric. n. 29176/13, *D. e altri c. Belgio*, in *www.hudoc.echr.coe.int*. Infatti, nel caso di specie la sussistenza della vita familiare viene accertata in maniera sommaria ed imprecisa, non essendo oggetto di contestazione. Sebbene il *thema decidendum* fosse la conformità all'art. 8 del diniego provvisorio di ingresso del minore in Belgio, minore nato da GPA tra eterosessuali con gameti del padre intenzionale, la Corte, nel valutare la sussistenza della vita familiare, considera non solo il periodo di due mesi di convivenza, equivalente al periodo di vita familiare trascorso al tempo della censurata decisione del tribunale, bensì anche la convivenza successiva, ripresa a seguito dell'accoglimento del ricorso da parte della Corte d'appello belga tre mesi dopo. Non si spiega, però, come possa valutarsi la violazione della vita familiare da parte di un provvedimento considerando non la vita familiare che si palesava al giudice al tempo della presunta lesione, bensì anche quella successiva. Questo ragionamento porterebbe a condannare un tribunale per la lesione di una vita familiare non ancora sussistente al momento dell'esame del caso.

[27] Corte EDU, 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *www.giustizia.it*.

[28] Meno rilevante la contrarietà – di fatto mai accertata – della procreazione alla legge russa. Il par. 144 del provvedimento evidenzia che all'epoca dei fatti detta legge sembrava non richiedere esplicitamente la sussistenza di un legame biologico tra il minore e i committenti.

[29] Di questo avviso la *dissenting opinion* di cinque dei sei giudici contrari.

familiare, la Corte ha volutamente glissato. Nel caso *A.M. c. Norvegia* del 2022[30], la GPA era stata eseguita negli Stati Uniti da una coppia eterosessuale norvegese, in cui il padre intenzionale è anche padre biologico. La coppia si separa, ma le parti decidono comunque di iniziare la procedura di GPA. Alla nascita, il padre viene riconosciuto legalmente come tale. Dalla nascita e per tutta la permanenza della neonata negli USA, la stessa sta prevalentemente con la madre intenzionale, così come nei primi tempi dopo il ritorno in Norvegia. Dopo due mesi i genitori intenzionali si accordano per un collocamento perfettamente paritario della minore, a giorni alterni. Decidono inoltre, con accordo privo di effetti legali, di esercitare congiuntamente la responsabilità genitoriale. Un anno dopo iscrivono la minore all'asilo. Dopo una mediazione con esito negativo, i rapporti tra le parti si interrompono definitivamente e il padre si avvantaggia della sua posizione legale per escludere la madre intenzionale dalla vita della minore. La Corte, sebbene ritenga sussistenti due dei tre presupposti già enunciati per la tutela della vita familiare, nella specie il ruolo genitoriale e l'intensità dei legami affettivi, e sebbene la convivenza sia ininterrotta per quasi un anno e mezzo, periodo inferiore di soli due mesi rispetto al caso *Moretti e Benedetti c. Italia*, conclude che è possibile applicare l'art. 8 sulla vita privata tenendo conto anche dei rapporti familiari di fatto, e non è necessario esaminare se la questione possa riguardare l'ambito della vita familiare[31].

§ 3. – *I termini nel diritto di famiglia italiano*

L'individuazione di un termine oltre il quale il legame tra genitore intenzionale e figlio debba necessariamente essere tutelato viene da sempre guardata con sospetto. Tuttavia, non introdurrebbe un meccanismo nuovo nel nostro ordinamento.

La legge delega 219/2012 ha previsto, senza determinarlo, l'introduzione di un termine decadenziale per l'impugnazione di riconoscimento e per il disconoscimento di paternità, da applicarsi a tutti i legittimati attivi eccetto il figlio. Ciò «al fine di garantire la certezza di quelle relazioni familiari che devono stare intorno al figlio»[32]. Detto termine è stato quantificato in cinque anni dal d.lgs. 154/2013. Secondo la relazione illustrativa al d.lgs. la *ratio* del termine ruota intorno

[30] Cit., v. nota 16.
[31] Par. 111.
[32] Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 494 di giovedì 30 giugno 2011, 34, in *www.camera.it*.

all'«interesse del figlio alla conservazione dello stato»[33]. Sembrerebbe allora che questa modifica abbia fatto prevalere la filiazione accertata per legge sulla filiazione biologica, ma solo a tutela del mantenimento dello stato familiare legalmente acquisito.

Tuttavia, secondo la recente giurisprudenza, la previsione del termine decadenziale tutela anche la stabilità del legame familiare di fatto col minore[34]. In particolare, detta tutela opera soprattutto quando vi è il rischio di dividere la famiglia attuale del minore, in caso di azione proposta da terzi. Infatti, in questa ipotesi il termine quinquennale vale come una presunzione assoluta dell'interesse del minore a mantenere il legame col padre legale, ma non impedisce il rigetto dell'azione esercitata anche prima, tempestivamente, ove, in concreto, il giudice la consideri contraria al suo interesse, seppur fondata sulla falsità del dato genetico[35].

Altre presunzioni dell'interesse del minore rigidamente legate al trascorso di un determinato lasso temporale si trovano nella disciplina sul rapporto tra minore e genitore detenuto, in particolare nell'istituto della sospensione dell'esecuzione della pena per la donna condannata alla reclusione, che è obbligatoria fino a che il minore non abbia compiuto un anno e facoltativa fino ai tre anni[36].

[33] Relazione illustrativa, 17, in *www.documenti.camera.it*. La stessa riforma, nell'uniformare la disciplina del disconoscimento di figlio nato all'interno del matrimonio e l'impugnazione del riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio, ha esteso a quest'ultima fattispecie il termine decadenziale di un anno (decorrente dalla scoperta della non paternità) per la proposizione dell'azione da parte del padre legale, azione che deve in ogni caso esercitarsi entro cinque anni.

[34] Depongono in tal senso Corte costituzionale, 25 giugno 2021, n. 133, in *Nuova Giur. Civ.*, n. 6/2021, 1367, laddove, nel rigettare la questione di legittimità inerente al presunto contrasto tra il termine quinquennale di decadenza e l'art. 8 CEDU, afferma che «un così lungo decorso del tempo […] radica il legame familiare»; Corte costituzionale, 25 giugno 2020, n. 127, in *Foro It.*, n. 11/2020, 3340, laddove afferma che, nel bilanciare l'interesse del minore con il *favor veritatis*, il giudice debba considerare il suo «diritto all'identità personale, correlato non soltanto alla verità biologica, ma anche ai legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno della famiglia»; più significative Corte di Cassazione, 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Foro It.*, n. 1/2017, 119 e Corte di Cassazione, ordinanza, 10 ottobre 2023, n. 28311, in *leggiditaliaprofessionale.it* la quale ultima, applicando vari precedenti in materia, espressamente distingue l'interesse alla certezza degli *status* da quello alla stabilità dei rapporti familiari, alla «verità affettiva o sociale, in una prospettiva di tutela degli stabili e rilevanti assetti relazionali di fatto», indicando entrambi come parametri che il giudice deve tenere in considerazione nei giudizi *ex* artt. 244 o 263 c.c., «con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di (uno) sviluppo armonico (del minore) dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale». In senso critico sul termine quinquennale M. Dossetti, *Lo stato di figlio e le azioni di stato: alcune novità, molti interrogativi*, in *Giur. It.*, n. 5/2014, 1283.

[35] Corte cost., 26 giugno 2020 n. 127, cit.; Corte di cassazione, ordinanza, 10 ottobre 2023, n. 28317, in *Fam. e dir.*, n. 12/2023, 1153.

[36] Per approfondimenti sulla tutela dello sviluppo del minore e sulla sua relazione con il genitore condannato si veda A. Conti, *La bigenitorialità nella fase cautelare e nell'esecuzione della pena: il ruolo del padre*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 4/2020, 553 ss.

§ 4. – *Considerazioni conclusive*

Come tirare le fila di quanto illustrato finora?

La previsione di una presunzione assoluta di consolidamento dell'interesse del minore legata allo scadere di un preciso arco temporale che è stata introdotta nel 2013 dimostra che una simile previsione non è impraticabile. Nel caso della tutela del nato da GPA si tratterebbe, allo stesso modo che per il minore privo di legami genetici col proprio padre, di individuare un termine decorso il quale il suo interesse si presuma in via assoluta. Diversamente dal caso di cui sopra, però, alla presunzione assoluta non conseguirebbe l'inammissibilità o il rigetto dell'azione, bensì l'accoglimento[37]. Inoltre, l'interesse del nato da GPA sarà fondato sulla sola sfera personale ed affettiva, non essendovi uno *status* giuridico da preservare nel suo rapporto col genitore intenzionale. Altrimenti detto, sarebbe necessario individuare un termine decorso il quale si consolidi una presunzione assoluta che statuisca che è interesse del minore instaurare il legame giuridico di filiazione col genitore intenzionale, in considerazione del fatto che l'interruzione dei rapporti con quest'ultimo causerebbe un pregiudizio certo. Decorso detto termine, il legame di filiazione dovrà allora necessariamente essere riconosciuto, mediante riconoscimento tardivo dell'atto di nascita estero oppure mediante accoglimento del ricorso per l'adozione speciale.

L'operatività della presunzione assoluta, essendo fondata sulla tutela della sola sfera personale del minore, dovrebbe essere subordinata a un dato di fatto necessariamente sussistente, ossia la convivenza continuativa, dalla quale si desume altresì l'esercizio del ruolo genitoriale di fatto[38].

Come individuare il termine decorso il quale far scattare la presunzione assoluta di interesse del minore all'accoglimento dell'azione?

A tal fine è opportuno ricorrere a nozioni extragiuridiche. Le teorie sull'attaccamento della psicologia infantile dimostrano non solo l'importanza di tutelare la serenità del minore nelle prime fasi dell'infanzia, ma anche che in questo periodo si formano sempre dei fortissimi legami tra minore e figura genitoriale, salvo rilevanti devia-

[37] Detto termine non avrebbe ripercussioni sulla decadenza quinquennale delle azioni ex artt. 263 e 244 c.c., riguardando la diversa ipotesi in cui il nato sia frutto del progetto genitoriale a cui ha preso parte il ricorrente col consenso dell'altro genitore, non potendosi quindi ipotizzare alcun terzo pretermesso o legittimato a far prevalere i propri diritti come genitore.

[38] Si tenga a mente che il presupposto dell'azione del genitore intenzionale, eventualmente avviata insieme al padre biologico, è che vi sia un progetto genitoriale comune consistente nella procedura di GPA avviata da entrambi. Ove a questo impegno segua la convivenza di fatto è opportuno presumere che l'adulto abbia convissuto col minore in qualità di genitore.

zioni, come in caso di assenze prolungate e maltrattamenti[39]. Se questi legami sono tendenzialmente standardizzati, cade allora l'argomento secondo il quale, per verificare l'interesse del minore alla tutela dei legami col genitore intenzionale, sia necessaria una valutazione in concreto. Questa contaminazione tra psicologia e diritto non è una novità: la stessa teoria dell'attaccamento è posta a fondamento delle norme sulla sospensione dell'esecuzione della pena per la madre condannata alla reclusione[40].

Facendo tesoro di questa teoria, secondo la quale la fase di attaccamento in senso proprio inizia dai 9 mesi[41], e della sopra illustrata giurisprudenza della Corte EDU in tema di costituzione di una vita familiare degna di tutela, che ha riconosciuto detta situazione sussistente dopo 19 mesi, pare opportuno individuare detto termine in 18 mesi. In quel periodo il minore inizia a parlare, riconosce i propri genitori e sarebbe per lui un sicuro trauma interrompere i rapporti in essere con una figura genitoriale, giacché questi rapporti influenzeranno il prosieguo della sua vita, come una sorta di *imprinting* relazionale.

Decorsi 18 mesi, pertanto, a tutela del minore le parti dovrebbero poter avere la certezza che l'azione volta al riconoscimento del legame genitoriale sarà accolta, salvi i casi in cui l'altro genitore o il PM si oppongano, rilevando la carenza del presupposto della convivenza continuativa e/o dell'esercizio del ruolo genitoriale a causa dell'inadeguatezza del genitore, presupposti per l'operatività della presunzione assoluta. Prima del decorso del termine, analogamente a quanto avviene per le azioni ex artt. 263 e 244 cc., sarà il giudice a valutare secondo suo prudente apprezzamento.

La volontà della Corte EDU di non tutelare il periodo di convivenza tra minore e genitore intenzionale sembra legata alla sola necessità di sanzionare i genitori che hanno fatto ricorso alla GPA[42]. Ciò sembrava caratterizzare anche la giurisprudenza italiana, ove, al di

[39] J. Bowlby, *Attachment and loss, I. Attachment,* cit., 265 ss. È importante sottolineare che per "madre" non si intende il genitore biologico, né il genitore di sesso femminile, bensì il genitore maggiormente accudente. Vi sono però anche legami di attaccamento ulteriori a quello principale, e quello con l'altro genitore rientra certamente tra questi. Sotto quest'ultimo aspetto si veda A. Margara, S. Santoni, P. Paolina, *Nuove prospettive nella teoria dell'attaccamento e tutela del rapporto genitoriale quando un genitore è detenuto*, in *Minori giustizia*, n. 1/2005, 87-90.

[40] Si veda A. Conti, *La bigenitorialità nella fase cautelare e nell'esecuzione della pena*, cit., 553 ss.

[41] V. *supra*, nota 22.

[42] Nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia,* cit., la Grande Camera ha infatti attribuito molto peso all'instabilità ed incertezza dei legami giuridici tra minore e genitori, circostanza da imputare a questi ultimi e che aveva causato l'allontanamento del nato. Tuttavia, inserire le modalità del concepimento tra i parametri per la verifica della sussistenza della vita familiare si concretizza in una sanzione del minore, il quale viene sottoposto al rischio di traumi e di interrompere il legame di attaccamento coi genitori in conseguenza dell'illegalità della procreazione.

fuori della GPA, al legame tra genitore di fatto e minore è stata data tutela e riconoscimento giuridico anche dopo soli sei mesi, nell'ambito della prova del possesso di stato[43]. In un'ottica volta alla sola tutela del minore è indispensabile scindere il disvalore del comportamento dei genitori dall'interesse del figlio e rendere completamente irrilevanti le modalità del concepimento nel giudizio volto a stabilire se sia opportuno riconoscere legalmente il legame genitoriale, così scongiurando definitivamente il rischio che il minore perda improvvisamente dei rapporti consolidati, andando incontro a severi traumi.

La giurisprudenza nazionale recente in tema di adozione speciale da parte del genitore intenzionale sembra invece muoversi nel senso di una sempre maggior tutela del minore: i tribunali nostrani si son spinti fino ad accogliere la domanda depositata a pochi mesi dalla nascita[44]. Questo dato, che va accolto certamente con favore, rivela però anche un lato negativo, ossia l'incertezza del diritto che rischia di crearsi lasciando l'accoglimento della domanda in balia della celerità del giudice e del prudente apprezzamento dello stesso, nonché della collaborazione del genitore biologico ove la domanda venga rigettata e, nelle more dell'appello, quest'ultimo sfrutti il potere di recidere completamente i rapporti tra l'*ex partner* e il figlio. Ancora una volta, però, l'ultima parola è lasciata al legislatore, il quale, solo, nel silenzio di un indirizzo univoco della giurisprudenza CEDU, ha il potere e il dovere di intervenire.

Abstract

The essay first analyzes international law and the jurisprudence of the ECHR with the aim to verify whether binding indications can be found to harmonize States' disciplines about protection of the relationship between the intended parent and the minor born through surrogacy. Building on the criteria identified by the ECHR for a family life to be protected, the most important of which is the duration of cohabitation, the author questions the possibility of developing this principle in order to identify a period of cohabitation, after which the relationship between the intended parent and the minor must necessarily be recognized.

[43] Il riferimento è a Corte di Cassazione, 11 aprile 1930, n. 1209, in *Giur. it.*, n. 1/1930, 603.

[44] Il riferimento è alle seguenti sentenze di accoglimento della domanda di adozione ex art. 44, lett. d, formulata dal genitore intenzionale del minore nato da GPA: Tribunale per i minorenni di Torino, 21 luglio 2021, n. 96, inedita, in cui il minore aveva, alla data della sentenza, soli 16 mesi; Tribunale per i minorenni di Venezia, 18 giugno 2023, n. 71, inedita, in cui il minore aveva due anni e un mese; infine Tribunale per i minorenni di Sassari, 20 gennaio 2022, n. 1, in *https://onepa.wolterskluwer.it/*, in cui il minore aveva due anni e due mesi. Ringrazio l'avv. Michele Giarratano del foro di Bologna per le indicazioni sull'orientamento dei tribunali nazionali in tema di adozione speciale su istanza del genitore intenzionale nella GPA.

V.27. *Le nuove famiglie e i loro diritti*

di Elena Cecchini*

Sommario: § 1. – Dalla "famiglia" alle "famiglie". § 2. – La l. n. 40 del 2004. § 3. – La giurisprudenza sul riconoscimento dello *status filiationis*. § 4. – L'adozione in casi particolari: valida alternativa alla trascrizione automatica o strumento "di serie B"? § 5. – I bambini come strumento per la deterrenza statale. § 6. – Colpe dei genitori e diritti dei figli. § 7. – Conclusioni.

§ 1. – *Dalla "famiglia" alle "famiglie"*

L'avvento della Costituzione ha portato a un definitivo superamento della concezione patriarcale e istituzionalistica che caratterizzava il modello di famiglia delineato dal Codice civile, introducendone una nuova e diversa, che muove dal primato della persona quale valore apicale dell'ordinamento e che configura la famiglia come formazione sociale in esclusiva funzione esplicativa della persona.

Lo stesso rapporto tra famiglia e diritto è profondamente mutato: in passato quest'ultimo si trovava in preminente posizione dominante e imponeva un modello unico di famiglia; successivamente ha assunto un ruolo meno potestativo e sempre più recettivo e servente rispetto alle libere scelte dei singoli e delle formazioni sociali.

Questo cambiamento ha portato alla transizione da un modello unico di famiglia a una pluralità di modelli familiari, in risposta alle mutate condizioni socioeconomiche e alla crescente attenzione dedicata all'individuo. Al processo di pluralizzazione dei modelli familiari hanno contribuito anche la CEDU (art. 12) e la Carta di Nizza (art. 9), che hanno portato alla rottura del binomio famiglia-matrimonio e hanno disancorato il requisito della diversità di sesso come elemento fondante del nucleo familiare, introducendo un'ampia gamma di diritti fondamentali tra cui il diritto di sposarsi e costituire una famiglia, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, il diritto alla conciliazione di vita familiare e professionale, la parità tra uomo e donna e il divieto di qualsiasi forma di discriminazione basata su sesso e orientamento sessuale.

Questi cambiamenti sono stati progressivamente recepiti a livello ordinamentale interno, in particolare attraverso la legge di riforma organica del diritto di famiglia (l. n. 151/1975), la riforma della filia-

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

zione (l. n. 2019/2012) e la legge sulle unioni civili e sulle convivenze (l. n. 76/2016).

Dal punto di vista dei rapporti orizzontali, quindi, è stata riconosciuta rilevanza costituzionale anche alla famiglia non fondata sul matrimonio, in quanto formazione sociale direttamente tutelata dall'art. 2 della Costituzione.

Per quanto riguarda invece i rapporti verticali, caratterizzanti la dimensione generativa a procreativa, l'art. 30 della Costituzione ha operato una totale equiparazione tra figli nati all'interno e al di fuori del matrimonio. Tuttavia, il processo di pluralizzazione dei modelli familiari, in uno con il progresso scientifico, ha portato alla formazione di schemi familiari del tutto inediti. Attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita e alla gestazione per altri, anche alle persone singole o alle coppie omosessuali è stata attribuita la possibilità di generare figli. Il quadro dei modelli familiari si è così arricchito e complicato, essendo state introdotte ulteriori varianti: l'alternativa che si pone non è più soltanto quella tra figli legittimi e illegittimi, nati all'interno di una coppia eterosessuale; ad oggi, genitore può essere anche colui che non ha legami biologici, ma solamente affettivi, con il bambino. Il tema richiama il concetto di genitorialità sociale: una genitorialità fondata non più sulla discendenza genetica, ma sulla volontà, che trova riconoscimento nel diritto alla vita privata e familiare previsto dall'art. 8 della CEDU.

§ 2. – *La l. n. 40 del 2004*

La gestione delle problematiche relative ai temi della pma e della gpa nel nostro ordinamento è affidata alla l. 19 febbraio 2004, n. 40. Essa è stata concepita come una legge a tutela della salute. Le tecniche ivi configurate sono infatti previste come rimedio per fronteggiare la sterilità e l'infertilità umana[1]. Inoltre, essa si rivolge solamente a un nucleo familiare formato da una madre e da un padre[2]. Infine, nel

[1] L'art. 1 della citata legge prevede infatti che il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita è ammesso «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» e che esso «è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità». Lo stesso concetto è ribadito dall'art. 4, comma 1: «il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita 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 da atto medico».

[2] L'art. 5 stabilisce che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi», previsione rafforzata dall'art. 12, che al secondo comma prevede una sanzione amministrativa pecuniaria per chi «in violazione dell'articolo 5,

suo impianto originario, la legge ammetteva soltanto il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, vietando tanto quelle di tipo eterologo, quanto la gestazione per altri[3]. Non era, quindi, ammessa l'instaurazione di un rapporto di genitorialità tra un figlio e un genitore a lui non legato da legami biologici.

È dunque escluso in radice dalla l. n. 40 del 2004 che la pma possa rappresentare una modalità di realizzazione di un semplice "desiderio di genitorialità", quanto meno di una genitorialità alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono concepite esclusivamente per fare fronte all'infertilità patologica delle coppie eterosessuali che non possano procreare naturalmente.

Come è evidente, la l. n. 40 del 2004 incarna quindi (anche) una particolare concezione etica della procreazione e, non per caso, è stata definita una legge di lotta *contro* la pma[4].

Ad essere vietate erano in origine tanto la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, quanto la surrogazione di maternità. Mentre però il divieto di maternità surrogata non è mai stato toccato dalla Corte costituzionale, non essendo mai divenuto oggetto diretto di una questione di legittimità costituzionale, l'originario impianto della l. n. 40 del 2004 in tema di pma è stato progressivamente smantellato dalla Corte[5].

Il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita *eterologhe*, in origine radicalmente vietato, è stato infatti in parte superato con gli interventi della Corte costituzionale operati nel 2014

applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi».

[3] La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo era vietata dall'art. 4, comma 3 della l. n. 40 del 2004, mentre la surrogazione di maternità è ancora oggi vietata dall'art. 12, comma 6 della stessa legge.

[4] E. Dolcini, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione assistita*, in *Il corriere del merito*, 2007, 1425 ss.

[5] Ci si riferisce a Corte cost., sent. 8 maggio 2009, n. 151, sent. 10 giugno 2014, n. 162 e sent. 5 giugno 2015, n. 96.

Con la sentenza n. 151 del 2009 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, l. n. 40 del 2004 nella parte in cui non demanda al medico la scelta di quanti embrioni produrre per ogni ciclo terapeutico e di quanti embrioni impiantare. Ha quindi attribuito al medico la facoltà di determinare il numero di embrioni da generare e impiantare, consentendo la crioconservazione dei rimanenti fino al trasferimento, senza pregiudizio per la salute della donna.

Con la sentenza n. 162 del 2014 la Corte ha eliminato il divieto di fecondazione assistita eterologa, consentendone l'accesso alle coppie affette da sterilità o infertilità assoluta.

Infine, con la sentenza n. 96 del 2015, la Corte ha esteso l'accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle coppie fertili, portatrici di gravi malattie genetiche, che necessitano della diagnosi preimpianto per scongiurare il rischio della inconsapevole trasmissione al figlio della malattia.

e nel 2015[6], che le hanno rese ammissibili, in un primo momento, solamente per le coppie inferitili o sterili, e successivamente anche per le coppie portatrici di malattie genetiche.

I citati interventi sono quindi di notevole importanza: avendo ammesso, a certe condizioni, il ricorso a tecniche di pma *eterologhe*, essi hanno implicitamente riconosciuto che il consenso possa legittimamente costituire il fondamento del rapporto di filiazione al di là del legame biologico con il nato. La portata innovativa degli interventi si ridimensiona, però, se si ha riguardo alle altre direttrici fondamentali della legge citata, che sono rimaste invariate: la finalità terapeutica della pma e la scelta di riservare il ricorso a tale pratica solamente alle famiglie "tradizionali", caratterizzate dalla presenza di un padre e di una madre.

Per effetto degli interventi richiamati, quindi, la l. n. 40 del 2004 ammette oggi la fecondazione eterologa per le coppie infertili, sterili o portatrici di malattie genetiche, ma solamente se composte da persone aventi sesso differente. La pma continua invece ad essere vietata per le coppie composte da persone dello stesso sesso. La gpa, infine, resta vietata per ogni tipo di coppia.

I rigidi divieti imposti dalla l. n. 40 del 2004 hanno indotto numerosi aspiranti genitori a recarsi all'estero in cerca di forme di trattamento vietate in Italia, in Paesi in cui tali pratiche sono ammesse, dando vita a quello che è stato definito il *turismo procreativo*.

Negli Stati in cui pma e gpa sono consentite accade normalmente che, in seguito alla nascita del bambino, venga formato un atto di nascita che riconosce lo *status filiationis* nei confronti di entrambi i "genitori sociali", indipendentemente dalla sussistenza di un legame biologico tra questi e il nato. Una volta rientrati in Italia, i "genitori sociali" chiedono la trascrizione dell'atto di nascita alle autorità italiane. Si è così prospettato il problema del riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione tra bambini nati da pma o gpa all'estero e genitori intenzionali che hanno fatto ricorso a tali tecniche al di fuori del nostro Paese.

Come si proverà ora a mostrare, le soluzioni adottate in argomento dalla giurisprudenza sono state varie e non sempre coerenti.

§ 3. – *La giurisprudenza sul riconoscimento dello* status filiationis

Come anticipato, la possibilità per le coppie eterosessuali di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita, anche eterologhe, è stata infine ammessa dalla Corte con le sentenze n. 162 del 2014

[6] Cfr. Corte cost., sentt. n. 162 del 2014 e. n. 96 del 2015.

e n. 96 del 2015, che, avendo esteso la liceità di tale pratica prima alle coppie infertili o sterili e successivamente anche a quelle portatrici di malattie genetiche, hanno eliminato per tali casi ogni interesse a farne ricorso all'estero. Il pericolo di aggiramento della normativa interna permane invece tanto per le coppie omosessuali che vogliano ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa[7], quanto per le coppie (omosessuali o eterosessuali) che decidano di fare ricorso a maternità surrogata.

La giurisprudenza ha tentato di individuare gli strumenti più opportuni per garantire al figlio nato all'esito di tali pratiche compiute all'estero un riconoscimento del rapporto con i genitori sociali. Le soluzioni individuate dalla Corte di cassazione sono essenzialmente due: 1) l'automatica trascrizione dell'atto di nascita ottenuto all'estero, quando essa non sia considerata in contrasto con l'ordine pubblico; 2) l'adozione in casi particolari di cui alla l. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d) da parte del genitore sociale, nei casi in cui, invece, l'automatica trascrizione comporterebbe una lesione dell'ordine pubblico.

Vari sono gli scenari che si possono configurare: in primo luogo, qualora la coppia omosessuale composta da due donne faccia ricorso a tecniche di pma all'estero, la Corte di cassazione ha ritenuto possibile la trascrizione, nel registro dello stato civile in Italia, dell'atto di nascita che riconosca il rapporto con entrambe le madri. In questo caso, quindi, l'automatica trascrizione non è in contrasto con l'ordine pubblico interno[8]. A detta della giurisprudenza, infatti, non sussiste un

[7] Il Tribunale di Pordenone e quello di Bolzano hanno sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 5 e 12 l. n. 40 del 2004, lamentando l'esclusione delle coppie omosessuali dalla possibilità di ricorrere a pma. La Corte costituzionale, con sent. 23 ottobre 2019, n. 221, le ha però dichiarate infondate. Ha infatti chiarito che «l'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale […] posto 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, trattandosi di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti».

[8] Cfr. Corte di cassazione, sez. I civile, 30 settembre 2016, n. 19599. La Corte accoglie in questo caso una nozione di ordine pubblico piuttosto restrittiva, affermando che «il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia […] deve verificare 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 del diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo». Il limite dell'ordine pubblico, quindi, non può impedire il riconoscimento dell'efficacia in Italia di un atto di stato civile straniero quando questo sia semplicemente espressione di una disciplina normativa contrastante con disposizioni del diritto interno; il limite opera solo quando il diritto straniero di riferimento sia incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalle fonti citate. Una nozione di ordine pubblico differente sarà, invece, accolta, tra le altre, da Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, 8 maggio 2019, n. 12193 e, successivamente, da Corte di cassazione, Sezioni Unite, 30 dicembre 2022, n. 38162 (v. *infra*, nt. 15). Sulla base di questa nozione di ordine pubblico la Corte ha escluso che il terzo comma dell'art. 269 c.c., secondo cui è madre colei che ha partorito, sia principio fondamentale di

divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere e anche generare figli, così come non vi sono certezze scientifiche o dati di esperienza che dimostrino il fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore. La dannosità di tale inserimento potrebbe, al più, essere dimostrata in concreto, non potendo essa essere fondata su una semplice presunzione[9].

Nulla quaestio, quindi, qualora l'atto di nascita che riconosce lo *status filiationis* con entrambe le donne sia stato validamente formato all'estero, in quanto la sua trascrizione non è considerata contraria all'ordine pubblico[10].

Diversa, però, è l'ipotesi in cui la coppia omosessuale, ancora una volta esclusivamente composta da due soggetti di sesso femminile, ricorra alle stesse tecniche all'estero, ma faccia rientro in Italia prima del parto. In questo caso la soluzione prospettata dalla Suprema Corte prevede la trascrizione dell'atto di nascita che riconosca lo *status filiationis* con la sola madre biologica e ammette il ricorso allo strumento dell'adozione in casi particolari per la madre intenzionale[11]. Secondo la legge italiana, infatti, madre è solo colei che ha partorito[12] e non è ammessa la redazione di un atto di nascita che riconosca direttamente il rapporto con due madri.

Uno scenario ancora diverso si configura nel caso in cui a intraprendere il c.d. viaggio dei diritti sia una coppia omosessuale composta da due uomini. La genitorialità artificiale delle coppie omosessuali maschili, infatti, passa necessariamente attraverso la gestazione per altri (gpa), non essendo possibile, per due uomini, procreare attra-

rango costituzionale e ha conseguentemente ammesso la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero da cui risulti che un bambino è figlio di due madri.

[9] Cfr. Corte cass., I civile, n. 19599/2016. In termini analoghi la Corte di cassazione si era, peraltro, già espressa con riguardo all'affidamento del minore nato da una precedente relazione eterosessuale dopo la manifestazione dell'omosessualità della madre e l'instaurazione, da parte sua, della convivenza con altra donna (Corte di cassazione, sez. I civile, 11 gennaio 2013, n. 601).

[10] Il caso di specie, in particolare, riguardava la trascrizione dell'atto di nascita spagnolo da cui, conformemente alla *lex loci*, risultava la nascita di un figlio da due donne coniugate in Spagna: una (spagnola) che lo aveva partorito e l'altra (italiana) che aveva donato l'ovulo.

[11] Cfr. Corte di cassazione, sez. I civile, 22 giugno 2016, n. 12962. Nel caso di specie è stata concessa l'adozione in casi particolari alla madre intenzionale (quella che non aveva portato avanti la gravidanza) di una bambina nata in Italia all'esito di procreazione medicalmente assistita realizzata in Spagna. Nella sentenza la Corte ha chiarito che «poiché all'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma 1, lettera d), possono accedere sia le persone singole che le coppie di fatto, l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge […] non può essere svolto – neanche indirettamente – dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner».

[12] Art. 269 comma 3 c.c.

verso pma[13]. Ecco allora che si configura un quarto e ultimo scenario, valido tanto per le coppie omosessuali (indifferentemente composte da due uomini o da due donne) quanto per quelle eterosessuali. Qualora la coppia si rechi all'estero per fare ricorso a maternità surrogata e ottenga un atto di nascita che comprovi lo *status filiationis* nei confronti di entrambi i genitori, al suo rientro non si potrà procedere alla trascrizione dell'atto di nascita nei registri dello stato civile italiano. Il genitore intenzionale dovrà, questa volta, accontentarsi di vedere riconosciuto il proprio rapporto con il nato attraverso lo strumento dell'adozione in casi particolari. L'automatica trascrizione, a detta della giurisprudenza[14], sarebbe infatti contraria all'ordine pubblico[15].

[13] Come chiarito da Corte cost. n. 221 del 2019. Nel caso di coppie di donne, infatti, solo il seme maschile costituisce elemento estraneo alla coppia, mentre sia l'ovocita, sia la gravidanza sono delle madri intenzionali. Questo vale, peraltro, sia nel caso in cui una delle due donne porti avanti la gravidanza con l'ovocita messo a disposizione dall'altra, sia in quello in cui l'ovocita appartenga alla stessa gestante. La gravidanza è quindi "per sé" e non "per altri". Nel caso di coppie di uomini, invece, incaricare una donna estranea alla coppia affinché porti avanti una gravidanza "per altri" è (ovviamente) imprescindibile.

[14] Cfr. Corte cass., Ss.Uu., n. 38162/2022. La questione era, per la verità, già stata risolta in questo modo dalla sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite, 8 maggio 2019, 12193. La Corte costituzionale, però con sentenza 9 marzo 2021, n. 33, ha riconosciuto l'inadeguatezza, ai fini della tutela del *best interest of the child*, dello strumento dell'adozione in casi particolari, attribuendo, con quella che è stata definita una sentenza di inammissibilità-monito, il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela dei bambini nati da maternità surrogata al Legislatore, essendoci un ampio ventaglio di opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione, e non potendo la Corte sostituirsi al Legislatore in tale scelta. Sul tema si veda M. Caldironi, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutela intollerabile*, in *Consulta online*, 2021, 1059 ss. Nonostante il monito della Corte costituzionale, il Legislatore non è intervenuto e la Corte di cassazione, sollecitata a pronunciarsi nuovamente sul tema, ha ribadito la contrarietà all'ordine pubblico dell'automatica trascrizione dell'atto di nascita ottenuto all'estero all'esito di maternità surrogata e l'adeguatezza dello strumento dell'adozione in casi particolari per ottenere il riconoscimento dello *status filiaitonis* anche con il genitore intenzionale.

Secondo le Sezioni Unite, l'automatica trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero deve essere negata per tre ragioni. In primo luogo, perché essa persegue la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata, «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale». La soluzione opposta rischierebbe di legittimare in maniera indiretta e surrettizia una pratica che può essere ritenuta degradante. In secondo luogo, «perché va escluso che il desiderio di genitorialità, attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita lasciata alla autodeterminazione degli interessati, possa legittimare un presunto diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*». Infine, perché il riconoscimento della genitorialità non può essere affidato ad uno strumento di carattere automatico. È invece necessaria una valutazione in concreto, che tenga in considerazione il preminente interesse del minore. Si vedano, in commento alla citata sentenza delle Sezioni Unite, M. Sesta, *Il perfetto equilibrio delle S.U.*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2/2023, 387 ss.; M. Bianca, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *giustiziainsieme.it*, 6 febbraio 2023; F. Ferrari, «*La giurisprudenza non è fonte del diritto». Nota a Ss.Uu. in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore*, in *federalismi*, n. 6/2023, 98 ss.

[15] Come anticipato (v. *infra*, nt. 8), la nozione di ordine pubblico accolta in questo caso è diversa da quella prospettata da Corte cass., I civile, n. 19599 del 2016. Già Corte cass., Ss.Uu., n. 12193 del 2019 aveva accolto una nozione più estensiva di ordine pubblico, statuendo che «in tema di riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale

In estrema sintesi, quindi, dal variegato panorama giurisprudenziale prospettato sembra potersi desumere che, in primo luogo, il divieto di pma eterologa, originariamente previsto dalla l. n. 40 del 2004, sia ormai caduto per le coppie eterosessuali[16], mentre rimane valido per le coppie omosessuali, che si trovano costrette a recarsi all'estero per soddisfare il proprio desiderio di genitorialità. A questo punto, però, è necessario effettuare ulteriori distinzioni: se la coppia omosessuale è composta da una coppia di donne, due sono gli scenari possibili: qualora il bambino nasca all'estero e ottenga un atto di nascita che riconosce lo *status filiationis* con entrambe le madri intenzionali, questo può essere automaticamente trascritto in Italia, non essendo in contrasto con l'ordine pubblico[17]; all'opposto, se il bambino nasce in Italia, unico strumento fornito alla madre intenzionale per vedersi riconosciuto il rapporto con il figlio è l'adozione in casi particolari[18].

Infine, se la coppia omosessuale è composta da due uomini, l'unica soluzione è la gestazione per altri. In caso di maternità surrogata, a prescindere dal sesso dei genitori intenzionali, anche qualora la coppia ottenga all'estero un certificato di nascita che riconosca il rapporto con entrambi i genitori intenzionali, la sua automatica trascrizione è considerata contraria all'ordine pubblico e si ammette, al più, il ricorso all'adozione in casi particolari[19].

§ 4. – *L'adozione in casi particolari: valida alternativa alla trascrizione automatica o strumento "di serie B"?*

L'adozione, di per sé, non è uno strumento inadeguato per il riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti del genitore intenzionale. Lo ha chiarito la Grande Chambre della Corte Europea dei diritti

straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico deve essere valutata non solo alla stregua dei princìpi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui detti princìpi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente, dal quale non può prescindersi nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico». Sul tema si veda, tra gli altri, F. Ferrari, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2020, 169 ss.; A. Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade sei il diritto tradisce il fatto*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2021, 18 ss.; G. Barcellona, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2021, 68 ss.; M. Caldironi, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore,* cit., 324 ss.; R. Bin, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2021, 146-147.

[16] Cfr. Corte cost., n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015.

[17] Cfr. Corte cass., I civile, n. 19599 del 2016.

[18] Cfr. Corte cass., I civile, n. 12962 del 2016.

[19] Cfr. da ultimo Corte cass., Ss.Uu., n. 38162 del 2022.

dell'uomo[20]. La Corte ha infatti stabilito che gli Stati parte della Convenzione hanno il diritto di rifiutare la trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero attraverso gpa, nella parte in cui esso designa come genitore legale anche il genitore intenzionale. E questo allo scopo di non fornire incentivi, anche indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato può considerare lesiva dei diritti e della dignità delle donne. È però necessario che ogni ordinamento garantisca la concreta possibilità di riconoscere giuridicamente i legami tra il bambino e il genitore d'intenzione, attraverso strumenti che assicurino l'effettività del riconoscimento del legame di filiazione e la rapidità della procedura, in modo che il minore non sia esposto a una protratta situazione di incertezza giuridica circa il riconoscimento del legame. La scelta dei mezzi da utilizzare per pervenire a tale risultato è lasciata alla discrezionalità degli Stati.

Resta da capire se lo strumento dell'adozione in casi particolari soddisfi le condizioni richieste dalla Corte di Strasburgo, con particolare riferimento ai requisiti dell'effettività della tutela e della rapidità del procedimento.

Sul piano dell'effettività della tutela il limite maggiore era probabilmente rappresentato dall'inidoneità dell'adozione in casi particolari di formare legami civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Questo limite è venuto meno con la recente sentenza della Corte costituzionale 28 marzo 2022, n. 79[21]. Nonostante questo, permangono importanti criticità.

In primo luogo, l'adozione *ex* art. 44 è subordinata alla condizione dell'assenso all'adozione da parte del genitore biologico. Assenso che quest'ultimo potrebbe negare in caso di insorgenza di una crisi di coppia. Il bambino finirebbe in questi casi per essere definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha condiviso, sin dall'inizio, il progetto genitoriale e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita.

[20] Si fa riferimento al parere consultivo reso in data 10 aprile 2019 della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, emesso su richiesta preventiva dell'Adunanza Plenaria della Corte di cassazione francese nell'ambito della procedura di riesame del giudicato emesso dalla Corte di cassazione francese dopo la decisione dei *leading cases* Mennesson e Labassee c. Francia da parte della stessa Corte EDU. Con tali pronunce del 2011 la Corte di Strasburgo aveva sancito la violazione da parte della Francia del diritto alla vita privata e familiare dei figli previsto dall'art. 8 della CEDU e la non adeguata considerazione del loro superiore interesse per effetto del diniego di riconoscimento della filiazione – legittimamente acquisita negli Stati Uniti in seguito a gestazione per altri – nei confronti del padre intenzionale e biologico.

[21] La Corte costituzionale, con sent. n. 79 del 2022, ha infatti dichiarato incostituzionale l'art. 55 della l. 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, comma 2, del Codice civile, prevedeva che l'adozione in casi particolari non instaurasse alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

Anche con riferimento a questo aspetto, la giurisprudenza è intervenuta per tentare di superare le criticità della disciplina normativa. La Corte di cassazione ha di recente affrontato il tema alla luce della c.d. tesi del "dissenso funzionale": il dissenso del genitore biologico all'adozione sarebbe legittimo solo se funzionale alla tutela del nato. Il genitore biologico potrebbe quindi negare l'assenso all'adozione del partner solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore. Secondo questa prospettiva, il giudice può quindi superare in via interpretativa il veto del genitore biologico, quando questo sia necessario per tutelare il *best interest of the child*[22].

Il problema, però, permane nel caso di morte del genitore biologico senza che egli abbia manifestato il consenso all'adozione da parte del genitore d'intenzione.

Ancora, l'adozione in casi particolari è soggetta alla volontà del genitore intenzionale di adire l'autorità giudiziaria italiana per richiederla. Qualora egli cambi idea e non voglia più instaurare alcun rapporto giuridico con il nato, il minore non ha alcun diritto alla costituzione, attraverso l'adozione, di un rapporto con il genitore d'intenzione[23].

Sul piano invece della rapidità, il procedimento che porta all'adozione richiede un *iter* processuale e decisionale lungo e complesso, essendo esso finalizzato alla creazione di una situazione giuridica *ad hoc*. Non è così invece per la trascrizione dell'atto di nascita validamente formato all'estero, che richiede il mero recepimento di uno *status* già codificato in una statuizione giurisdizionale. In questo modo,

[22] Cfr. Corte cass., Ss.Uu., n. 38162 del 2022: «Il dissenso alla costituzione del legame di filiazione adottiva da parte del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale non può essere espressione di un volere meramente potestativo, ma va collocato in una dimensione funzionale. L'effetto ostativo del dissenso dell'unico genitore biologico all'adozione del genitore sociale, allora, può e deve essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore, secondo il modello del dissenso al riconoscimento. […] In altri termini, il genitore biologico potrebbe negare l'assenso all'adozione del partner solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore». Con questa pronuncia la Corte di cassazione, pur negando la trascrizione diretta dell'atto di nascita formato all'estero, ha mutato le caratteristiche dell'adozione in casi particolari, riducendo notevolmente la distanza tra quest'ultima e l'adozione legittimante.

[23] Il problema, in questo caso, rimane. La Corte di cassazione, con sent. Ss.Uu., n. 38162 del 2022, si è limitata ad evidenziare la necessità che «siano ricercati nel sistema gli strumenti affinché siano riconosciuti al minore, in una logica rimediale, tutti i diritti connessi allo *status* di figlio anche nei confronti del committente privo di legame biologico, subordinatamente ad una verifica in concreto di conformità al superiore interesse del minore. Difatti, chi con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto, quest'ultimo lecito o illecito, determina la nascita di un bambino, se ne deve assumere la piena responsabilità e deve assicurargli tutti i diritti che spettano ai bambini nati lecitamente».

da un lato, si espone il minore a un lungo periodo di incertezza giuridica in ordine alla sua condizione personale e, dall'altro, si preclude al genitore intenzionale l'esercizio della potestà genitoriale.

Sembra quindi doversi concludere per l'inidoneità dello strumento dell'adozione in casi particolari a soddisfare quei requisiti di effettività e celerità richiesti dalla Corte EDU.[24]

§ 5. – *I bambini come strumento per la deterrenza statale*

Esposte le ragioni che portano a ritenere l'adozione in casi particolari un *minus* rispetto all'automatica trascrizione dell'atto di nascita, occorre interrogarsi su quale sia la *ratio* di fondo delle soluzioni di volta in volta ideate dalla giurisprudenza per fronteggiare i diversi scenari prospettati.

L'unica logica che sembra potersi rinvenire ha come punto di partenza la gravità della condotta tenuta dai genitori nel tentativo di perseguire il proprio desiderio di genitorialità. Qualora la coppia abbia fatto ricorso a pma, punita nel nostro Paese con la sola sanzione amministrativa pecuniaria, la Corte di cassazione giunge alla conclusione che l'automatica trascrizione dell'atto di nascita legittimamente ottenuto all'estero non contrasti con l'ordine pubblico. Qualora, invece, la coppia abbia fatto ricorso a gpa, considerata reato dal nostro ordinamento[25] e non mero illecito amministrativo, ecco che l'automatica trascrizione dell'atto di nascita diviene contraria all'ordine pubblico e che rimane come unica tutela lo strumento "di serie B": l'adozione in casi particolari.

Sembra quindi che si sia voluta prevedere una sorta di sanzione accessoria per i genitori che aggirano il diritto nazionale: tanto più grave è la condotta tenuta, quanto più difficile sarà ottenere il riconoscimento del rapporto con il nato. Il mancato riconoscimento dello *status filiationis*, però, non investe solo le persone che hanno operato la scelta di adottare le modalità procreative non consentite, ma si ripercuote anche (e soprattutto) sui minori, che vedono gravemente inciso il

[24] Sui limiti dell'adozione in casi particolari si veda, tra gli altri, A. Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri,* cit., 21 ss.

In senso contrario, non mancano autori che sottolineano i rischi per lo stesso bambino di un diretto e automatico riconoscimento del rapporto di genitorialità da parte dell'Ufficiale di stato civile nei casi di gpa. Sul tema si veda, tra gli altri, G. Luccioli, *Maternità surrogata e status dei figli*, intervistata da R. Russo, in *giustiziainsieme.it*, 6 novembre 2020.

[25] Vi sono, peraltro, recenti proposte di legge presentate alla Camera dei Deputati volte ad estendere i limiti di applicazione della legge penale italiana in materia di maternità surrogata anche ai fatti commessi all'estero. Sul tema si veda M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei deputati*, in *Sistema Penale*, 29 giugno 2021, 1-12; e in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2021, 30-40.

diritto al rispetto della loro vita privata e familiare. Si finisce, così, per far ricadere le colpe dei genitori sui figli, andando a danneggiare questi ultimi più che i primi.

Il diverso trattamento riservato ai figli surrogati rispetto ai figli di pma è esplicitato anche dalla stessa l. n. 40 del 2004, che all'art. 9 si preoccupa di tutelare solamente i figli nati da genitori che abbiano fatto ricorso a pma eterologa in violazione della legge, prevedendo che il rapporto di filiazione non possa da essi essere messo in discussione mediante il disconoscimento di paternità, l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità o l'esercizio del diritto all'anonimato materno. Si tenta così di "blindare" lo *status* di figlio in un'ottica di tutela del nato, per evitare che eventuali ripensamenti del genitore intenzionale possano ripercuotersi sul diritto del figlio a vedersi riconosciuti, anche dal punto di vista giuridico, i rapporti familiari di fatto esistenti. Nessuna tutela di questo tipo è invece accordata ai figli nati da gpa.

Di tale distinzione non è tuttavia facile trovare una valida giustificazione. Il bambino nato da maternità surrogata, così come quello nato da eterologa, è geneticamente legato ad uno solo dei due genitori. Questa non è però una condizione che l'art. 9 considera ostativa quando si tratta di garantire l'acquisizione dello *status legitimitatis* ai figli nati da pma[26].

Siamo quindi in presenza di un sistema, normativo e giurisprudenziale, che sembra fornire ai figli una tutela parametrata sulle colpe dei genitori. Quanto più grave è l'illecito commesso dalla coppia, tanto più difficile sarà per il nato all'esito di tale illecito vedersi riconosciuto il rapporto con i genitori "colpevoli".

La logica di tale sistema è chiara: strumentalizzare i figli al fine di scoraggiare i propri cittadini dal ricorrere, recandosi all'estero, a un metodo di procreazione proibito nel proprio territorio. Utilizzare, in altre parole, i bambini come strumento di deterrenza statale.

§ 6. – *Colpe dei genitori e diritti dei figli*

Non è la prima volta che la legge o la giurisprudenza si orientano nel senso di strumentalizzare i bambini per esigenze general-preventive che li trascendono. Era già accaduto con i figli nati da incesto.[27]

Gli artt. 251, comma 1, e 278, comma 1, c.c. impedivano infatti ai figli incestuosi di essere riconosciuti dai genitori e di esperire azione

[26] G. Barcellona, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, cit., 65.

[27] Sul tema si vedano, tra gli altri, G. Lisella, *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice,* in *Comparazione e diritto civile*, 2013, 1; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2013, 206.

di riconoscimento della maternità o della paternità. In quel caso si riteneva che il riconoscimento dello *status legitimitatis* contrastasse con la tutela della concezione costituzionale della famiglia, che doveva essere protetta da «fatti tanto gravi come quelli di endogamia, dalla coscienza sociale considerati alla stregua di attentati all'ordine naturale dei rapporti interpersonali e […] puniti come reato»[28]. La comunità diventava così portatrice di un interesse ad allontanare chi, seppur incolpevolmente, era il frutto della violazione delle sue regole[29]. Anche in quel caso, quindi, si ammetteva che le colpe dei genitori ricadessero sui figli, che erano privati del riconoscimento giuridico dei rapporti con chi, in spregio delle regole del diritto e della coscienza sociale, li aveva messi al mondo.

Già nel 2002, però, la Corte ha chiarito che l'adozione di misure sanzionatorie non può coinvolgere soggetti totalmente privi di responsabilità, come sono, appunto, i figli di genitori incestuosi, «meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare»[30]. Secondo la Corte, la Costituzione non ammette alcuna compressione del diritto al riconoscimento formale del proprio *status filiationis*, che è elemento costitutivo dell'identità personale di ciascuno, protetta tanto dagli artt. 7 e 8 della CEDU, quanto dall'art. 2 della nostra Costituzione[31]. Il diritto del minore al riconoscimento dello *status filiationis*, allora, prevale nel bilanciamento con l'interesse della collettività a punire chi abbia trasgredito le sue regole. Le colpe dei genitori non possono ricadere sui figli[32].

Un ragionamento simile è stato riproposto in materia di delitto di alterazione di stato[33]. In quella occasione la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'automatismo che prevedeva la decadenza dalla potestà genitoriale del genitore che avesse commesso il delitto di alterazione di stato, senza che il giudice potesse effettuare alcun bilancia-

[28] Cfr. Corte cost., sent. 28 novembre 2002, n. 494.

[29] G. Barcellona, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini,* cit., 66.

[30] Cfr. Corte cost., sent. n. 494/2002, con la quale il giudice costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 251, comma 1 e 278, comma 1, c.c. «nella parte in cui non consentono indagini sulla paternità dei figli incestuosi».

[31] Come chiarito già da Corte cost., sent. 7 maggio 2001, n. 120.

[32] Più di recente, il Legislatore è intervenuto sulla disciplina dei figli incestuosi. L'articolo 1, comma 3, della legge 219 del 2012, ha novellato l'art. 251 del Codice civile. La nuova previsione codicistica stabilisce ora che il figlio incestuoso «può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio. Il riconoscimento di una persona minore di età è autorizzato dal tribunale per i minorenni». Oggi, quindi, è sempre consentito il riconoscimento del legame di filiazione, purché questo rappresenti l'interesse preminente del minore e purché vi sia l'autorizzazione da parte del giudice.

[33] Cfr. Corte cost., sent. 15 febbraio 2012, n. 31.

mento in concreto tra l'interesse del minore e la necessità di applicare la sanzione accessoria. La Corte ha preso atto del fatto che, diversamente da altre ipotesi criminose in danno di minori, il delitto di alterazione di stato non reca in sé una presunzione assoluta di pregiudizio per gli interessi morali e materiali del nato. Si legge nelle motivazioni della Corte che, non potendosi escludere che il genitore che commette il delitto di alterazione di stato sia guidato dal fine di favorire, sia pur commettendo un reato, l'interesse del neonato, e non necessariamente di pregiudicarlo, si impone una valutazione in concreto in un'ottica di tutela dell'interesse del minore.

Ancora una volta, la Corte ha chiarito che la colpa del genitore non può ricadere direttamente sul figlio incolpevole, mentre è necessario verificare se, in concreto, l'interesse tutelato dalla norma che vieta quel comportamento prevalga sull'interesse del minore a vedersi comunque riconosciuto il rapporto con il genitore.

Sembrerebbe quindi evidente che il sistema oggi delineato da legge e giurisprudenza, che accorda tutele ad intensità variabile a seconda della gravità della condotta dei genitori, non sia del tutto in linea con gli insegnamenti della Corte sviluppati in altri settori analoghi.

§ 7. – *Conclusioni*

La progressiva recezione dei principi espressi nella CEDU e nella Carta di Nizza ha consentito una visione più inclusiva della famiglia, che non si limita più al binomio eterosessuale-matrimoniale ma si estende a riconoscere la validità e la dignità di diverse configurazioni familiari, comprese quelle fondate su legami affettivi piuttosto che biologici. Si è così venuto a formare uno scenario nel quale la genitorialità spesso va staccandosi dal nesso con il matrimonio e dalla famiglia, declinandosi in una molteplicità di contesti prima ritenuti inediti.

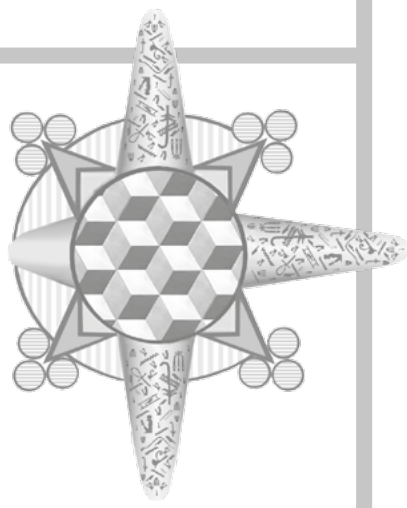
Tuttavia, la normativa interna non si è completamente adeguata al mutato contesto socioculturale, risultando incapace di far fronte alle rinnovate esigenze e di garantire un trattamento equo e rispettoso della dignità di tutti gli individui coinvolti. Se, da un lato, si è tentato di equiparare le coppie eterosessuali e quelle omosessuali sul piano dei rapporti orizzontali, con riferimento ai rapporti verticali manca una disciplina completa e coerente che prenda atto del fatto che la verità biologica non costituisce più un valore di rilevanza costituzionale assoluta, dovendo adeguatamente bilanciarsi con quello dell'interesse del minore a mantenere uno *status filiationis*, anche se non sorretto da detta verità.

La continua evoluzione del fenomeno di emersione di diverse relazioni intersoggettive nelle relazioni affettive richiede una tutela sistematica (e non più occasionale) di fenomeni prima sconosciuti o ritenuti minoritari, imponendo soluzioni capaci di emanciparsi da quei modelli familiari tradizionali che rischiano, ormai, di rivelarsi inadeguati rispetto ai primi.

Abstract

The paper analyzes some of the issues related to the recognition of the parentalrelationship between children born as a result of surrogacy or medically assisted procreation carried out abroad and their intended parents. It shows how the system outlined by law and case law presents several critical issues and how it is inconsistent with some well-established teachings of the Constitutional Court. Finally, given the absence of a right to parenthood, the question arises as to the configurability of a right to the recognition of the filial relationship for those who are, in fact, already placed in a family.

VI. Redefining Family: Contemporary Challenges



28. *Le nuove tecnologie riproduttive: possibilità di scelta o dovere morale? Il caso dell'utero artificiale*
di Maurizio Balistreri

29. *The Council of Europe and Beyond: Children's Rights and Intersectionality*
di Costanza Nardocci

30. *Not Just Parent*
di Stefania Cecchini

31. *Donazioni online, anonime, illimitate*
di Alessandra Pellegrini De Luca

32. *I nuovi itinerari del parto anonimo*
di Giovanna Marchetti

33. *Exploring the Role of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the dialogue between national and European legal concepts*
di Caterina Bergomi

34. *Evoluzione dei modelli familiari e successioni a causa di morte*
di Vera Bilardo

35. *Rilettura della questione del cognome filiale e familiare alla luce della più recente giurisprudenza nazionale ed europea*
di Marta Ruggirello

36. *Navigating Embryosharing*
di Stefania Pia Perrino

VI.28. *Le nuove tecnologie riproduttive: possibilità di scelta o dovere morale? Il caso dell'utero artificiale*

di Maurizio Balistreri*

Sommario: § 1. – Introduzione. § 2. – Che cosa significa essere genitori responsabili al tempo delle nuove tecnologie riproduttive. § 3. – Utero artificiale e tre possibili scenari. § 3.1. – L'utero artificiale è sicuro quanto la gravidanza, sia per le donne che per coloro che nasceranno. § 3.2. – L'utero artificiale è meno sicuro della gravidanza per coloro che nasceranno, ma più sicuro per le donne. § 3.3. – L'utero artificiale è più sicuro della gravidanza sia per coloro che nasceranno che per la donna. § 4. – Conclusioni.

§ 1. – *Introduzione*

Alla luce dei più recenti sviluppi scientifici e tecnologici, in futuro la riproduzione umana potrebbe cambiare radicalmente[1]. Fino a meno di cinquant'anni fa, si poteva nascere soltanto attraverso un rapporto sessuale: poi nel 1978 i bambini sono incominciati a nascere non soltanto sessualmente, ma anche con interventi di riproduzione assistita ovvero sia attraverso la fecondazione extracorporea dell'ovocita. Ancora oggi, comunque, la nascita di una nuova persona implica l'impiego di due gameti e passa necessariamente attraverso la fecondazione di una cellula uovo. A volte si usano i gameti delle persone che desiderano un figlio biologico[2], altre volte però si ricorre agli ovociti di una donatrice e gli spermatozoi di un donatore.

Le cose, però, in futuro potrebbero cambiare, in quanto il concepimento dell'embrione potrebbe avvenire anche senza la fecondazione dell'ovocita da parte di uno spermatozoo. Ad esempio, le persone potrebbero nascere per clonazione da una cellula somatica – cioè attraverso il trasferimento del DNA nucleare in una cellula uovo precedentemente privata del suo DNA nucleare – oppure soltanto da un ovocita (cioè per partenogenesi). In quest'ultimo caso, con la giusta sti-

* Università della Tuscia di Viterbo.

[1] M. Balistreri, *Il futuro della riproduzione umana*, Roma, Fandango, 2016.

[2] Riguardo al modello di famiglia che le nuove tecnologie riproduttive promuovono: J.Y. Lee, R. Bentzon, E. Di Nucci, *What Is A Family? A Constitutive-Affirmative Account*, in *J Bioeth Inq.*, 26 marzo 2024; E. Di Nucci, *IVF, same-sex couples and the value of biological ties*, in *Journal of Medical Ethics*, n. 12/2016, 784-787; D. Cutas, *Nothing if not family?*, in *Bioethics*, n. 37/2024, 763-770; D. Cutas, A. Smajdor, *Keeping it in the family: reproduction beyond genetic parenthood*, in *Journal of Medical Ethics*, 1 marzo 2024.

molazione elettrica o chimica la cellula uovo potrebbe incominciare a dividersi come un embrione.

Al momento a partire da cellule uovo così stimolate è stato possibile ottenere embrioni di topo, coniglio, pecora, maiale, bovino e scimmia e, inoltre, è stato possibile isolare da questi embrioni, allo stadio di blastocisti, cellule staminali embrionali. Sono state prodotti per partenogenesi anche "partenoti" umani e poi da questi ottenuti cellule staminali in grado di differenziarsi in cellule equivalenti alle staminali embrionali e alle cellule staminali pluripotenti indotte. Anche se finora nessuno è stato capace di far nascere un animale per partenogenesi e siamo ancora lontani dal poter avviare una gravidanza con un "partenota", non c'è dubbio che un eventuale successo di questa tecnologia amplierebbe ulteriormente le nostre opzioni riproduttive[3].

Inoltre, il progresso tecnologico potrebbe permettere alle persone che desiderano un figlio di ottenere embrioni non soltanto dai loro gameti, ma da qualsiasi cellula. Per ora la possibilità di derivare ovociti e spermatozoi umani dalle cellule somatiche è soltanto speculativa. Tuttavia, dal momento che precursori dei gameti si possono già ottenere dalle cellule staminali embrionali, è ragionevole pensare che lo stesso risultato si possa ottenere anche a partire dalle cellule somatiche[4]. Potrebbe essere sufficiente trasformare le cellule somatiche in pluripotenti indotte. Lo scenario che si apre per ogni persona è la possibilità non soltanto di essere fertili vita natural durante, ma anche di poter avere gameti di entrambi i "sessi" (gli uomini cioè potrebbero avere ovociti e le donne invece spermatozoi).

Per il momento, poi, la crescita dell'embrione può avvenire soltanto nel corpo della donna. I ricercatori sono già in grado di concepire un embrione umano in laboratorio e di portare avanti il suo sviluppo per un certo numero di giorni (siamo arrivati a 13 giorni ma potremmo essere capaci di andare oltre, fino a 28 giorni[5]), ma poi se vogliamo che l'embrione continui a svilupparsi dobbiamo trasferirlo in una donna. In futuro, però, la gravidanza potrebbe essere portata avanti anche dalle macchine e le persone che desiderano un figlio potrebbero osservare lo sviluppo dell'embrione da casa e forse anche interagire con lui attraverso ad esempio tecnologie digitali (che permettono di trasmettere segnali a distanza, dalla clinica alla casa). Anche se la produzione di un utero artificiale non sembra semplice, alcuni ritengono che le

[3] M. Balistreri, S.L. Hansen, *Moral and Fictional Discourses on Assisted Reproductive Technologies: Current Responses, Future Scenarios*, in *Nanoethics*, n. 13/2019, 199-207.

[4] S. Horer, M. Feichtinger, M. Rosner, M. Hengstschläger, *Pluripotent Stem Cell-Derived In Vitro Gametogenesis and Synthetic Embryos – It Is Never Too Early for an Ethical Debate*, in *Stem Cells Translational Medicine*, n. 9/2023, 569-575.

[5] J.B. Appleby, A.L. Bredenoord, *Should the 14-day rule for embryo research become the 28-day rule?*, in *EMBO Mol Med.*, n. 9/2018, 9437.

difficoltà non sarebbero insormontabili e che pertanto potremmo svilupparlo[6].

Infine, oggi il patrimonio genetico delle persone che mettiamo al mondo è determinato dal caso. Possiamo scegliere, cioè, la persona con la quale avere un figlio e possiamo anche selezionare i gameti impiegati negli interventi di riproduzione assistita, però non possiamo andare oltre. Domani, invece, potremmo programmare o comunque scegliere il DNA dei nostri figli: a quel punto non soltanto potremmo correggere importanti anomalie genetiche, ma potremmo anche potenziare le loro caratteristiche[7]. Il potenziamento genetico potrebbe includere l'aumento delle capacità cognitive, come una maggiore memoria, un'abilità di apprendimento più rapida e una creatività superiore. Dal punto di vista fisico, potrebbe significare migliorare la durata della vita, la forza, la resistenza e la velocità, riducendo al contempo la predisposizione a determinate malattie. Inoltre, il potenziamento morale potrebbe promuovere tratti socialmente desiderabili come l'empatia, la cooperazione e l'integrità.

§ 2. – *Che cosa significa essere genitori responsabili al tempo delle nuove tecnologie riproduttive*

Le nuove tecnologie riproduttive rappresentano sicuramente una grande risorsa per quelle persone che vorrebbero avere un bambino, ma non possono averlo sessualmente. La clonazione, ad esempio, permette di avere un figlio biologico anche a coloro che non hanno più spermatozoi (o spermatozoi impiegabili nella riproduzione). Inoltre, attraverso la clonazione entrambe le persone di una coppia dello stesso sesso potrebbero trasmettere il proprio patrimonio genetico al bambino che mettono al mondo. Gli stessi vantaggi, poi, si possono ottenere con i gameti artificiali o in vitro. Se, infatti, le attuali speranze nei confronti gameti in vitro saranno confermate, le persone che non hanno gameti o gameti utilizzabili nella riproduzione, potranno riprodursi senza più bisogno di ricorrere a donatori (di gameti). Anche chi non ha gameti "naturali" potrà svilupparli dalle proprie cellule somatiche. Per altro, con i gameti artificiali anche due uomini potrebbero avere un bambino (biologico) insieme senza bisogno di ricorrere alle cellule uovo di una donatrice, in quanto uno dei due uomini potrebbe ottenere dalle sue cellule anche ovociti. Con la partenogenesi, invece, le donne che lo

[6] C. Horn, *Eva. Corpi in macchine per un mondo Nuovo*, Torino, Add, 2024.

[7] O. Feeney, *Catching the next wave? The relationship between UNESCO and developments in genomics*, in *Eur J Hum Genet*, n. 32/2024, 605-606; O. Feeney, V. Rakić, *Genome editing and 'disenhancement': Considerations on issues of non-identity and genetic pluralism*, in *Humanit Soc Sci Commun*, n. 1/2021.

vorranno potranno avere un figlio anche da sole, in quanto potranno sviluppare un embrione senza bisogno di spermatozoi[8]. Infine, con le nuove tecnologie di modificazione genetica anche le persone che possono trasmettere al nascituro importanti anomalie genetiche potranno riproduzione con i propri gameti (e, pertanto, senza bisogno di gameti di altre persone), in quanto il patrimonio genetico dell'embrione potrà essere sempre corretto[9].

Comunque, le nuove tecnologie riproduttive non soltanto promuovono l'autonomia delle persone, permettendo loro di avere un figlio biologico anche se non hanno più gameti, ma potrebbero anche cambiare i contorni della "riproduzione umana". In alcuni recenti lavori[10], ho sostenuto che con lo sviluppo del *genome editing* la riproduzione assistita potrebbe diventare più vantaggiosa di quella sessuale. Mentre, infatti, nella riproduzione sessuale è necessario affidarsi alla lotteria naturale, in quella assistita, invece, si può avere un maggior controllo dei risultati, in quanto si può scegliere e portare al mondo l'embrione geneticamente migliore. Inoltre, se l'embrione (sul quale si interviene) è prodotto *in vitro* e non sessualmente, sarà probabilmente più facile praticare interventi di modificazione genetica, in quanto l'embrione può essere monitorato e trattato in un ambiente controllato, riducendo i rischi di complicazioni e migliorando la precisione degli interventi. Si potrebbe, poi, avere contezza di un'eventuale anomalia genetica al momento della fecondazione (o subito dopo, quando l'embrione è ancora di poche cellule) e, di conseguenza, l'intervento di modificazione può essere più tempestivo ed efficace. Dal momento, infine, che la fecondazione non avviene sessualmente, ma *in vitro*, la modificazione genetica potrebbe essere praticata anche sui gameti (prima della fecondazione): «Gli ovociti e gli spermatozoi o, più probabilmente, le cellule che li producono, – ha affermato Greely – potrebbero essere coltivati e modificati *in vitro*. Le linee cellulari potrebbero essere testate e verificare che siano state modificate correttamente prima di usarle per creare embrioni. Creare linee cellulari da cellule germinali umane non è ancora possibile, ma […] presumo che lo sarà nel prossimo futuro»[11].

[8] A. Prasad, *Storia naturale del concepimento. Come la scienza può cambiare le regole del sesso*, Torino, Bollati Boringhieri, 2015.

[9] Nuffield Council on Bioethics, *Genome Editing: an Ethical Review*, 2016 (*http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Genome-editing-an-ethical-review.pdf*).

[10] M. Balistreri, *Il bambino migliore? Che cosa significa essere genitori responsabili al tempo del genome editing*, Roma, Fandango, 2021; M. Balistreri, *Beyond the Non-Identity Problem. Ethics of Genome Editing and Parental Responsibility*, in *Paradigmi* (in corso di pubblicazione), 2024; M. Balistreri, *From Covid 19 pandemic to germline genome editing. Rethinking Values: from liberal society to control society?*, in *Humana.mente* (in corso di pubblicazione), 2024.

[11] H.T. Greely, *The end of sex and the future of human reproduction*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2017, 182.

Alla luce di questo scenario, la mia conclusione è che con lo sviluppo delle tecnologie riproduttive (e in particolare di quelle di *genome editing*) nel prossimo futuro le donne che desiderano avere un figlio potrebbero avere il dovere morale di rinunciare alla riproduzione sessuale per ricorrere alle tecniche di riproduzione assistita. La tesi che sostengo, cioè, è che nel momento in cui le tecniche di modificazione genetica saranno disponibili, continuare a riprodursi sessualmente sarebbe irresponsabile in quanto la riproduzione sessuale impedisce di selezionare l'embrione geneticamente migliore e rende più difficili gli interventi di *genome editing*. Secondo me, poi, non soltanto la riproduzione sessuale potrebbe apparire moralmente irresponsabile, ma lo Stato potrebbe avere ragioni importanti per limitare la libertà riproduttiva delle persone e incoraggiare l'uso delle tecnologie riproduttive. Fino ad oggi, le decisioni riguardanti il DNA del nascituro sono state viste come una prerogativa esclusiva dei genitori[12]. In genere, infatti, si sostiene che, così come lo Stato non ha il diritto di interferire con decisioni delle persone riguardo a *se* e *quando* riprodursi, quanti bambini avere e a quale distanza temporale l'uno dall'altro, allo stesso modo la società non dovrebbe nemmeno influenzare le scelte genetiche. Tuttavia, una volta che le nuove tecnologie riproduttive saranno accessibili, lasciare ai singoli individui la libertà di scegliere come riprodursi potrebbe avere conseguenze negative non soltanto per chi nasce ma anche per la società, in quanto potrebbe causare disuguaglianze genetiche e rischi per la salute pubblica.

In questo contesto, ho aggiunto che è naturalmente cruciale trovare un equilibrio tra autonomia individuale e responsabilità sociale, garantendo che le nuove tecnologie riproduttive siano utilizzate in modo etico e sicuro per il bene collettivo. A me sembra, comunque, che non dovremmo sottovalutare la capacità delle nuove tecnologie riproduttive di rendere obsolete le pratiche (riproduttive) esistenti. Ad essere a rischio non è soltanto la riproduzione sessuale: anche la nascita (cioè, la gestazione ed il parto) all'interno di un corpo umano potrebbe diventare antiquata.

Finora, la nascita di un nuovo essere umano avviene nel corpo di una donna. Domani, però, gli esseri umani potrebbero venire al mondo anche in un utero artificiale. Oggi non siamo in grado di portare avanti la gestazione di un embrione al di fuori del corpo materno, ma in futuro potremmo essere in grado di far crescere un embrione in laboratorio per quaranta settimane e salvare anche embrioni gravemente prematuri. A quel punto, l'utero artificiale non sarebbe più una fantasia, ma una "realtà". È stato detto che appare altamente impro-

[12] M. Balistreri, *Etica e potenziamento umano*, Torino, Espress, 2020.

babile che una combinazione di dispositivi meccanici possa sostituire l'utero "corporeo" per nove mesi dall'impianto alla nascita. L'utero artificiale però non deve essere per forza meccanico: «L'utero è un organo. È il prodotto, in ultima analisi, di cellule staminali, come tutte le altre parti del corpo umano. Perché non usare le cellule staminali per costruire un utero umano? […] È difficile vedere come una vescica umana possa essere utile al di fuori del corpo di un uomo che ne ha bisogno. Ma l'utero potrebbe essere utile al di fuori di un corpo umano»[13].

Anche in questo caso, si potrebbe affermare che l'utero artificiale andrà semplicemente ad arricchire le possibilità riproduttive delle persone che desiderano un figlio, che in questo modo potranno scegliere tra gestazione corporea o extracorporea. Tuttavia, c'è di più, in quanto l'utero artificiale potrebbe cambiare radicalmente il volto della riproduzione umana e separarla definitivamente dalla sessualità. Del resto, avere un figlio attraverso un utero artificiale potrebbe essere un vantaggio. Non solo potremmo monitorare costantemente lo sviluppo dell'embrione, ma potremmo anche essere in grado di intervenire tempestivamente sul suo patrimonio genetico per correggere (o prevenire eventuali anomalie genetiche) ed anche potenziarlo. Inoltre, l'utero artificiale potrebbe assicurare all'embrione l'ambiente ottimale per lo sviluppo ed essere un luogo più sicuro di qualsiasi corpo umano[14].

Non ci interessa qui provare a ragionare sulle conseguenze che l'introduzione dell'utero artificiale potrebbe avere sulle relazioni umane e sulla nostra società. Intendiamo riflettere, invece, sul tipo di responsabilità morale che le donne che desiderano un figlio potrebbero avere se un giorno fosse possibile ricorrere all'utero artificiale. La conclusione a cui arriveremo è che con lo sviluppo della tecnologia di *editing* del genoma e delle nuove tecnologie riproduttive (ectogenesi), le donne potrebbero avere sempre più il "dovere" di rinunciare alla riproduzione sessuale e alla gravidanza. Noi ipotizzeremo, del resto, che i vantaggi dell'utero artificiale dipendono in parte dal fatto che gli interventi di *genome editing* possono essere più facili se l'embrione si sviluppa non in un corpo umano, ma in un dispositivo meccanico. La possibilità di intervenire sul patrimonio genetico dell'embrione al momento del concepimento o durante il suo sviluppo solleva numerose questioni morali. Tuttavia, non ci confronteremo con queste questioni e assumeremo che gli interventi di *editing* del genoma sull'embrione umano siano moralmente accettabili e di conseguenza possano essere praticati sull'embrione in qualsiasi fase del suo sviluppo. Inoltre, anche la gesta-

[13] H.T. Greely, *The end of sex and the future of human reproduction*, cit., 188.
[14] S. Kennedy, *Ectogenesis and the value of gestational ties*, in *Bioethics*, 2024, 1-7.

zione extracorporea solleva importanti questioni morali[15]: dal valore morale dell'embrione prodotto in vitro e il cui sviluppo non avviene nel corpo di una donna ma in una macchina (ad esempio, gli aspiranti genitori hanno il diritto di fermare il suo sviluppo? Oppure non hanno questo diritto perché l'embrione è viabile?[16]) alle conseguenze che questo tipo di nascita può avere non solo per la persona che viene al mondo (ad esempio, lo sviluppo di un utero artificiale impedirà al bambino che nascerà di sviluppare un legame con la madre? E quali sono le conseguenze prevedibili di un utero artificiale sul suo benessere e sulla sua salute?), ma anche sulla società e sulla nostra rappresentazione dell'umanità[17] (ad esempio, c'è il rischio che la gestazione extracorporea porti all'estinzione delle donne, in quanto le donne non saranno più necessarie per la riproduzione umana?[18]). Anche queste sono importanti questioni morali che lasceremo da parte: assumeremo che in futuro l'utero artificiale esisterà e non solleverà più alcun problema morale. La nostra attenzione si concentra sugli scenari morali che lo sviluppo degli uteri artificiali aprirebbe in un contesto futuro in cui gli interventi di *editing* genetico fossero ormai prassi consolidata e non si dubitasse più della loro sicurezza ed efficacia.

§ 3. – *Utero artificiale e tre possibili scenari*

Con lo sviluppo dell'utero artificiale e la possibilità di ricorrere all'*editing* del genoma del nascituro, si aprono soprattutto tre possibili scenari per le donne che desiderano un figlio:

1) l'utero artificiale è sicuro quanto la gravidanza, sia per le donne che per chi nasce;
2) l'utero artificiale è meno sicuro per chi nasce, ma più sicuro per le donne;

[15] V. Tripodi, *The Right and Unfair Aspects of Artificial Womb Technology*, in V. Tripodi, E. Terrone (a cura di), *Being and Value in Technology*, Cham, Palgrave Macmillan, 2022, 93-113; A. Smajdor, *The moral imperative for ectogenesis*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, n. 3/2007, 336-345; S. Wellin, *Ectogenesi riproduttiva: The Third Era of Human Reproduction and Some Moral Consequences*, in *Science and Engineering Ethics*, n. 4/2004, 615-626; A. Smajdor, *In defense of ectogenesis*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, n. 1/2012, 90-103.

[16] S. Yumakulov, G. Wolbring, *Ethics of artificial wombs: missing angles and special concerns*, in *Jura. BHSc Research Symposium*, n. 2/2012; R. Tong, *Out of Body Gestation: In Whose Best Interests*, in S. Gelfand, J.R. Shook (a cura di), *Ectogenesis. Artificial Womb Technology and the Future of Human Reproduction*, Amsterdam-New York, Editions Rodopi, 2006, 59-75; S.M. Squier, *Babies in Bottles. Twentieth-Century Visions of Reproductive Technology*, New Brunswick (New Jersey), Rutgers University Press, 1994.

[17] G. Corea, *La macchina madre: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, New York, Harper Collins, 1985; C. Rosen, *Why not Artifical Wombs?*, in *The New Atlantis*, 2003, 67-76.

[18] T. Murphy, *Research Priorities and the Future of Pregnancy*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, n. 1/2012, 78-89.

3) l'utero artificiale è più sicuro per chi nasce e per le donne che vogliono avere un figlio.

Si possono ipotizzare anche altri scenari, ma questi sono quelli moralmente più interessanti. Del resto, le considerazioni che presenteremo possono valere anche per gli altri scenari che si possono immaginare ma che qui non analizzeremo. Le considerazioni che svilupperemo, ad esempio, nell'analisi del secondo scenario sono valide anche se ipotizziamo che l'utero artificiale sia meno sicuro della gravidanza non soltanto per chi viene al mondo ma anche per la donna. E le considerazioni che faremo per il terzo scenario sono valide anche se supponiamo che l'utero artificiale sia più sicuro per il nascituro ma meno sicuro per la donna. Infine, le considerazioni del primo scenario sarebbero valide anche se l'utero artificiale fosse sicuro quanto la gravidanza per chi nasce, ma meno sicuro per la donna.

Noi analizzeremo soltanto i dilemmi morali che emergono lì dove è possibile scegliere tra una gravidanza e un utero artificiale. Per questo motivo ci interrogheremo soltanto sulla responsabilità morale delle donne che desiderano un figlio. È vero che anche gli uomini potrebbero avere un bambino con l'utero artificiale, ma anche se immaginiamo che l'utero artificiale sarà perfezionato e accessibile, essi comunque non potrebbero scegliere tra la gravidanza ed utero artificiale. Almeno fino a quando anche gli uomini non potranno rimanere incinta e partorire. Tuttavia, è vero che in futuro, con lo sviluppo dell'ectogenesi, gli uomini che desiderano un figlio potrebbero dover scegliere tra ectogenesi e gravidanza per altri. In questo caso, allora, le nostre considerazioni sulla responsabilità morale delle donne al tempo dell'*editing* del genoma e dell'utero artificiale possono valere anche per gli uomini. Comunque, la gestazione per altri solleva importanti questioni morali, legate al rischio di sfruttamento o di limitazione della libertà della donna che porta avanti la gravidanza, che sono assenti nella nostra discussione morale sulle scelte riproduttive.

Nell'affrontare la questione della responsabilità morale delle donne nei tre possibili scenari, esamineremo se le donne – che scelgono di avere un figlio – abbiano sempre l'obbligo morale di garantire la nascita più sicura alla persona che verrà al mondo. Oggi può accadere che le donne che scelgono di partorire a casa o in una casa maternità vengano criticate perché metterebbero a rischio il benessere del nascituro. Vogliamo chiederci se in futuro, con lo sviluppo dell'utero artificiale e delle tecniche di *genome editing*, potremmo muovere le stesse cri-

tiche anche alle donne che non scelgono la soluzione riproduttiva più sicura per la persona che nascerà[19].

§ 3.1. – *L'utero artificiale è sicuro quanto la gravidanza, sia per le donne che per coloro che nasceranno*

Il primo scenario è quello in cui l'utero artificiale è sicuro quanto la gravidanza extracorporea, sia per le donne che desiderano un figlio sia per chi nascerà. Abbiamo sostenuto gli interventi di *genome editing* sull'embrione potrebbero essere molto più semplici ed efficaci se l'embrione cresce in un utero artificiale. Se, infatti, l'embrione cresce in un utero artificiale si può controllare il suo patrimonio genetico già al momento del concepimento (o subito dopo) e intervenire tempestivamente, quando l'embrione è composto da un numero ancora molto limitato di cellule. Da questo punto di vista, pertanto, l'utero artificiale potrebbe avere un grande vantaggio rispetto a qualsiasi concepimento sessuale o gravidanza corporea. Tuttavia, gli interventi di *editing* del genoma potrebbero essere praticabili sula cellula uovo fecondata, ma non sull'embrione in uno stadio di sviluppo più avanzato: «Si potrebbero provare anche su embrioni a due, quattro o otto cellule, ma – scrive Greely – più sono le cellule, maggiore è la possibilità di *editing* incompleto e di mosaicismo»[20]. In questo caso, il ricorso all'utero artificiale (ectogenesi) non offrirebbe maggiori possibilità, rispetto alla gestazione corporea (a partire da un embrione prodotto *in vitro*), di correggere eventuali anomalie genetiche che potrebbero emergere durante lo sviluppo dell'embrione.

Inoltre, soprattutto nella prima fase di sviluppo di questa tecnologia, potremmo avere ancora dubbi sulla sicurezza dell'utero artificiale o comunque non avere dati sufficienti per concludere circa la sua maggiore affidabilità rispetto alla gravidanza. Ci possono essere, poi, anche altre ragioni che potrebbero impedire all'utero artificiale di essere più sicuro della gravidanza, sia per il nascituro che per la donna. Si può immaginare, ad esempio, che la stessa tecnologia che in futuro potrebbe permettere di monitorare le condizioni degli embrioni in un utero artificiale possa essere applicata al corpo della donna in maniera forse invasiva ma comunque efficace. L'utero artificiale, poi, potrebbe presentare sia vantaggi (come ad esempio la possibilità di intervenire sul genoma dell'embrione), che svantaggi rispetto alla gravidanza. Ad

[19] D. Battisti, *Procreative Responsibility and Assisted Reproductive Technologies*, New York, Routledge, 2024; D. Battisti, *Ridefinire i confini della responsabilità riproduttiva alla luce della pratica di genome editing*, in *Bioetica, Rivista Interdisciplinare*, n. 2-3/2020, 337-356.

[20] H.T. Greely, *The End of Sex and the Future of Human Reproduction*, cit., 182.

esempio, crescendo in un utero artificiale invece che nel corpo di una donna, il nascituro potrebbe avere meno possibilità di essere esposto a incidenti o lesioni. L'utero artificiale, però, potrebbe essere soggetto a malfunzionamenti che possono danneggiare lo sviluppo dell'embrione o comportare comunque dei rischi per il nascituro. In questo scenario, considerati sia i rischi che i vantaggi dell'utero artificiale, non si può concludere che le donne avrebbero l'obbligo morale (o la responsabilità) di preferire, almeno *prima facie*, la gestazione extracorporea a quella corporea. Da un punto di vista morale, cioè, le donne saranno libere di scegliere se concepire un figlio per via sessuale o attraverso le biotecnologie e sviluppare l'embrione nel proprio corpo o optare per l'altra possibilità e utilizzare un utero artificiale.

In ogni caso, si può immaginare che le scelte riproduttive delle donne dipenderanno non soltanto dalle loro preferenze, ma anche dalle loro condizioni di 'salute'[21]. Ad esempio, l'utero artificiale potrebbe essere una grande opportunità per le donne che non hanno un utero o che non hanno un utero in grado di sostenere una gravidanza. Ma le donne potrebbero scegliere l'utero artificiale anche perché non hanno avuto un'esperienza positiva della gravidanza o del parto o per ragioni pratiche (perché ad esempio non vogliono cambiare il loro stile di vita o vogliono bere e fumare). Altre donne, invece, potrebbero scegliere di avere la gravidanza e il parto perché vogliono sentire una nuova vita crescere nel proprio corpo o costruire un rapporto biologico con il nascituro dal momento del concepimento fino alla nascita. Altre donne, invece, potrebbero essere contrarie all'uso della tecnologia nei processi che riguardano la nascita o comunque non voler separare la 'riproduzione' dal 'corpo'. La scelta di un certo tipo di gestazione, poi, potrebbe dipendere anche da ragioni meramente economiche. Nel caso in cui, ad esempio, i costi di una gravidanza extracorporea fossero relativamente importanti, essa sarebbe inevitabilmente preclusa alle donne più povere o che non hanno risorse sufficienti. Tuttavia, anche le persone che dispongono di maggiori risorse potrebbero scegliere di rinunciare alla gravidanza extracorporea per promuovere gli interessi dei propri figli in altri modi, ad esempio fornendo loro un'istruzione o opportunità di alto livello.

[21] G. Cavaliere, *Gestation, equality and freedom: ectogenesis as a political perspective*, in *Journal of Medical Ethics*, n. 2/2020, 76-82.

§ 3.2. – *L'utero artificiale è meno sicuro della gravidanza per coloro che nasceranno, ma più sicuro per le donne*

Lo scenario cambia se immaginiamo che l'utero artificiale sia meno sicuro della gravidanza e del parto per i nascituri, ma più sicuro per le donne che vogliono un figlio. Non è difficile immaginare che, almeno in una prima fase di sviluppo, l'utero artificiale possa essere un metodo riproduttivo meno affidabile della gravidanza, non tanto per la donna che sceglie di avere un figlio quanto per chi nascerà. Oggi non siamo in grado di sviluppare un embrione in un nuovo individuo in laboratorio. Dopo il concepimento, dobbiamo trasferirlo nel corpo di una donna. Domani, con le nuove tecnologie riproduttive, potremmo anche essere in grado di farlo crescere al di fuori del corpo umano fino alla nascita (o anche oltre), ma chi verrà al mondo potrebbe essere sottopeso o avere un rischio maggiore di difetti genetici. I rischi di sviluppare anomalie genetiche potrebbero non essere significativi, ma comunque superiori a quelli che l'embrione potrebbe sviluppare nel corpo della madre. O potrebbero essere significativi, ma parzialmente controbilanciati dalla possibilità di monitorare il suo patrimonio genetico ed eventualmente correggerlo o migliorarlo.

Naturalmente, per la donna l'utero artificiale sarebbe più sicuro della gravidanza: la gravidanza e il parto, infatti, presentano ancora importanti rischi per la salute e la vita. Per avere un figlio con l'utero artificiale, la donna dovrà sottoporsi a trattamenti ormonali (per l'induzione ovarica) e, poi, al prelievo di ovociti sotto sedazione. Questi interventi hanno dei rischi, ma non sono paragonabili ad una gravidanza o a un parto, perché, come scrive Hursthouse, la gravidanza e il travaglio possono essere paragonati all'andare "in battaglia" e richiedono "coraggio, forza d'animo e resistenza". In altre parole, potremmo descrivere il parto come un'impresa "eroica"[22]. Inoltre, se un giorno saremo in grado di produrre gameti *in vitro* (o artificiali) da cellule somatiche – trasformandole in cellule staminali pluripotenti indotte –, la scelta della 'gravidanza extracorporea avrà ancora meno rischi per le donne' (in quanto gli ovociti sarebbero ottenuti attraverso il semplice prelievo di cellule somatiche).

In questo scenario, in cui l'utero artificiale è meno sicuro della gravidanza corporea per chi nasce, ma più sicuro per la donna, la scelta di una gravidanza extracorporea non sarebbe doverosa, ma potrebbe essere comunque moralmente accettabile[23]. Comunque, l'accettabilità

[22] R. Hursthouse, *Beginning Lives*, Oxford, Blackwell, 1987, 299-304; A. Smajdor, J. Räsänen, *Is pregnancy a disease? A normative approach*, in *Journal of Medical Ethics*, 29 gennaio 2024.

[23] J. Räsänen, A. Smajdor, *The ethics of Ectogenesis*, in *Bioethics*, n. 4/2020, 328–330.

morale di questa scelta dipenderà dai rischi in gioco. Più alti sono i rischi (ad esempio, di contrarre importanti patologie o di subire anomalie genetiche) per il bambino che viene al mondo, più difficile è comprendere e accettare la scelta della donna di preferire un utero artificiale alla gestazione corporea. Se, infatti, i rischi sono molto importanti, ci si può chiedere perché la donna non scelga di portare avanti lei stessa la gravidanza o non ricorra alla gestazione per altri. Ma potremmo anche chiederci perché, se le altre opzioni non erano realmente praticabili o (per lei) moralmente accettabili, non abbia rinunciato al suo progetto genitoriale. In effetti, un'alternativa (alla riproduzione sessuale o alle tecnologie di riproduzione assistita) potrebbe essere l'adozione oppure potrebbe scegliere di non avere figli. Se, invece, i rischi per il nascituro non sono così importanti o sono importanti ma molto improbabili, potremmo avere meno motivi per considerarla irresponsabile.

A livello morale, anche le motivazioni di questa scelta vanno ovviamente considerate. Ad esempio, una cosa è scegliere una gravidanza extracorporea per frivoli motivi (perché ad esempio si vuole provare qualcosa di nuovo o avere un concepimento originale); un'altra è scegliere di ricorrere all'utero artificiale perché in precedenza si è avuta un'esperienza di gravidanza e/o di parto molto negativa (e, di conseguenza, si vuole correre il rischio di soffrire di nuovo o di rivivere lo stesso trauma). In un caso la donna mostra di avere poca attenzione e sensibilità per il nascituro; nell'altro, invece, ci può essere una sincera preoccupazione per il suo benessere. Del resto, una donna potrebbe ragionevolmente pensare che una gravidanza difficile potrebbe impedirle di costruire un rapporto adeguato con il nascituro. Pertanto, ricorrere ad un utero artificiale (invece che preferire la gravidanza) e accettarne i rischi e i limiti non solo potrebbe essere moralmente accettabile, ma potrebbe anche essere il segno di un carattere virtuoso e sensibile (che, in altri termini, è capace di tener conto degli interessi e dei bisogni degli altri), in quanto curandosi dei propri bisogni la donna promuove anche gli interessi del nascituro.

Infine, una donna non è necessariamente moralmente irresponsabile se si preoccupa dei propri interessi e decide di avere un bambino attraverso un utero artificiale. Non sarebbe giusto, cioè, pretendere che le donne, soltanto perché vogliono un figlio, sacrifichino sempre i loro interessi e bisogni a favore del nascituro. Ovvero sia che vivano la loro vita in modo da mettere costantemente il benessere degli altri al di sopra del proprio, seguendo soltanto un principio di beneficenza. Una simile prospettiva sarebbe troppo parziale e basata su un ideale morale irrealistico e troppo esigente, in quanto non siamo tenuti a compiere tutti i possibili atti di generosità o carità a vantaggio di altri, anche se questi sono i nostri figli. L'utero artificiale, pertanto, può avere anche

qualche rischio per la persona che nasce – e i rischi in gioco possono essere anche superiori a quelli della gravidanza e del parto – ma questo non significa allora che il suo uso sia per questo moralmente criticabile. Una donna può ricorrere all'utero artificiale e non essere una cattiva madre.

Considerando, però, i diversi interessi in gioco e il fatto che possono essere in conflitto, la cosa migliore sarebbe sviluppare un utero artificiale sicuro almeno quanto il corpo della donna, in modo che il nascituro non sia penalizzato e, allo stesso tempo, la donna possa essere libera di rinunciare, se preferisce, alla gravidanza (e al parto). Si può affermare, cioè, che per una questione di giustizia, dovremmo investire più risorse nell'ectogenesi, perché in questo modo saremo in grado di promuovere meglio i diversi interessi: sia delle donne che vogliono un figlio sia dei nascituri[24].

§ 3.3. – *L'utero artificiale è più sicuro della gravidanza sia per coloro che nasceranno che per la donna*

È ragionevole pensare che le cose cambierebbero se la gravidanza extracorporea diventasse la soluzione più sicura per la persona che nascerà e per la donna.

L'utero artificiale potrebbe diventare la soluzione riproduttiva più sicura per il nascituro, in quanto potrebbe permettere un migliore monitoraggio delle condizioni dell'embrione. Anche però lo sviluppo di altre tecnologie riproduttive (incluse quelle di *genome editing*) potrebbero contribuire a garantire una maggiore sicurezza e migliorare le condizioni di salute del nascituro, riducendo al contempo i rischi per la madre. Ad esempio, è ipotizzabile che l'utero artificiale possa diventare una opzione preferibile alla gestazione corporea quando le tecnologie di *editing* del genoma saranno state perfezionate e saremo in grado di intervenire – come preferiamo – sul codice genetico della persona che nascerà per finalità sia terapeutiche che migliorative.

Del resto, in questo caso l'intervento di modificazione genetica avverrebbe completamente al di fuori del corpo della donna e pertanto non avrebbe per lei alcun rischio. Avere, poi, un embrione in un utero artificiale permetterebbe ai medici di intervenire sul codice genetico del nascituro al minimo segno di anomalia genetica. Naturalmente anche quando lo sviluppo scientifico e tecnologico li avrà resi sicuri, gli uteri artificiali – come scrive Henry T. Greely – sarebbero

[24] E. Kendal, *The perfect womb: Promoting equality of (fetal) opportunity*, in *Journal of Bioethical Inquiry*, n. 2/2017, 185-194; E. Kendal, *Equal opportunity and the case for state sponsored ectogenesis*, Londra, Pelgrave, 2015.

comunque a rischio di alcuni problemi, come ad esempio interruzioni di corrente, terremoti o incendi. Tuttavia, si tratta di rischi che i genitori potrebbero considerare più controllabili rispetto a quelli derivanti «da un altro essere umano che porta in grembo il proprio figlio».

A livello morale, le conseguenze del miglioramento dell'utero artificiale e delle tecnologie che permettono di correggere o migliorare il codice genetico sarebbero importanti. A quel punto, infatti, sembra che una donna che desidera un figlio avrebbe la responsabilità o l'obbligo morale *prima facie di* ricorrere all'utero artificiale. Se infatti avesse un figlio per via sessuale e portasse avanti una gravidanza, esporrebbe il nascituro a rischi molto più elevati di anomalie genetiche o malformazioni. Si può, cioè, anche immaginare che anche al tempo delle nuove tecnologie alcune donne preferiranno avere un figlio 'naturalmente' attraverso gravidanza. In fondo, molte donne desiderano rimanere incinte e per molte di loro la gravidanza e il parto sono momenti unici, quindi è possibile che in futuro continueranno ad esserci donne che vorranno fare questa esperienza, anche se più rischiosa. Tuttavia, si può affermare che le donne che sceglieranno di avere un figlio, non con l'utero artificiale, ma con una gravidanza corporea appariranno moralmente irresponsabili.

Questa conclusione può sembrare in contraddizione con quanto prima dicevamo. Abbiamo sostenuto che le donne (e, più in generale, i genitori) non hanno il dovere morale di sacrificare qualsiasi loro interesse a favore del benessere del nascituro. Gli interessi del nascituro sono importanti, ma contano anche quelli della donna. Ad esempio, non c'è nulla di male, se una donna incinta vuole continuare a lavorare o a condurre una vita il più possibile simile a quella che aveva precedentemente. Né una donna che preferisce partorire in casa è necessariamente irresponsabile, anche se un parto in ospedale può essere più sicuro per la persona che nasce[25]. Questi interessi (continuare a lavorare, avere uno stile di vita coerente con i propri progetti e desideri, partorire nel luogo e nel modo più sicuro possibile) possono essere moralmente legittimi e si possono approvare da un punto di vista generale. Possiamo, cioè anche non condividere le scelte di queste donne, considerarle originali (si pensi al parto in casa) o anche arrivare a provare un senso di ripugnanza nei loro confronti, ma non possiamo necessariamente definirle inaccettabili. In questi casi, infatti, i rischi per il nascituro sono limitati e possono essere bilanciati o superati dai bene-

[25] M. Balistreri, G. Pacini, *Partorire a casa è irresponsabile? Riflessioni morali sulla scelta del luogo del parto*, in *DWF*, n. 3/2015, 49-68; M. Balistreri, G. Pacini, *Etica e parto: è giusto che le donne scelgano dove partorire?*, in *Bioetica & Società*, n. 2-3/2015, 37-48. Per una posizione diversa: L. de Crespigny, J. Savulescu, *Homebirth and the Future Child*, in *Journal of Medical Ethics*, n. 12/2014, 807-812.

fici di una madre più appagata, che ha avuto la possibilità di coltivare spazi di autonomia (e perciò di organizzare la vita nel modo che preferisce). Lo stesso discorso si può fare per le scelte che riguardano l'utero artificiale, anche nel caso in cui fosse meno sicuro della gravidanza per chi viene al mondo.

Tuttavia, se domani l'utero artificiale diventerà molto più sicuro della gravidanza, del travaglio e del parto, allora potrebbe diventare più difficile pensare che l'interesse della donna ad avere una gravidanza e a partorire possa essere legittimo. Del resto, ci sono interessi che possiamo avere, ma che sono moralmente inaccettabili. Per esempio, non possiamo sfruttare un'altra persona come vogliamo, perché in questo modo mostriamo di non avere rispetto per il suo benessere e la sua vita. Possiamo, cioè, anche avere il desiderio di infliggere sofferenze ad altre persone, ma non possiamo aspettarci che gli altri abbiano il dovere di soddisfare i nostri interessi. L'interesse di una donna ad avere una gravidanza corporea, anche se l'utero artificiale è più sicuro, non è paragonabile al desiderio di sfruttare o infliggere sofferenza. È legittimo chiedersi, però, fino a che punto questo tipo di desiderio/interesse possa essere ancora moralmente accettabile, nel momento in cui le nuove tecnologie permetteranno, attraverso l'utero artificiale, di fornire al nascituro un patrimonio genetico e una condizione di sviluppo che altrimenti non avrebbe. Nell'ipotesi che l'utero artificiale diventi molto più sicuro della gravidanza, l'unica scelta moralmente responsabile sarebbe quella di affidare la nascita alle nuove tecnologie. Una donna che preferisse portare avanti una gravidanza nel proprio corpo, anche se l'ectogenesi è più sicura, mostrerebbe un grave deficit della sensibilità. Userebbe il nascituro (la persona che verrà al mondo) per avere la possibilità di fare una certa esperienza (gravidanza, travaglio e parto), senza preoccuparsi del fatto che questa esperienza avrebbe conseguenze negative per la sua vita.

Comunque, il tipo di rischio a cui il bambino sarebbe esposto è moralmente importante. Abbiamo ipotizzato che l'introduzione di un utero artificiale potrebbe avere vantaggi molto importanti per la persona che viene al mondo, in quanto potrebbe nascere in un ambiente più sicuro ed essere sottoposta all'*editing* del genoma. Le nostre conclusioni riguardo alle responsabilità delle donne (e dei genitori) cambierebbero se l'utero artificiale avesse vantaggi molto più limitati o improbabili. Ad esempio, potremmo anche ipotizzare che un giorno le tecnologie di *editing* del genoma potrebbero essere applicate al nascituro anche *in vivo* e anche in uno stadio avanzato di sviluppo senza interventi invasivi (o rischiosi) per la donna coinvolta. E potremmo anche immaginare che in futuro potrebbero essere disponibili tecnologie di nuova generazione in grado di monitorare lo stato dell'embrione

(nel corpo della madre) durante tutto il giorno e di segnalare (agli operatori sanitari) eventuali condizioni di malattia, come malformazioni o anomalie genetiche, in tempo reale. In questo caso, sarebbe più difficile pensare che una donna che sceglie di portare avanti una gravidanza (corporea) stia facendo una scelta moralmente irresponsabile.

Inoltre, con lo sviluppo delle nuove tecnologie riproduttive, in caso di anomalie genetiche una donna che sceglie di iniziare una gravidanza corporea potrebbe probabilmente interromperla e trasferire l'embrione in un utero artificiale per praticare di interventi sul suo codice genetico che *in vivo* possono essere più difficili. Anche in questo caso, anche se l'utero artificiale fosse più sicuro per il nascituro, non sarebbe ragionevole criticare la decisione della donna, poiché la gravidanza non sarebbe irreversibile né avrebbe necessariamente conseguenze negative.

È importante tenere a mente che qui ci muoviamo nel campo delle speculazioni e che stiamo cercando di immaginare quale sarà il futuro della riproduzione. Le nostre valutazioni morali, poi, cambiano a seconda degli scenari che ipotizziamo. Tuttavia, se l'utero artificiale diventasse molto più sicuro della gravidanza e non avessimo tecnologie o soluzioni terapeutiche in grado di intervenire immediatamente sull'embrione in vivo nel caso di anomalie genetiche o altri possibili imprevisti, sarebbe difficile giustificare o accettare moralmente una gravidanza. In questo scenario, la donna moralmente responsabile è quella che rinuncia alla gravidanza e al parto, anche se a malincuore e sacrificando alcuni suoi interessi.

§ 4. – *Conclusioni*

È possibile che l'utero artificiale porti a quella separazione tra sessualità e riproduzione umana iniziata più quarant'anni fa con lo sviluppo delle tecnologie riproduttive. Già oggi il concepimento in vitro presenta importanti vantaggi rispetto a quello sessuale, in quanto con le tecniche di riproduzione assistita possiamo produrre un gran numero di embrioni e selezionare, tra questi, quelli con miglior genoma. Domani, con lo sviluppo delle tecnologie di *genome editing* sarà ancora più vantaggioso avere un figlio con le tecniche di riproduzione assistita, perché in questo modo potremo controllare il suo genoma e, se necessario, correggerlo e migliorarlo (potenziarlo). Tuttavia, una completa separazione della sessualità dalla riproduzione avverrebbe soltanto con lo sviluppo tecnologie in grado di sostituire l'utero della donna. A quel punto, le donne che scelgono una gravidanza potrebbero essere considerate moralmente irresponsabili perché non garantiscono al bambino il miglior inizio di vita (o lo fanno nascere in condizioni peggiori di

quelle che avrebbe avuto altrimenti). Non è necessario che ciò accada, poiché in futuro potremmo disporre di tecnologie che permettono di intervenire con successo e con estrema precisione sul patrimonio genetico dell'embrione anche in vivo, anche se, cioè, cresce nel corpo della donna. Inoltre, non possiamo ancora escludere che gli stessi interventi praticabili sul genoma dell'embrione si possano domani effettuare con successo anche sull'individuo, una volta venuto al mondo, per correggere o migliorare il suo genoma. Il fatto, però, che gli scenari che abbiamo descritto e discusso possano in un prossimo futuro realizzarsi e cambiare radicalmente la riproduzione umana dovrebbe spingerci ad avviare una riflessione più seria e profonda sulle biotecnologie. L'esperienza passata ci insegna che i cambiamenti possono avvenire velocemente. Per questa ragione, non è troppo presto per chiedersi come sarebbe il nostro mondo se nel prossimo futuro la dotazione genetica del nascituro potesse essere programmata e la nascita di nuovi individui non fosse più legata alla gravidanza.

Abstract

The future of human reproduction is subject to revolutionary scientific and technological developments. In recent decades, procreation has undergone significant evolution to the point where sexual reproduction is no longer the only form of human reproduction. However, the 'reproductive paradigm' could soon change again in a radical manner. Cloning, parthenogenesis, the ability to derive gametes from somatic cells, genetic manipulation, and artificial wombs (ectogenesis) open up futuristic scenarios. However, new reproductive technologies not only promote reproductive autonomy, allowing people to have a biological child even if they no longer have gametes, but they could also change the contours of 'human reproduction'. The ability of new reproductive technologies to significantly alter or, in the long run, render existing reproductive practices obsolete should not be underestimated. At risk is not only sexual reproduction: even birth (both gestation and childbirth) within a human body could become immoral – a choice morally irresponsible.

VI.29. *The Council of Europe and Beyond: Children's Rights and Intersectionality*

di Costanza Nardocci*

«There is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that all decisions concerning children, their best interests must be paramount»[1]

Summary: § 1. – Introduction: the Child's Best Interest and its Threefold Lining. § 2. – The Child's Best Interest and the Council of Europe: Perspectives from the European Court of Human Rights. § 3. – A Recessive Weight? The Best Interest of Children Belonging to Minority Communities. § 4. – And, Gender: Being a Child and Being a Woman, again, in the European Court of Human Rights' Case-Law. § 5. – Any Hope Out There? Two Welcomed Judgments by European Courts and Lessons to Learn from the Inter-American Court on Human Rights.

§ 1. – *Introduction: the Child's Best Interest and its Threefold Lining*

The child's best interest certainly represents more than one of the core criteria to orient legislators and Courts in sketching laws and delivering judgments.

It is not even a fundamental right like many others.

Rather, the best interest of the child occupies a prominent position in human rights and constitutional law.

It embodies a clear-cut *rationale*, that advocates for its precedence over all the other interests at stake.

In light of such a peculiar content of the right, several corollaries emerged in the law and national and supranational jurisprudence.

The first is that the child's best interest should be given proper resonance every time legislators and Courts deal with the draft of regulations or the definition of judgments. In other words, the best interest of the child can never be neglected, nor dismissed.

Another point worth mentioning is that the child's best interest means something more than simply taking the child's needs into

* Associate Professor of Constitutional Law, Department of Italian and Supranational Public Law, University of Milan.

[1] ECtHR, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, [Grand Chamber], no. 41615/07, 6 July 2010.

account. Instead of merely balancing the child's best interest with the rights of those who happen to entertain a relationship with him or her, the former implies its prevalence over the other rights. Put differently, it means that the child's best interest derogates from the paradigm of the balance of rights that features legislators' and Courts' activities. It always prevails or, at least, it should prevail.

Such a reading of the child's best interest became definitive and uncontested following the adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child[2].

Moving from Article 3, § 1[3], the General Comment on Article 3(1) clarifies that «the child's best interests is a threefold concept»[4], as a substantial, interpretative, and procedural right[5].

As a substantive right, it implies that the right of the child should «his or her best interests assessed and taken as a primary consideration when different interests are being considered»[6] and, also, that «Article 3, paragraph 1, creates an intrinsic obligation for States, […] directly applicable (self-executing) and […] invoke[able] before a court».

Besides being understood as a substantive right, the child's best interest should be conceived as a «fundamental, interpretative legal principle»[7]. According to the General Comment[8], this means that every time «a legal provision is open to more than one interpretation, the interpretation which most effectively serves the child's best interests should be chosen»[9].

Thirdly, the child's best interest serves as a «rule of procedure»[10] in the decision-making process.

«Whenever a decision is to be made that will affect a specific child – states the General Comment – […] the decision-making process must

[2] The Convention was adopted the 20th November 1989 by the General Assembly with resolution No. 44/25. The text can be read at the following link: *https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child*.

[3] Reference is made to General comment No. 14 (2013) *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), that can be read at the following link: *https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf*.

Article 3, § 1, reads as follows: «[i]n all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration».

[4] *Ibidem*.

[5] *Ibidem*. On this, see M. Sormunen, *Understanding the Best Interests of the Child as a Procedural Obligation: The Example of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2020, 745 ff.; C. Breen (Ed.), *The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition*, in *International and Comparative Law*, 2002; C. Breen, *Age Discrimination and Children's Rights. Ensuring Equality and Acknowledging Difference*, Boston, Martinus Nijhoff, 2016.

[6] *Ibidem*.

[7] *Ibidem*.

[8] *Ibidem*.

[9] *Ibidem*.

[10] *Ibidem*.

include an evaluation of the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned»[11]. And the positive obligation of the Member State is even clearer, in that it requires to always «explain how the right has been respected in the decision […]; what criteria it is based on; and how the child's interests have been weighed against other considerations, […]»[12].

Given the above, the article examines the effective realization of the child's best interest in the context of the Council of Europe.

It first considers the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) to question and verify its adequacy and conformity to the principle set out under the UN Convention. Second of all, it intends to tackle how intersectionality is handled when coupled with the child's best interest.

The article, therefore, aims to analyze cases of children, who feature individual traits that make them vulnerable or, at least, affiliated to already marginalized social groups. The investigation will want to investigate whether and to what extent intersectionality, as applied to minors, ensures adequate protection for children or, conversely, it has not yet been fully adopted as a criterion to safeguard and promote the best interest of the child.

Eventually, the article intends to draw some conclusions about the *status quo* of the child's best interest in the ECtHR's case law, even considering some recent developments of the jurisprudence delivered by the Court of Justice of the European Union.

§ 2. – *The Child's Best Interest and the Council of Europe: Perspectives from the European Court of Human Rights*

The intersectional approach applied to minors represents a significant step forward in the investigation of the human rights belonging to the child and of the theoretical implications deriving from the theory of intersectionality[13].

[11] *Ibidem.*

[12] *Ibidem.*

[13] The concept of intersectionality is widely known. As a on it, see, extensively and first and foremost, the Author who theorized for the first this concept. Reference is made to K.W. Crenshaw, who defined «"intersectionality", as a concept […] to denote various ways in which race and gender interact to shape the multiple dimensions of Black women's […] experiences», see *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 1991, 1241 ff.; and, also, Eadem, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, *Feminist Legal Theories*, London, Routledge, 1997. On this, more broadly and going beyond the status of Black women, intersectionality is a term used to refer to the intersection and simultaneous agency of a two or more traditional factors of discrimination, that happen to negatively impact the condition of those who result

As widely known, the latter has been nurtured in the gender perspective, whereas the former gained supranational resonance chiefly as a result of the already mentioned United Nations Convention on the Rights of the Child.

However, the efforts in linking intersectionality to children's rights are necessary in light of the likelihood, that children suffer from human rights violations and discrimination as a result of their multiple and intersectional individual qualities, that go well beyond simply their age.

How intersectionality may be used and applied in the context of the rights of the child is the research question, that supports the paper. On this, the present investigation will narrow its scope exclusively to the European Court of Human Rights and its jurisprudence.

Before examining whether and how the ECtHR applies intersectionality in the context of cases featuring minors, it should first be recalled, that the European Convention on Human Rights does not contain any explicit provisions about children and their rights.

The absence of such an explicit safeguard has not, nevertheless, prevented the ECtHR from recognizing protection for children under the ECHR.

The principle of the best interest of the child has, therefore, made its appearance in the ECtHR's case law. And it did it, emerging from cases decided by the ECtHR under the perspectives of Articles 5 and 8 ECHR. The system of the European Convention on Human Rights has, therefore, progressively been accepted to be contaminated by the United Nations, paving the way to a more robust protection of the rights of the child.

Following up on the UN Convention on the Rights of the Child and its Committee's case law, the ECtHR does not merely plainly recognize the rights of the child but, most importantly, that the child's best interest should always be attributed a prominent role when balanced with other interests at stake in a given case.

Such a reading of the child's best interest is particularly evident in the ECtHR's case law about the recognition of family ties, adoption, child abduction[14], and (to some extent) even surrogacy of motherhood[15].

possessing at the same time the same protected features. The literature continued to elaborate on the concept of intersectionality. Among many others, see D.W. Carbado, K.W. Crenshaw, V.M. Mays, B. Tomlinson, *Intersectionality: Mapping the Movements of a Theory*, in *Du Bois Review: Social Science Research on Race*, 2013, 303 ff.

[14] See H. Keller, C. Heri, *Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 2015, 270 ff.

[15] More broadly, on this, see J. Costa, *The Best Interests of the Child in the Recent Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Franco-British-Irish Colloque on Family Law*, 2011.

At the same time, though, the principle of the best interest of the child has been subject to a variety of interpretations, giving rise to criticisms as to the ECtHR's concrete willingness to ensure the prevalence of the child's best interest[16].

This is true, especially, in all cases where intersectionality had a role to play. As it will be later examined, immigration – covering both expulsion and first entry and expulsion cases – represents an interesting point of departure to investigate the ECtHR's approach towards the principle of the child's best interest and to verify its adequacy in safeguarding the child's best interest as a substantial right.

Without delving too much into the case law of the ECtHR on children's rights more broadly, which goes far beyond the scope of the paper, it is, nonetheless, worth recalling the first judgment, where the Court of Strasbourg recognized the dignity of the rights of the child and to his/her best interest under the European Convention on Human Rights.

In *Marckx v. Belgium*[17], the European Court of Human Rights stated, for the first time, that the relationship established between a single unmarried mother and her daughter amounted to family life within the meaning of Article 8 ECHR. More significantly, the ECtHR went on to clarify that Article 8 ECHR imposes positive obligations on the contracting States. In the case at stake, the positive obligation Belgium failed to comply with was to legally recognize the family ties existent between the applicant and her mother even though she was born out of wedlock.

The argument endorsed in *Marckx v. Belgium* was not but strengthened in the years that followed. Thus, in Johnston v. Ireland, the ECtHR took once again the stand in favor of the safeguard of the rights of children of unmarried parents to enjoy family life under Article 8 ECHR.

The interpretation of Article 8 ECHR as a right that protects children's rights even by way of the recognition of positive obligations on the side of the State found another important confirmation in the case *Kroon and Others v. The Netherlands*[18]. The judgment speaks once again of positive obligations. The Court of Strasburg found, in particular, a violation of Article 8 ECHR, in that domestic law did not allow at that time the recognition of the parental link between a father and

Offers a positive reading of the ECtHR's approach towards children rights A.F. Jacobsen, *Children's Rights in the European Court of Human Rights – An Emerging Power Structure*, in *The International Journal of Children's Rights*, 2016, 548 ff.

[16] On this, recently, see R. Zamperini, *Establishing Parenthood through Adoption and Surrogacy: A Test Case for the ECtHR Use of the Best Interests of the Child Principle*, in *Family & Law*, 2024, 1 ff.

[17] ECtHR, *Marckx v. Belgium*, [Plenary], no. 6833/74, 13 June 1979.

[18] ECtHR, *Kroon and Others v. The Netherlands*, [Chamber], no. 18535/91, 27 October 1994.

his daughter, because of the irrebuttable presumption of the existence of family ties between the child's mother and her husband. Here, the emphasis was on the relevance to be attributed to the child's social and biological reality that should always prevail over other interests at stake.

Alongside the protection of the child's best interest in the context of family life, another facet soon paved its way in the ECtHR's case law. Reference is made to the recognition of children's right to an identity which came later with the case *Mikulic v. Croatia*[19] of 2002. Interestingly, although the core of the judgment was once again the recognition of parental ties in that the applicant wanted her paternity to be established under Article 8 ECHR, the Strasbourg Court shifted its reasoning and talked, for the very first time, of a child's right to have his/her identity recognized and protected.

Interestingly, although the core of the judgment was, again, the recognition of parental ties in that the applicant wanted her paternity to be established under Article 8 ECHR, the Strasbourg Court shifted its reasoning and talked, for the very first time, the right of the child to have his/her identity fully recognized and protected under the law.

The case law on minors' right to personal identity, as a corollary of the right to private rights under Article 8 ECHR, continues years later with *Odièvre v. France*[20] and *Godelli v. Italy*[21].

Both judgments concerned the applicant's invoked right to know his/her identity when biological and social family ties are not overlapping, as for adoption cases when the mother chooses to remain anonymous. *Odièvre* and *Godelli* were seemingly about the applicant's request to national authorities to have access to the information regarding her biological mother who decided to not have her identity disclosed. Although the circumstances of the facts were analogous, the ECtHR concluded, in the first case only, for the non-violation of Article 8, whereas it found a violation of the right to private life in the latter.

Regardless of the *rationale* behind the different outcomes reached by the ECtHR, which relied heavily on the differences existing under the domestic laws regulating adoption, the two judgments reiterate, that minors' interest in their personal development is "vital" and "widely recognized in the general scheme of the Convention".

However, the citizenship of the child's best interest under the European Convention is not limited to cases about family ties and adoption.

[19] ECtHR, *Mikulic v. Croatia*, [First Section], no. 53176/99, 7 February 2002.
[20] ECtHR, *Odièvre v. France*, [GC], no. 42326/98, 13 February 2003.
[21] ECtHR, *Godelli v. Italy*, [Second Section], no. 33783/09, 25 September 2012.

Child abduction cases constitute another perspective to examine how the principle of the best interest of the child permeated the ECtHR's case law. Among many, reference should be made to the landmark case *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*[22], where the Strasbourg Court significantly recalled that: «there is […] a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount»[23].

Lastly, the more recent case law of the ECtHR about surrogacy could be regarded as another example of how to balance minors' best interests when coupled with those of intended parents unable to conceive naturally.

Lastly, the more recent ECtHR's case law about surrogacy of motherhood could be regarded as an additional example[24] of how to balance minors' best interest when coupled with the rights invoked by the intended parents, meaning those who are unable to conceive naturally and who find themselves compelled to resort to different means, such as IVF technologies or surrogacy.

Although, until now, no judgment has been centered on the conventionality of surrogacy of motherhood *per se*, since the two cases issued against France, *Mennesson*[25] and *Labassee*[26], the Court of Strasbourg has, nevertheless, endorsed a clear-cut approach when asked to rule on the legal status of the child born as a result of surrogacy performed abroad[27].

The issue the ECtHR has repeatedly addressed concerns the means by way recognizing or, *vice versa*, denying the establishment of legal bonds between the child born out of surrogacy and the intended parents within legal systems which, conversely, prohibit the practice at stake. The relevance of such case law revolves around the response of the Court of Strasburg, which made it realize the best interest of the child.

In the above-mentioned judgments against France and, even more recently, in the opinion delivered against France by the Grand Chamber under Protocol No. 16, the ECtHR states that the transcription of the birth certificates formed abroad in cases of surrogacy of motherhood should be allowed to safeguard the child's best interest. The rationale is that the "guilt" of the intended parents, who acted in vio-

[22] ECtHR, *Neulinger and Shuruk v Switzerland*, [GC], no. 41615/07, 6 July 2010.
[23] *Ibidem*.
[24] See, also, ECtHR, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, [GC], no. 25358/12, 24 January 2017.
[25] ECtHR, *Mennesson v. France*, [Fifth Section], no. 65192/11, 26 June 2014.
[26] ECtHR, *Labassee v. France*, [Fifth Section], no. 65941/11, 26 June 2014.
[27] On the French case, see I. Rein Lescastereyres, *Recognition of the parent-child relationship as a result of surrogacy and the best interest of the child*, in *ERA Forum*, 2015, 149 ff.

lation of domestic law, should not be suffered by the newborn. Having established that the consequence is that minors born abroad following a surrogacy agreement will be entitled to a family regardless of the non-overlap between biological and social parenthood. In other words, the fracture between the two forms of parenthood cannot in itself justify the State in its attempts to deny the child his/her rights, especially the right to enjoy private and family life.

§ 3. – *A Recessive Weight? The Best Interest of Children Belonging to Minority Communities*

The first example of intersectionality, when it comes to children and their rights, revolves around the intersection of age, race, ethnicity, and national origin.

All these individual traits are, in fact, at the core of the ECtHR's case law on minors belonging to migrant communities concerning, more especially, first entry and forced expulsion cases.

Both these cases show all the difficulties the Court of Strasbourg has to confront in balancing States' margin of appreciation in the field of migration, regarded as a matter about domestic law only, on the one hand, and the obligation to ensure the paramount protection to the best interest of the child, on the other.

There is a preliminary point to make, that features the approach of the ECtHR in cases involving immigrant children. When the child belongs to a minority community, his/her best interest is not always, in fact, recognized and protected by the ECtHR as Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child suggests. On the opposite, at least until now, the ECtHR has instead frequently adopted a mutable approach. The principle of the best interest of the child has, thus, not always oriented the Court of Strasbourg in delivering its judgments. Rather, several cases emphasize the subsidiary nature of the ECtHR and its inclination to defer the definition of the legal issue at stake to the discretion of the respondent State. Such a wandering attitude of the ECtHR, which attributes a recessive weight to the best interest of the child when belonging to minority groups, emerges very clearly, as said when migration is concerned.

On this, the starting point is the interpretation of migration as a matter not subject to the scrutiny of a supranational Court as involving delicate issues of domestic relevance.

The ECtHR soon endorsed such an approach. In *Abdulaziz, Cabales, and Balkandali v. the UK*[28], the ECtHR held that contracting States are sovereign in deciding who should be allowed to reside on their territories and that Article 8 ECHR does confer no right to immigrants to choose where to reside and where to live. At the same time, though, the ECtHR also clarified that States' wide margin of appreciation may be reduced when the right to enjoy family life is at stake, as in family reunification cases when there is a need to stabilize the applicant's *status* to be granted his/her permit to be reunited to his/her family members.

In short, there is a positive response in cases featuring the reunification of family members, whereas a more restrictive approach underpins the ECtHR's case law on expulsion cases.

Sen v. The Netherlands[29] is one of the first cases about migration and children's rights.

The applicants, a couple of Turkish nationals, complained about the infringement of their right to family life, because of the rejection of domestic authorities of the request for a residence permit for their daughter. While asked to decide whether domestic authorities were under the obligation to allow family reunification in the case at stake, the ECtHR took the view that, although States' are afforded a wide margin of appreciation as the ECHR recognizes no right to reside on a territory, the refusal to grant the child to live with her parents amounted to a violation of Article 8 ECHR[30].

While *Sen v. The Netherlands* ensured the protection of the right of the child to be reunited with her family, it was only in 2006, in *Rodrigues Da Silva and Hoogkamer v. the Netherland*[31], that the ECtHR explicitly spoke of the best interest of the child[32], linking it to the finding of the violation of Article 8 ECHR.

It goes beyond the scope of the paper to examine every case the ECtHR dealt with the child's best interest in migration cases.

However, although the ECtHR does not recognize the principle of the best interest of the child as a key factor in deciding in favor of immigrant children in forced expulsion and first entry cases, it nonetheless states that it should be considered among other factors and

[28] ECtHR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the UK*, [Plenary], nos. 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28 May 1985.

[29] ECtHR, *Sen v. The Netherlands*, [Third Section], no. 1859/03, 21 December 2021.

[30] See, also, ECtHR, *Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands*, 1 December 2005; ECtHR, *Osman v. Denmark*, [First Section], no. 38058/09, 14 June 2011.

[31] C. Smyth, *The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-Entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled Is the Court's Use of the Principle*, in *Eur. J. Migration & L.*, 2015, 74 ff.

[32] See § 44.

given also a proper resonance. *Jeunesse v. The Netherlands*[33] is an interesting example of a judgment that testifies of the lack of a decisive weight of the child's best interest but of its determinant role, in conjunction with other elements – such as country ties, age, family bonds –, in concluding in favor of the child. But even sooner than *Jeunesse* and in forced expulsion cases, there was at least one significant exception. In *Maslow v. Austria*[34], which concerned the forced expulsion of a six-year-old child, the Grand Chamber found a violation of Article 8 ECHR, because domestic authorities did not take into proper account the child's best interest which should be given paramount importance[35].

More recently, a new room for the best interest of the child was made in *M.H. and Others v. Croatia*[36] about the collective expulsion of 14 individuals of Afghan origin, which resulted in the death of a six-year-old child.

Besides the relevance of the judgment from the perspective of the ECtHR's case law on collective expulsion under Article 4, Protocol No. 4, ECHR, it is worth recalling the arguments sustained by Judge Turkovic in its concurring opinion. In recalling Article 22 of the UN Convention on the Rights of the Child[37], Judge Turkovic suggests that a different test should be applied by the ECtHR to children in migration cases due to their vulnerability. In the Judge's view, «it is necessary to emphasize that, in compliance with obligations stemming from international law, States are required to take appropriate measures to ensure that a child seeking refugee status, whether unaccompanied or accompanied by his or her parents or by any other person, receives appropriate protection and humanitarian assistance […]»[38] and that, even more importantly, «[t]his obligation exists in respect of all children, regardless of their nationality and immigration status»[39].

[33] ECtHR, *Jeunesse v. The Netherlands*, [GC], no. 12738/10, 3 October 2010.

[34] ECtHR, *Maslow v. Austria*, [GC], no. 1638/03, 23 June 2008.

[35] See § 83. *Contra*, see ECtHR, *Berisha v. Switzerland*, [Second Section], no. 948/12, 30 July 2013.

[36] ECtHR, *M.H. and Others v. Croatia*, [First Section], nos. 5670/18, 43115/18, 18 November 2021. For a note on the novelties of the case, see J. de Coninck, *Mh and Others v. Croatia: Resolving the Jurisdictional and Evidentiary Black Hole for Expulsion Cases?*, in *Strasbourg Observer*, 2022, Link: *https://strasbourgobservers.com/2022/01/14/mh-and-others-v-croatia-resolving-the-jurisdictional-and-evidentiary-black-hole-for-expulsion-cases/*.

[37] Article 22, § 1, reads as follow: «States Parties shall take appropriate measures to ensure that a child who is seeking refugee status or who is considered a refugee in accordance with applicable international or domestic law and procedures shall, whether unaccompanied or accompanied by his or her parents or by any other person, receive appropriate protection and humanitarian assistance in the enjoyment of applicable rights set forth in the present Convention and in other international human rights or humanitarian instruments to which the said States are Parties».

[38] Concurring Opinion of Judge Turković, § 5.

[39] *Ibidem*.

Whether this reasoning will pave the way to a new season of the ECtHR's case law is hard to say, but it no doubt summarizes at best the ultimate goal of true human rights protection to all children, regardless of their nationality, race, or ethnicity.

§ 4. – *And, Gender: Being a Child and Being a Women, again, in the European Court of Human Rights Case-Law*

Another perspective to investigate the weight attached to the principle of the best interest of the child deals with the ECtHR's case law on violence against little girls. Although the case law is limited, it nevertheless offers interesting insights as to the Court of Strasbourg's approach towards cases where age intersects with gender and, also, with culture.

Reference should be made to the ECtHR's case law on female genital mutilation (FGM) and forced marriages[40].

Both practices constitute forms of violence against women as established under the Council of Europe's Istanbul Convention under Articles 39 and 37 respectively. These two provisions should be read in conjunction with Article 42 of the Istanbul Convention which excludes the applicability of the cultural defense doctrine before conducts, such as those of female genital mutilations and forced marriages, which violate fundamental human rights.

Despite the universal condemnation of these practices, the few cases delivered by the ECtHR on female genital mutilations and forged marriages do not effectively respond to the submissions of the applicants, relying on questionable use of the margin of appreciation doctrine. And, this, is only in the best-case scenario since very often applications invoking the violation of rights protected under the European Convention of Human Rights were declared inadmissible by the Court.

Concerning female genital mutilation, the ECtHR developed a case law consistent with the prohibition of the conduct because considered in violation of Article 3 ECHR as a form of inhuman and degrading treatment.

Although the uncontested qualification of female genital mutilations as ill-treatments within the meaning of Article 3 ECHR, the Court of Strasbourg has not yet gone too far to sanction States' decisions to expel migrant women and young girls when there is a true risk

[40] On this, recently and with respect to how European Courts react towards forced marriages, see C.M. Zamora-Gómez, *The Best Interests of Refugee Girls Victims of Forced Marriage in the European Justice: Family Reunification and Private Life*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2024, 283 ff.

of being subjected to female genital mutilations once returned to their home country.

That is to say that, when the ECtHR confronts itself with States' policies on migration, recessive weight is attributed to the best interest of the child. Since the ECtHR claims to have no competence to judge domestic regulations about forced expulsions because States are considered better placed and afforded therefore a wide margin of appreciation, cases of violence against women and girls end up not being sanctioned under the European Convention of Human Rights.

One of the first cases where the ECtHR was asked to judge the compliance with the ECHR of female genital mutilation was *Collins and Akaziebie v. Sweden*[41]. The case was about a Nigerian woman who sought asylum in Sweden when she was 25 years old and pregnant because she wanted to avoid being subjected to female genital mutilation. Moreover, the applicant also claimed, that in Nigeria women had to undergo a serious type of FGM at childbirth and that she wished to protect her daughter from being forcibly subject to such a practice. In its judgment, the ECtHR, first, held that «it is not in dispute that subjecting a woman to female genital mutilation amounts to ill-treatment contrary to Article 3 of the Convention. Nor is it in dispute that women in Nigeria have traditionally been subjected to FGM and some extent still are»[42]. However, it subsequently declared the application manifestly ill-founded, because the applicant failed to prove and substantiate that she and her daughter were exposed to a real and concrete risk.

Without relying on the obstacles represented by migration domestic policies and recalling the margin of appreciation doctrine, the line of reasoning that places on the applicant's side the burden of the proof of the recurrence of a serious risk is highly controversial. It neglects the vulnerability of the applicant and it does it especially when the ECtHR chooses to avoid applying the rule of the inversion of the burden of the proof, conversely, admitted in discrimination cases.

On this, the weaknesses of Article 14 ECHR emerge very clearly.

Parties do not invoke Article 14 ECHR in conjunction with Article 3 ECHR and, as a consequence, the Court of Strasburg has an easy job in refusing to.

Therefore, not only does the ECtHR avoid acknowledging the unequal treatment the applicant and her daughter(s) are exposed to, but it also refuses to recognize the vulnerability of the victims and to ensure a proper realization of the principle of the parity of the arms,

[41] ECtHR, *Collins and Akaziebie v. Sweden*, [Third Section], no. 23944/05, 8 March 2008.
[42] *Ibidem*.

which, on the opposite, would suggest that the proof of the lack of risk should be shifted on the respondent State's side.

Unfortunately, the approach described above has so far never been abandoned by the ECtHR. To date, there are no ECtHR judgments that result in findings of violation of the European Convention in an FGM case.

Other cases shared the same fate as *Collins and Akaziebie v. Sweden*. This is for *R.B.A.B. and Others v. The Netherlands*[43] and *Sow v. Belgium*[44], where the ECtHR found no violation of Articles 3 and 13 ECHR. In the latter, the finding of non-violation was based on the age and economic conditions of the applicant, who could not be considered "vulnerable" in the ECtHR's view.

The second case to consider is child marriages.

Like in FGM cases, the ECtHR rarely faced the issue. Despite the Istanbul Convention nowadays including forced marriages among the major forms of violence against women, the ECtHR had the chance to address at least two of their main traits in its, although scarce, case law: age and consent.

About age, neither Article 12 of the ECHR, nor the Istanbul Convention set a minimum marriageable age. The omission is controversial, in that it weakens the scrutiny on the compliance with both Conventions of marriages contracted among individuals of very young age. Indeed, the Istanbul Convention speaks generally of forced without distinguishing between forced and child marriages, which represents a subgroup of the former, but it is certainly a pity that the Council of Europe Convention on Violence against Women and Domestic Violence does not contemplate both manifestations of the conduct of forcibly oblige someone to marry someone else when he/she has not reached yet the legal age.

Besides the criticisms of the wording used by the Istanbul Convention under Article 37, the ECtHR was confronted with the issue of compliance with the European Convention of the request to recognize a marriage contracted abroad between two individuals one of whom was 14 years old.

In *Z.H. and R.H. v. Switzerland*[45], the case revolved around the applicants' request to be granted asylum in Switzerland as a married couple, although the marriage had been contracted in a third Country allowing for child marriages. The refusal of Swiss authorities to recog-

[43] ECtHR, *R.B.A.B. And Others v. The Netherlands*, [Third Section], no. 7211/06, 7 June 2016.

[44] ECtHR, *Sow v. Belgium*, [Second Section], no.27081/13, 19 January 2016.

[45] ECtHR, *Z.H. and R.H. v. Switzerland*, [Third Section], no. 60119/12, 8 December 2015.

nize the legal effects of the marriage contracted abroad was, therefore, at the core of the judgment of the ECtHR, which was asked to decide whether the denial to recognize the applicants as a married couple amounted to a violation of Article 8 ECHR.

As the case concerned both immigration and family life, the Court of Strasbourg recalled, that the Contracting States cannot be said to be under the positive obligation to allow aliens on their territory and to recognize family ties established abroad.

Since the question of the marriageable age, the ECtHR stated that «Article 8 of the Convention cannot be interpreted as imposing on any State party to the Convention an obligation to recognize a marriage, religious or otherwise, contracted by a 14-year-old child. Nor can such obligation be derived from Article 12 of the Convention»[46]. Additionally, the ECtHR emphasized that «Article 12 expressly provides for the regulation of marriage by national law, and given the sensitive moral choices concerned and the importance to be attached to the protection of children and the fostering of secure family environments, [it] must not rush to substitute its judgment in place of the authorities who are best placed to assess and respond to the needs of society»[47].

In the Court's view, therefore, in denying the recognition of the legal effects of the religious marriage between the first and the second applicant, the State has not overstepped its margin of appreciation which is even wider in light of the immigration facets of the case.

Unfortunately, this is the only case, where the Court of Strasbourg delivered a judgment on the marriageable age and on the consequences of forced marriages contracted abroad in States that do not allow neither forced nor child marriages.

However, the ECtHR added another piece to the interpretation of Article 12 ECHR back in 1987 in *M. v. the Federal Republic of Germany*[48], where it was confronted with the issue of the spousal's consent to marry, where the Court held that generally speaking, a forced marriage would violate the right to marry of the party not giving consent. The Commission also stated that the right to marry did not include a right to marry a deceased. Another case to mention is *Tuquablo Tekle v. the Netherlands*[49].

Although the ECtHR did not tackle the issue in its subsequent case law on Articles 8 and 12 ECHR, the Council of Europe took a clear stand against child marriages.

[46] Cfr. § 44.
[47] *Ibidem*.
[48] ECtHR, *M. v. Federal Republic of Germany*, [Plenary], no. 10307/83, 6 March 1984.
[49] ECtHR, *Tuquablo Tekle v. the Netherlands*, [Third Section], no.60665/00, 1 December 2005.

In 2005, the Parliamentary Assembly adopted a first resolution, *Forced marriages and child marriages*[50], condemning the practice which, according to the available data, affects predominantly women and young girls belonging to minority communities.

The Resolution very clearly underlines the intersectional facets of the practice. It hinges on gender, ethnicity, and national origin to identify the victim's ideal type, and relies on culture, customary practices, and traditions as the main causes behind the conduct at stake.

Another aspect worth mentioning concerns the definition, which explicitly centers on the recurrence of forced marriages in cases of lacking consent, suggesting, thus, a more convincing definition than the later adopted by the Istanbul Convention under Article 37[51]. The Resolution, ultimately, features a long list of commitments for the member States, including amendments to national laws to: ensure «18 years as the minimum statutory age of marriage for women and men»[52]; and «make it compulsory for every marriage to be declared and entered by the competent authority in an official register»[53]. Particularly important from the here endorsed perspective is the reference to the child's best interest when it comes to the recognition of forced or child marriages contracted abroad. The Resolution affirms that the State should «refrain from recognizing forced marriages and child marriages contracted abroad except where recognition would be in the victims' best

[50] The fulltext is available here: *https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17379&lang=en*. The United Nations likewise took a stand against forced marriage with Resolution no. 75/167, 2020, about Child, early and forced marriage.

[51] See, also, Article 16, § 2, United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) and the CEDAW Committee's General Recommendation no. 21 on equality in marriage and family relations, that recognizes 18 years old as the minimum age of marriage. See, also, the Joint Recommendation No. 31 adopted by the CEDAW Committee and the Committee on the Rights of the Child, that states that: «the States parties to the Conventions adopt or amend legislation with a view to effectively addressing and eliminating harmful practices. In doing so, they should ensure (f) That a minimum legal age of marriage for girls and boys, with or without parental consent, is established at 18 years» and that «States to enact, enforce and uphold laws concerning a minimum age of marriage, to monitor their application and to progressively amend laws with lower minimum ages of marriage and/or ages of majority to 18 and engage all relevant authorities to ensure that these laws are well known». Link: *https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/joint-general-recommendation-no-31-committee*. Also, the European Union, through the European Union Agency for Fundamental Rights tackled the issue at stake in its report, Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices, 2014.

[52] Accordingly to the Istanbul Convention, «1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the intentional conduct of forcing an adult or a child to enter into a marriage is criminalised. 2. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the intentional conduct of luring an adult or a child to the territory of a Party or State other than the one she or he resides in with the purpose of forcing this adult or child to enter into a marriage is criminalised».

[53] See § 14.

interests concerning the effects of the marriage, particularly to secure rights which they could not claim otherwise»[54].

The Parliamentary Assembly of the Council of Europe addressed once again the issue of forced marriages in 2018 with Resolution No. 2233, *Forced Marriage in Europe*[55], which invites the Member States to refrain from recognizing within their legal systems forced or child marriages contracted abroad, regardless of the legality of the conduct in the State of origin.

Beyond the implications, these cases bring with them as they are strictly bound to immigration and, therefore, with an area featuring a wide margin of appreciation of the contracting States, the trend of the ECtHR's case law proves to be inadequate to ensure the effective safeguard of the rights of the young girls involved.

Both when it comes to FGMs and child or forced marriages, the ECtHR never takes into proper consideration the provisions of the Istanbul Convention, which qualify the two conducts at stake as forms of violence against women, meaning forms of discrimination based on gender and human rights violations.

The balance among the interests at stake, which ensures the preservation of States' policies in migration, is highly controversial and it does not comply, among others, with the principle that requires recognizing the paramount relevance of the child's best interest.

The refusal to acknowledge the gendered facet of the case emerges even when the victim belongs to the majority and the affiliation to a minority group culturally diverse from the majority has no role to play. In *R.B. v. Estonia*[56], a 4-year-old young girl was sexually abused by her father which invoked the violations of Articles 3 and 8 ECHR. Although the European Court found the violations of the European Convention, there is nothing in the judgment to suggest that the ECtHR recognized the fact that the child was exposed to violence rightly because she was a young girl. What matters in the ECtHR's view is only the age of the victim.

The wrong interpretation of the conduct of sexual violence as a form of gender-based discrimination represents, therefore another plain example of the difficulties of the ECtHR in adding value to intersectionality.

The second criticism deals with the refusal to endorse intersectionality. Although the cases examined above commonly featured an ideal type of victim, who is a young woman or a minor (female) ethnically

[54] See § 14.2.

[55] The fulltext is available here: *https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25016&lang=en*.

[56] ECtHR, *R.B. v. Estonia*, [Third Section], no. 22597/16, 22 June 2021.

and culturally diverse compared to the majority, ethnicity, and culture are never taken into consideration by the ECtHR. In other words, not only does the ECtHR avoid protecting the child's best interest. What's more, it likewise omits to recognize the intersectional facets of the case and, thus, contributes to creating a status of even higher vulnerability suffered by the victim.

Thus, when gender and culture come into play, the best interest of the child does not weigh as much as it should and it does not play any role regardless of its substantive, interpretative, or procedural nature.

As in migration cases, that similarly features an element of intersectionality since the child is not only a minor but at the same an individual whose ethnicity and national origin differ from the majority, even when gender comes into play, the Court of Strasbourg sidelines the child's best interest and departs from its jurisprudence as described above under paragraph No. 2.

In short, it seems that strangely and somehow – even not always[57] –, intersectionality weakens the principle of the best interest of the child. The ECtHR's case law shows that intersectionality paradoxically undermines the protection best interest of the child, especially when young girls are concerned. Instead of guiding the ECtHR to provide a higher level of protection to children belonging to marginalized groups, it has seldom been used by the ECtHR to shift its scrutiny from the *status* of the child to other issues, and *vice versa*, entailing a wide margin of appreciation of the contracting States, confining its judgment to the recognition of its incompetence in reaching a judgment on the case[58].

[57] Reference is made to the ECtHR's case-law on forced sterilizations. See ECtHR, *V.C. v. Slovakia*, [Fourth Section], no. 18968/07, §§ 116-19, 8 November 2011; ECtHR, *N.B. v. Slovakia*, [Fourth Section], no. 29518/10, 12 June 2012§§ 79-80; ECtHR, *I.G. and Others v. Slovakia*, [Fourth Section], no. 15966/04, § 123-25, 13 November 2012.

[58] An exception to such approach is *Çam v. Turkey* ([Second Section], no. 51500/08, 23 February 2016, § 67), when the European Court recognized, for the very first time, the vulnerability of children with disabilities, although not explicitly referring to intersectionality. Likewise, even not about children, the ECtHR emphasized the status of particular vulnerability in few but worth mentioning cases, as in *Opuz v. Turkey* ([Third Section], no. 33401/02, 9 June 2009) – intersection between gender and ethnicity – (§194), and the landmark case *B.S. v. Spain*, [Third Section], no. 47159/08, 24 July 2012, (§ 62), about a woman working as a prostitute.

§ 5. – *Any Hope Out There? Two Welcomed Judgments by European Courts and Lessons to Learn from the Inter-American Court on Human Rights*

Despite the difficulties in tracing a coherent trend in the ECtHR's case law about children's rights and intersectionality, there are nonetheless two elements to underline.

The first is the tendency to fully safeguard the best interest of the child in cases where intersectionality does not have a prominent role to play because the child concerned is not featured by additional traits that could somehow undermine the predominance of his/her rights in the balance among the interests at stake.

On the other hand, turning to the second point, the ECtHR's case law on migrant children and young girls victims of forms of violence reflects the opposite approach. As examined above, young girls exposed to female genital mutilations, child marriages, and sexual abuses, and migrant children at risk of being expelled or denied family reunification are not always safeguarded in their rights, nor protected as bearers of a right that should always, at least theoretically, prevails.

Beyond the described challenges in attracting intersectionality in the context of children's rights, in Europe, recent times testify to a smooth change.

In 2023, in *G.T.B. v. Spain*[59], the ECtHR recognized for the very first time the right to a birth certificate in a case of prolonged delay in registering a birth certificate formed abroad, in the case at stake the birth certificate of a child born in Mexico in Spain. The ECtHR found a violation of Article 8, considering that the long procedure required to register the birth certificate formed abroad resulted in a violation of the right to identify and to identify, in that the delays caused the child severe psychological and physical sufferings[60].

G.T.B. v. Spain builds on *C. v. Italy*[61], where the lack of transcription of a birth certificate formed abroad, as a result of a surrogacy agreement, was found in violation of Article 8 ECHR because in violation of the right of everyone, every child in the case at issue, to have his/her identity fully recognized, also in light of the negative consequences deriving from a *status* of stateliness.

In 2024, it was, instead, the Court of Justice of the European Union (ECJ) to upheld and properly value the intersectional approach[62].

[59] ECtHR, *G.T.B. v. Spain*, [Fifth Section], no. 3041/19, 16 November 2023.

[60] On this, see, also, the UN Committee on the Rights of the Child, General comment No. 13 (2011) on The right of the child to freedom from all forms of violence.

[61] ECtHR, [First Section], no. 47196/21, 31 August 2023.

[62] EU ECJ, *WS v. Intervyuirasht organ na Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet* (C-621/21), 16 January 2024. About the judgement, please see C. Nardocci, *Le*

Though the circumstances of the case did not involve a minor, the judgment is nonetheless worth mentioning, because the ECJ, for the first time, stated, that being a victim of domestic violence constitutes a reasonable cause to invoke international protection for women seeking asylum.

The fact that the ECJ recognized that migrant women exposed to domestic violence should be regarded as members of a vulnerable community left open the question as to whether the Court of Justice will reach the same conclusion in the future in cases involving young girls seeking asylum because of the risk of being victims of forms of violence in their Country of origin.

Moreover, it will be interesting to monitor the extent to which the ECJ's judgment will influence the ECtHR, favoring a more frequent resort to the intersectional approach endorsed in *B.S. v. Spain*[63], but not emphasized as it should have in the following case-law.

As shown in the jurisprudence examined above about minors belonging to migrant communities and young girls similarly affiliated to a minority, intersectionality is an inherent feature of the case and its denial amounts to a lack of protection of children's rights favoring a wrong interpretation of the principle of the best interest of the child.

While in Europe intersectionality has not been fully adopted by Courts yet, the scenario is significantly different in the Interamerican system of human rights.

The InterAmerican Court of Human Rights recognized, in fact, the concept of intersectionality and intersectional discrimination, as a form of differential treatment that grossly weakens individual status and rights in 2015 in *González Lluy et al. v. Ecuador*[64]. The case concerns a three-year-old girl, who has been infected with HIV as a result of a blood transfusion. In finding the violation of the InterAmerican convention, the InterAmerican Court explicitly upheld the intersectional approach, stating that in the case at issue «numerous factors of vulnerability and risk of discrimination intersected that were associated with her condition as a minor, a female, a person living in poverty, and a person living with HIV» – with the consequence that – «[t] discrimination experienced by [the victim] was caused not only by numerous factors but also arose from a specific form of discrimina-

donne (di minoranza) e il diritto di protezione sussidiaria nella prima decisione della Corte di Giustizia in tema violenza contro le donne, in *Quaderni costituzionali*, 2024, 448 ff.

[63] For a comment on the ECtHR's judgement, see, among others, M. La Barbera, M. Cruells López, *Toward the Implementation of Intersectionality in the European Multilevel Legal Praxis: B. S. v. Spain*, in *Law & Society Review*, 2019, 1167 ff.

[64] InterAmerican Court of human rights, *González Lluy et al. v. Ecuador*, 1 September 2015. The fulltext of the judgment is available here: *https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/en/vid/883975808*.

tion that resulted from the intersection of those factors; in other words, if one of those factors had not existed, the discrimination would have been different»[65].

Such an understanding of the notions of intersectionality and intersectional discrimination, as a separate form of discrimination, has not yet permeated the ECtHR's case law as it emerges in cases involving minors, but also in the increasing jurisprudence on violence against women and domestic violence.

Despite the criticisms, there is still hope that the European Court of Human Rights will begin taking into consideration the case-law of the other major regional human rights body allowing its jurisprudence to learn from the latter and to eventually fully recognize and implement intersectionality under the European Convention.

Abstract

The principle of the child's best interest, as established in the United Nations Convention on the Rights of the Child, holds a prominent role in human rights law as a substantive, interpretative, and procedural right. Within the framework of the Council of Europe, this principle is applied in cases adjudicated by the European Court of Human Rights (ECtHR), particularly concerning family ties, migration, violence, and identity. While the ECtHR has acknowledged the child's best interest, significant inconsistencies arise in its application, especially when addressing vulnerable groups such as girls and children from minority or migrant communities. Intersectionality – recognizing the compounded effects of overlapping social categories like age, gender, and ethnicity – has not been fully integrated into the ECtHR's jurisprudence, resulting in insufficient protection in cases involving such vulnerabilities. A comparative perspective highlights the broader adoption of intersectionality by the Inter-American Court of Human Rights, which has strengthened protections against intersectional discrimination. Greater consistency and inclusiveness in applying the child's best interest principle within the European human rights framework could address existing gaps, ensuring stronger safeguards for all children, particularly those at the intersection of multiple forms of discrimination.

[65] Cfr. § 290.

VI.30. *Not Just Parent*

Per un diverso approccio alle sfide del biodiritto

di Stefania Cecchini*

Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – I termini del dibattito sulla genitorialità sociale. § 3. – Sulla scelta di osservare il fenomeno attraverso il prisma del diritto antidiscriminatorio. § 4. – Per un diverso approccio alle sfide del biodiritto. Conclusioni aperte e possibili scenari.

§ 1. – *Premessa*

La presente riflessione muove dalla relazione presentata nell'ambito del Panel Costituzione e tecniche procreative. Extraterritorialità e interesse del minore, in occasione della *Final Conference Just Parent*, durante la quale sono state approfondite le principali questioni giuridiche di rilievo costituzionale discendenti dal ricorso alle tecniche procreative di cui alla legge 19 febbraio 2004, n. 40[1]. Per tale ragione, nelle prossime pagine, si è scelto di non indugiare su taluni concetti e istituti, considerati noti per un *parterre* di esperti, preferendo entrare subito *in media res*, nel tentativo di proporre una visuale differente dalla quale osservare le sfide che il biodiritto pone al modo di intendere i rapporti familiari.

Più precisamente, tra le molteplici implicazioni determinate dal fenomeno del cosiddetto turismo procreativo, vale a dire la prassi di recarsi all'estero per ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita non consentite in Italia[2], si intende soffermare l'attenzione sul mutamento terminologico che ha interessato il lessico giuridico, segnatamente quello relativo alle richieste di riconoscimento di forme di genitorialità sociale. In vent'anni di applicazione della legge n. 40, infatti, per riferirsi a questi nuovi rapporti familiari si utilizzano

* Università degli Studi di Cagliari.

[1] Legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.*

[2] F. Ferrari, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, Milano, Franco Angeli, 2023, 7, ben evidenzia come tale fenomeno possa essere considerato «uno dei numerosi profili di crisi della territorialità». Al riguardo, senza pretesa di esaustività, cfr. S. Agosta, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, in *federalismi.it*, n. 17/2021, 1-17; A. Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2021, 13-26; G. Barcellona, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, *ivi*, 59-71; M. Manetti, *L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note*, in *BioLaw*, n. 3/2021, 93-101.

locuzioni quali 'genitorialità sociale', 'genitorialità intenzionale', 'progetto genitoriale', 'progetto affettivo'. Contestualmente, dal dibattito, sono pressoché scomparsi i termini 'sessualità', 'maternità' e 'paternità', sostituiti dai "più inclusivi" 'affettività' e 'genitorialità'. Tali opzioni semantiche, che possono essere ricondotte alla scelta metodologica di approcciare il tema della genitorialità sociale esclusivamente secondo le logiche paritarie del diritto antidiscriminatorio, stimola una riflessione sulla possibilità di osservare il fenomeno da una prospettiva *polemica* che, rifuggendo da letture riduttive dell'art. 3 Cost., non svaluti *irenicamente* la differenza sessuale in nome di un genitore sociale neutro[3].

§ 2. – *I termini del dibattito sulla genitorialità sociale*

Il ricorso all'estero a tecniche di procreazione medicalmente assistita vietate in Italia, quali la surrogazione di maternità o gestazione per altri (GPA), ovvero la PMA di tipo eterologo da parte di persone single o di coppie composte da persone dello stesso sesso, fa sì che, a tutti i livelli dell'ordinamento giudiziario, pervengano domande finalizzate al riconoscimento dello *status filiationis* di minori non legati geneticamente a uno dei genitori. In particolare, a sollevare i principali problemi giuridici sono le richieste di riconoscimento degli atti di nascita formati all'estero e le istanze di adozione di minori da parte del 'genitore intenzionale', vale a dire colui che, insieme al partner, si è assunto la responsabilità genitoriale, ma che non condivide col minore alcun legame biologico[4].

[3] Il riferimento è, evidentemente, al celebre saggio di M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, IV, 2006, 1643-1668.

[4] Provando a ricostruire le ipotesi più frequenti nella giurisprudenza comune, si possono delineare le seguenti fattispecie: a) richieste, formulate da coppie di due donne (coppie lesbiche), di trascrizione dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero; b) richieste, formulate da coppie di due uomini (coppie gay), di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero del minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità; c) richieste, formulate da coppie di due donne (coppie lesbiche), di formazione di un atto di nascita con l'indicazione di due madri (madre biologica e madre intenzionale). Più precisamente, a) nell'ipotesi di riconoscimento dell'atto estero, l'ordinamento italiano si limita a consentire la produzione degli effetti dell'atto così come previsti e regolati dall'ordinamento di provenienza, nei limiti in cui la relativa disciplina risulti compatibile con l'ordine pubblico; b) nell'ipotesi di richiesta di trascrizione da parte di coppie gay viene in rilievo il divieto di ricorso alla surrogazione di maternità posto dall'art. 12, comma 6, L. n. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico; c) nell'ipotesi di richiesta di indicazione di due madri nell'atto di nascita del minore, ovvero di aggiungere in un momento successivo alla formazione dell'atto l'indicazione anche della madre intenzionale, il divieto di formare in Italia un atto di nascita recante l'indicazione della doppia maternità discende non soltanto dall'art. 5 L. n. 40/2004, ma anche dal sistema di filiazione delineato dal codice civile e dall'ordinamento di stato civile di cui al d.P.R. n. 396 del 2000.

Più precisamente, nonostante l'utilizzo indistinto delle espressioni 'coppie' e 'diritti omogenitoriali', gli orientamenti giurisprudenziali su tali richieste variano a seconda del sesso dei componenti della coppia e del luogo di nascita del bambino, poiché, per ancora insuperabili ragioni biologiche, nella coppia composta da donne *almeno* una delle due può essere la madre biologica del minore[5], mentre, nel caso della richiesta di trascrizione dell'atto di nascita da parte di una coppia di uomini interviene il divieto di ricorso alla surrogazione di maternità di cui all'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004[6].

Nelle prime ipotesi, i giudici di merito tendono a riconoscere il rapporto di filiazione tra il minore e la madre intenzionale, in forza della tesi per cui, nella valutazione in concreto dell'interesse del minore, l'orientamento sessuale della coppia non debba poter pregiudicare l'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale[7]. Nei casi in cui la medesima richiesta provenga da una coppia composta da uomini, invece, i giudici tendono a negare il legame col padre intenzionale, in forza di una lettura particolarmente restrittiva delle norme

[5] Insisto sull'avverbio *almeno* in quanto non è infrequente che il minore sia biologicamente legato ad entrambe le donne: una che lo partorisce, ed è madre ai sensi dell'art. 269, comma 3 c.c., (madre uterina) e l'altra che ha prestato l'ovocita impiantato e fecondato nell'utero della compagna (madre genetica). Diverso è, invece, il caso del ricorso alla surrogazione di maternità. Quest'ultima, infatti, rispetto alle tecniche di PMA di tipo eterologo cui ricorrono le coppie lesbiche, necessita non soltanto dell'esecuzione di un'inseminazione artificiale di tipo omologo o eterologo per il momento fecondativo, ma anche di una gestazione di nove mesi e di un parto compiuti da una donna per conto di altri. La surrogazione di maternità, coinvolgendo una donna estranea alla coppia che condivide il *progetto genitoriale*, è potenzialmente in grado di determinare la scissione della *maternità* in tre diversi ruoli: la *madre gestante*, *genetica* e *sociale*. La prima, anche detta madre uterina o biologica, infatti, è colei che porta avanti la gestazione e partorisce. La madre genetica, invece, in genere è anonima ed è colei che mette a disposizione gli ovociti. Infine, ove la coppia committente fosse eterosessuale, la madre sociale, o *committente*, è colei che ha espresso, insieme al proprio partner, la volontà di assumere in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio appena nato.

[6] L. n. 40/2004, art. 12, comma 6: «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». Sul punto, *ex multis*, cfr. M. Caldironi, *Lo status giuridico del minore: la necessità di una ricostruzione unitaria all'interno dell'Unione*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, 131-142; M.P. Iadicicco, *«Cosa resta del padre?». A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2024, 249-265.

[7] Tale primo orientamento, prevalente ma non esclusivo nella giurisprudenza di merito, considera percorribile un'interpretazione del quadro normativo che ammetta il riconoscimento del rapporto anche con la madre intenzionale, in considerazione della preminente esigenza, costituzionalmente garantita, di tutelare la condizione giuridica del nato, conferendogli certezza e stabilità. Con particolare riferimento alle richieste presentate da coppie composte da due donne, cfr. Tribunale di Rimini, decreto 3 dicembre 2019, Tribunale di Genova, decreto del 4 novembre 2020, Tribunale di Brescia, decreto 11 novembre 2020, dal Tribunale di Cagliari, sentenza n. 1146 del 28 aprile 2020, confermata dal decreto 16 aprile 2020 della Corte d'appello di Cagliari, dalla Corte d'appello di Roma, decreto 27 aprile 2020, dal Tribunale di Roma, decreto del 18 aprile 2021 che ha imposto al Comune di Roma di annotare l'atto con due mamme già formato da altro Comune.

da cui si ricava il divieto di forme di omogenitorialità[8]. Difatti, diversamente da quanto accade con riferimento alla omogenitorialità femminile, che non implica (almeno non necessariamente) anche la surrogazione nella gestazione[9], nel caso di minore nato a seguito del ricorso alla surrogazione di maternità, interviene il divieto sanzionato penalmente dall'art. 12, co. 6, della legge n. 40/2004, «qualificabile come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione»[10].

[8] Oltre al già richiamato art. 5 L. n. 40/2004, il divieto in discorso viene desunto dall'art. 1, comma 20, della Legge 20 maggio 2016, n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, che vieta espressamente alla coppia fondata su un'unione civile di poter presentare domanda di adozione di un minore in stato di abbandono (potendo accedervi solo le coppie formate da persone di sesso diverso e coniugate), nonché dal sistema di filiazione delineato dal codice civile e dall'ordinamento di stato civile di cui al d.P.R. n. 396 del 2000, in quanto il legislatore italiano mostra una certa cautela nel conferire pieno riconoscimento giuridico a rapporti genitoriali slegati dal dato biologico, al punto che genitorialità naturale e ipotesi di genitorialità sociale si pongono in rapporto di regola-eccezione, essendo queste ultime espressamente tipizzate. Questa è l'interpretazione seguita, ad esempio, dal Tribunale di Padova che, ritenendo di non poter interpretare in maniera costituzionalmente orientata l'art. 8 della legge n. 40 del 2004, ha sollevato innanzi alla Corte costituzionale la questione decisa con la sentenza n. 32 del 2021. Nello stesso senso, anche Cassazione civile, sezione I, 3 aprile 2020, n. 7668 e 22 aprile 2020, n. 8029, secondo cui ««non può condividersi il tentativo di astrarre» il disposto degli artt. 8 e dell'art. 9 legge n. 40 del 2004 dal contesto in cui sono collocati e, pertanto, «il riconoscimento di un minore concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto […] con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico» (*Ragioni della decisione 5.5.*). Da ultimo, il 6 febbraio 2024, la Corte d'Appello civile di Milano, sezione famiglia, ha accolto il ricorso della Procura milanese contro i decreti del Tribunale di Milano che, il 23 giugno 2023, avevano ritenuto valide le trascrizioni dei riconoscimenti dei figli di tre coppie di donne, nati con procreazione assistita effettuata all'estero. I giudici di secondo grado hanno dichiarato illegittime le iscrizioni sul Registro dello stato civile degli atti di nascita della doppia maternità del bambino.

[9] Al riguardo, A. Figone, *Atto di nascita con due mamme: ancora un no dalla Suprema Corte*, in *Ilfamiliarista.it*, n. 3/2020, evidenzia che «il desiderio di genitorialità, nella coppia omoaffettiva, può realizzarsi anche in altri modi, che privilegiano quella "lesbica", in ragione della gestazione e del parto che rimangono, per legge di natura, prerogative della sola donna».

[10] Cass. civ., Sezioni Unite, sent. 6 novembre 2018, n. 12193, depositata l'8 maggio 2019, 41. Con questa pronuncia, le Sezioni Unite hanno risolto la situazione di incertezza interpretativa creata da Corte di Cassazione, sez. I civ., 11 novembre 2014, n. 24001 e da Cassazione, sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599. Nel conflitto tra ordinamento del caso concreto secondo la legge italiana che vieta il ricorso alla surrogazione di maternità e ordinamento del caso concreto disciplinato dalla normativa straniera che, al contrario, ne riconosce la legittimità, i giudici ravvisano quale «unico requisito normativo la cui sussistenza è in discussione ai fini del riconoscimento, la compatibilità con l'ordine pubblico» (Cass. civ., I sez., ordinanza 22 febbraio 2018, n. 4382). Sui diversi significati attribuiti al limite di ordine pubblico, sia consentito rinviare alle riflessioni sviluppate in S. Cecchini, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale,* in *BioLaw Journal,* n. 2/2019, spec. 338-342. Sulla decisione delle Sezioni Unite, cfr. F. Ferrari, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *BioLaw Journal,* n. 2/2020, 169-193; F. Angelini, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 186-211; U. Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surro-*

Ciononostante, quando si discutono i temi della genitorialità sociale, la differenza sessuale viene, in radice, eliminata dal dibattito in nome di una lettura, per così dire, olistica del principio di eguaglianza[11]. Ogniqualvolta si cerchi di leggere attraverso la lente dell'eguaglianza il diritto a essere genitore, infatti, la differenza sessuale, che nella materia *de qua* si traduce, come si è visto, nella differente portata del limite dell'ordine pubblico, emerge prepotentemente, in quanto essa trova nei temi della procreazione e della famiglia un sicuro e imprescindibile referente, come ebbe già a dimostrare la vicenda sulla liberalizzazione dell'aborto.

A quel tempo, infatti, le rivendicazioni delle donne sul controllo del proprio corpo e sulla decisione libera in ordine alla maternità avevano determinato una scissione tra i concetti di 'procreazione' e 'sessualità', slegando il corpo femminile dalla mera funzione riproduttiva e concorrendo all'affermazione del diritto alla libertà sessuale[12]. Successivamente, le istanze di non discriminazione sollevate dalle persone omosessuali hanno contribuito a determinare un'altra scissione: quella tra 'sessualità' e 'affettività'[13]. La circostanza che la coppia omosessuale sia composta da persone del medesimo sesso, e che dunque non possa riprodursi naturalmente, ha fatto sì che si dovesse ricorrere a un altro referente terminologico – 'affettività' – sganciato dal dato biologico, e legato a quello sociale, capace di ricomprendere i molteplici modi di formare una famiglia. Una scelta lessicale che consente di adombrare l'asimmetria che intercorre tra l'essere donna-madre, da una parte, e l'essere uomo-padre, dall'altra, e che risulta, dunque, capace di neutralizzare una differenza ritenuta discriminatoria[14].

Per cogliere la portata di tale fenomeno, è sufficiente raffrontare i termini del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza ('donna', 'maternità', 'natalità', 'persona', 'vita umana'), con quelli ricorrenti nei discorsi sulle tecniche di procreazione assistita ('progetto

gazione di maternità, in *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, n. 4/2019, 737-756; M. Trescaro, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2021, 41-58; M. Manetti, *L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note*, *ivi*, 93-101.

[11] La definisce olistica A. D'Aloia, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2021, 85.

[12] Come è noto, l'indissolubile rapporto tra corpo femminile e riproduzione della specie si poneva alla base della disciplina giuridica contenuta nel Codice penale del 1930, al Libro II, Titolo X, «Dei Delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe», che prevedeva il reato di incitamento a pratiche contro la procreazione (o alla propaganda a favore di esse) e il reato di aborto. Al riguardo, cfr. Corte cost., sent. n. 27 del 1975 e sent. n. 561 del 1987.

[13] A. Zanotti, *La vita a comando*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 3/2021, 700.

[14] S. Niccolai, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuale alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, 35, parla di «pregiudiziale discriminatoria» con riferimento all'argomento «che sostiene che per i bambini sarebbe bene crescere in una coppia eterosessuale punta sul fatto che il bambino trova in essa un genitore 'dell'altro sesso'».

genitoriale', 'progetto affettivo', 'progetto omoaffettivo', 'legame affettivo', 'continuità degli affetti', 'genitorialità intenzionale', 'genitorialità sociale'*).* Il mutamento terminologico che ha interessato i discorsi sul biodiritto induce, inevitabilmente, a interrogarsi sul campo semantico tracciato da ciascuno di questi termini.

Se si prova a spogliare le parole del loro contenuto ideologico, o *valutativo*, e ci si concentra sul loro significato *descrittivo*, si possono individuare i diversi, e talora opposti, interessi sottesi a ciascuna di esse[15]. Si tratta, evidentemente, di un'operazione particolarmente complessa in ragione, anzitutto, del forte dissenso in ordine ai principi e interessi sottesi a ciascuna parola, i quali, a loro volta, si rifanno a modelli culturali più o meno radicati nel tessuto sociale[16]. Il significato di ciascun termine può, infatti, variare a seconda che si accetti o si rifiuti un modello culturale che considera 'procreazione' e 'maternità' come funzioni meramente generative, ovvero un modello che le ritiene la conseguenza di scelte volontarie. Ove si accolga, ad esempio, un modello culturale che contempla la sessualità come mera funzione riproduttiva, nel momento in cui si controverte sui diritti delle coppie omosessuali alla genitorialità, va da sé che, per le ricordate insuperabili ragioni biologiche, il termine 'sessualità' debba cedere il passo alla parola 'affettività'.

[15] Sull'analisi del linguaggio giuridico in senso descrittivo e valutativo, cfr. H.A.L. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Strandford, Strandford UP, trad. it., G. Gavazzi (a cura di), *Diritto, morale e libertà*, Acireale, Bonanno, 1968; L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen. Philosophical investigations*, Oxford, Oxford UP, 1958, trad. it. M. Trinchero (a cura di), *Ricerche filosofiche*, Torino, Einaudi, 1967. In argomento, tra i tanti, cfr. R. Gilardi, *Teoria linguistica e semantica delle proposizioni valutative*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, n. 2/1982, 285-320; A. Bausola, *L'analisi del linguaggio valutativo secondo E. W. Hall*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, n. 4-5/1968, 410-440. Quanto ai problemi relativi al rapporto tra filosofia morale e teoria linguistica sollevati dai temi del biodiritto, cfr. R.M. Hare, *Freedom and Reason*, Oxford, Oxford UP, 1963, trad. it, M. Borioni (a cura di), *Libertà e ragione*, Milano, il Saggiatore, 1971. Con peculiare riferimento al significato descrittivo, valutativo e prescrittivo dell'eguaglianza, cfr. N. Bobbio, *Eguaglianza ed egualitarismo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1976, 322-323. Ai fini della presente analisi, occorre ricordare che il pensiero della differenza sessuale ha criticato il significato *valutativo* dell'eguaglianza, vale a dire l'idea in base alla quale essere uguali agli uomini significa «essere (o dover essere) trattati come gli uomini», dove questi ultimi hanno sempre costituito il parametro di riferimento, e ha proposto una valorizzazione della differenza sessuale. L. Gianformaggio, *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?*, in G. Bonacchi, A. Groppi (a cura di), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Roma-Bari, Laterza, 1993, 214-240, sottolineava che alcune condizioni umanamente non eliminabili, per le quali ci si pongono problemi di protezione attraverso il diritto, richiedono non necessariamente un trattamento giuridico differenziato, ma piuttosto «il mutamento del "tipo", vale a dire del modello o paradigma di individuo sulla considerazione delle cui capacità ed esigenze sono conformate le norme e gli istituti giuridici». Questo è proprio uno dei messaggi del pensiero della differenza e della polemica contro l'eguaglianza intesa come *sameness*. Per un'analisi più approfondita di tale filosofia di pensiero, sia consentito rinviare a S. Cecchini, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, spec. 22-42.

[16] Al riguardo, cfr. M. Luciani, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, 1061-1062.

Attraverso un'analisi siffatta, si può, dunque, ricondurre la sostituzione dei termini 'sessualità', 'maternità' e 'paternità', in favore di espressioni come 'affettività' e 'genitorialità', alla scelta di affrontare il problema delle nuove forme di genitorialità esclusivamente attraverso le categorie del diritto antidiscriminatorio. Più precisamente, nell'idea per cui il «divieto di accesso alla PMA da parte di persone dello stesso sesso» costituirebbe «una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, lesiva della dignità della persona umana»[17], si può cogliere la tendenza ad approcciare il fenomeno della genitorialità sociale secondo le logiche tipiche del diritto antidiscriminatorio, le quali portano a considerare equipollenti e fungibili tutte le posizioni coinvolte dalle richieste di riconoscimento in discorso.

§ 3. – *Sulla scelta di osservare il fenomeno attraverso il prisma del diritto antidiscriminatorio*

Dietro la scelta di azzerare la differenza che intercorre tra coppie composte da uomini, da donne e coppie composte da un uomo e una donna, sembrerebbe celarsi l'idea per cui la madre e il padre siano figure del tutto fungibili al punto da elidersi nel concetto più neutro di 'genitorialità'. La mera equivalenza tra madre e padre che emerge nel dibattito su tali rivendicazioni (omo)genitoriali presuppone la predilezione per un modello di *omologazione giuridica* delle differenze, in cui le donne hanno gli stessi diritti degli uomini in quanto sono considerate, o si finge che siano, come gli uomini e ad essi si assimilano negli stili di vita e di comportamento[18]. A tale modello, si ispirano tanto il diritto antidiscriminatorio tradizionale quanto le più recenti declinazioni della *Equal Protection.*

La protezione antidiscriminatoria tradizionale, che si ritiene affondi le proprie radici nella sentenza *Brown vs Board of Education* del 1954, con cui la Corte Suprema dichiarò in contrasto con il XIV Emendamento le leggi segregazioniste in quanto *inherently un-equal*, è quella che ha, poi, trovato terreno fertile nelle politiche promosse dalle Istituzioni europee. Fondato sul previgente art. 119 (attuale art. 141) del Trattato istitutivo, che assicurava alle donne la parità di retribuzione

[17] Corte cost., sent. n. 221 del 2019, *Ritenuto in fatto* 2.1.

[18] L. Ferrajoli, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza,* in *Dem. e dir.*, n. 2/1993, 51, chiariva che, in tale modello, «le differenze – a cominciare dalla differenza sessuale – vengono svalorizzate e negate, ma non perché talune sono concepite come valori ed altre come disvalori, ma perché tutte sono svalutate e ignorate in nome di un'astratta affermazione di uguaglianza». Per una ricostruzione puntuale di tale modello, cfr. M. Minow, *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 48, No. 2, 1984 e Idem, *Making all the difference. Inclusion, exclusion and American Law*, Itacha-London, Cornell UP, 1990.

per lavoro uguale a quello degli uomini, il diritto antidiscriminatorio europeo nasce al fine ad assicurare l'efficienza del sistema economico nell'ottica della realizzazione del mercato comune[19]. L'impianto utilitaristico sotteso alle politiche antidiscriminatorie europee ha contribuito al radicamento dell'idea per cui il diritto costituisce uno strumento di allocazione e redistribuzione del potere, capace di influire sui rapporti di forza tra i generi e, dunque, di rimuovere tutti gli stereotipi storicamente associati a quello femminile[20]. Su tale assunto, si sono successivamente sviluppate, per un verso, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che considera discriminatorie tutte le tutele riconosciute dalle legislazioni nazionali alle donne che non fossero riconducibili al fattore biologico della gravidanza[21], e, per altro verso, le direttive antidiscriminatorie europee nonché le legislazioni nazionali, compresa la nostra, all'interno delle quali si coglie la predilezione per il divieto di discriminazione, ritenuto «in grado di assicurare ai singoli "veri e propri" diritti di eguaglianza»[22].

Negli ultimi decenni, il diritto antidiscriminatorio ha subito quella che è stata definita una «svolta dignitaria»[23], in forza della quale la

[19] M. Bell, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, Oxford UP, 2002, spec. 6, ss; E. Ellis, *EU Anti-discrimination law*, Oxford, Oxford UP, 2005. Al riguardo, relativamente ai limiti discendenti dalla scelta di approcciare il tema della genitorialità esclusivamente attraverso le categorie del diritto antidiscriminatorio, si condividono le riflessioni di S. Niccolai, *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea. Spunti a partire dal metodo aperto di coordinamento*, in *Pol. dir.*, n. 4/2006, 573-628; Idem, *Le differenze come cose o come valutazioni. La lezione interpretativa degli scritti di Sergio Panunzio sull'età e la capacità*, in F. Cerrone, M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio: profilo intellettuale di un giurista. Atti della Giornata di studi, Perugia, 16 giugno 2006*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, 485 ss.; Idem, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, in *Dir. e Soc.*, n. 2/2014, 313-353.

[20] A partire dalla nota sentenza 8 aprile 1976, *Defrenne* c. *Sabena*, C-43/75, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato, in via pretoria, la diretta applicazione del principio di non discriminazione salariale, qualificandolo uno dei principi fondamentali della Comunità, nell'ottica del rilancio di una dimensione sociale del mercato comune europeo. Sulla scia della sentenza *Defrenne*, cfr. *Stoeckel*, causa C-345/89, sent. 25 luglio 1991; *Kreil*, causa C-285/98, sent. 11 gennaio 2000; Brunnhofer, causa C-381/99, sent. 26 giugno 2001.

[21] A partire dalla decisione *Commission vs France* del 1988, con cui considerò discriminatoria la previsione francese che consentiva alle madri mezza giornata di permesso il primo giorno di scuola del figlio, passando per la condanna dell'Italia per non aver abolito il divieto di lavoro notturno per le donne la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è mostrata costante nel considerare discriminatorie tutte le tutele riconosciute dalle legislazioni nazionali alle donne che non fossero riconducibili al fattore biologico della gravidanza. Al riguardo, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa 312/86, sent. 25 ottobre 1988; sent. 4 dicembre 1997, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, C-207/96, condannò l'Italia per aver mantenuto in vigore l'art. 5 della l. n. 903 del 1977 che, violando l'art. 5 della Direttiva europea 76/207 CEE (*Parità di trattamento tra uomini e donne nelle condizioni di lavoro*), manteneva nell'ordinamento giuridico italiano la vigenza di una discriminazione fondata sul sesso. Al riguardo, cfr. Corte cost., sentt. n. 210/1986 e n. 246/1997. Sul punto, cfr. M.V. Ballestrero, *La Costituzione e il lavoro delle donne. Eguaglianza, parità di trattamento, pari opportunità,* in M. Gigante (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, 94.

[22] S. Niccolai, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, cit., 331.

[23] *Ivi*, cit., 337.

tutela della dignità è divenuta la *ratio* della "nuova" protezione antidiscriminatoria, volta ad assicurare non tanto beni e diritti, quanto *status* e condizioni capaci di conferire riconoscimento sociale a determinate scelte e azioni[24]. A differenza del discorso antidiscriminatorio classico, in cui il criterio per conferire tutela coincideva con l'essere una minoranza vittima di uno svantaggio storico che si concretizzava nella negazione dei diritti fondamentali, nella nuova *Equal Protection* il *discrimen* diviene la pretesa «a un ideale minimum standard della vita dignitosa»[25], il cui termine di paragone è ciò che è considerato normale e dignitoso. Nel tentativo di affermare il superamento del proprio *economic aim*, anche il diritto antidiscriminatorio europeo sembrerebbe essersi orientato verso la promozione di una maggiore protezione della dignità[26].

A questa *nuova* configurazione del diritto antidiscriminatorio paiono, dunque, potersi ascrivere le rivendicazioni delle coppie omosessuali alla genitorialità. Le eterogenee istanze di riconoscimento del legame col minore rivelano il perpetuo tentativo di ottenere l'ampliamento dei beneficiari di alcuni diritti (nel caso di specie quelli genitoriali), alle stesse identiche condizioni di coloro che, già, di quei diritti dispongono. Anche la nuova tutela antidiscriminatoria risulta idonea ad attivare un moltiplicatore neutro di trattamenti, *status* e condizioni che considera irrilevante la differenza sessuale, considerata un ostacolo al raggiungimento della parità, al punto da elidere differenze che, invece, contano: le differenze tra PMA eterologa e surrogazione di maternità; tra diritto di diventare genitori e di svolgere le funzioni genitoriali; tra la relazione materna e quella paterna[27].

[24] K. Yoshino, *The New Equality Protection*, in *Harvard Law Review*, 2011, 747 ss. E, con riferimento agli studi sulla dignità quale nuova frontiera dell'*Equal protection* nel Regno Unito, cfr. G. Moon, R. Allen, *Dignity Discourses in Discrimination Law: a Better Route to Equality?*, in *Europ. Law Rev.*, 2006, 610 ss.

[25] S. Niccolai, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, cit., 337.

[26] Al riguardo, basti pensare alle Direttive del 2000 che hanno introdotto quale nuova figura di discriminazione le molestie, qualificate come offesa alla dignità. Nella nozione di discriminazione vengono introdotte, rispettivamente dalle Direttive 43 e 78 del 2000 e dalla Direttiva 73 del 2002, le «*molestie*» e le «*molestie sessuali*». Le prime si concretizzano in un comportamento indesiderato che abbia lo scopo o l'effetto «di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo». Le seconde, invece, si caratterizzano per la connotazione sessuale del comportamento posto in essere, che può essere espresso in forma verbale, non verbale o fisica, e che ha il precipuo scopo o l'effetto di ledere la dignità di una persona. Sul punto, cfr. M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio tra innovazione e continuità*, in Idem (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007, XII ss., A. Lorenzetti, *Il diritto antidiscriminatorio europeo: genesi ed evoluzione*, in B. Pezzini (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole. Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, Bergamo, Sestante, 2012, 101-118.

[27] L. Muraro, *L'ordine simbolico della madre*, Roma, Editori Riuniti, 1991; E. Olivito, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2021, 10 ss.

§ 4. – *Per un diverso approccio alle sfide del biodiritto. Conclusioni aperte e possibili scenari*

La scelta di leggere il fenomeno in discorso esclusivamente attraverso il prisma della tutela antidiscriminatoria, financo nella sua *nuova* versione dignitaria, non pare assicurare quelle prestazioni di certezza, efficacia e prevedibilità che solitamente si ascrivono al divieto di discriminazione. Anzi. Vi è molta confusione nelle questioni concernenti la genitorialità sociale, come dimostra la contraddittorietà attorno all'importanza ascritta alla discendenza biologica, cui sono preordinate tutte le tecniche procreative, ma che perde di rilevanza quando si tratta del legame biologico con il donatore di gameti (nei casi di PMA eterologa) o con la madre surrogata (nelle ipotesi di GPA), i quali devono restare nell'anonimato.

Dalle argomentazioni giudiziarie, emerge, infatti, una profonda spaccatura ideologica tra la prevalenza della verità biologica su quella sociale, da una parte, e la tutela dell'identità del minore, concretizzatasi nell'instaurazione di un legame affettivo con il genitore intenzionale cui deve essere garantita continuità, dall'altra[28]. Se, infatti, per un verso, la verità biologica costituisce elemento imprescindibile su cui si fonda tutta la disciplina del consenso di cui alla legge n. 40, per altro verso, l'accertamento del dato biologico non è considerato un valore di rilevanza costituzionale assoluta tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento con gli altri interessi coinvolti, tra tutti quello alla conservazione dello *status*, e tale bilanciamento è demandato al giudice caso per caso[29].

Dal punto di vista del diritto costituzionale, la scelta di applicare il modello di omologazione giuridica delle differenze equivale a sconfessare lo stesso impianto personalista posto a base della Costituzione, che «àncora la legislazione a rispondere a bisogni radicati nella concretezza della dimensione umana»[30]. Rinunciare a far riferimento alla differenza sessuale che intercorre tra l'essere madre e l'essere padre, in nome di un artificiale soggetto sociale neutro, significa rinunciare, per un verso, al *favor* costituzionale per la formazione della famiglia di cui all'art. 31 Cost., che «riguarda la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore»[31], e, per altro verso, al principio di pari dignità sociale

[28] F. Pistelli, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023.

[29] Cass., Sez. Un., 6 novembre 2018, n. 12193, depositata l'8 maggio 2019, 37.

[30] S. Niccolai, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuale alla procreazione*, cit., 53.

[31] Corte cost., sent. n. 221 del 2019, *Cons. dir.* 15. Al riguardo, cfr. M. Picchi, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 2/2020.

contenuto nell'art. 3 Cost. Ridurre l'eguaglianza a una mera equipollenza di situazioni differenti, infatti, significa recidere alla radice il suo legame con la ragionevolezza e, dunque, con l'idea, rinvenibile in parte già nella *isonomia* greca, per cui trattare tutti allo stesso modo non fa altro che continuare a conservare e accrescere le diseguaglianze.

Ebbene, alla luce di tali considerazioni, occorre interrogarsi sul *se* e *quali* margini residuino per provare a rileggere tali istanze da una visuale attenta alla differenza sessuale, in ossequio a quanto prescritto dal principio normativo di eguaglianza[32]. Ad avviso di chi scrive, adottare una prospettiva diversa e ulteriore rispetto a quella antidiscriminatoria consentirebbe al dibattito sulla genitorialità sociale di svilupparsi lungo delle direttrici capaci di tenere in adeguata considerazione i plurimi interessi coinvolti nelle richieste di genitorialità.

Più precisamente, gli approdi, cui potrebbe pervenire il dibattito, sono tre.

In primo luogo, una prospettiva di analisi attenta alla differenza sessuale permetterebbe di evidenziare lo scarto che esiste tra un approccio improntato sul solo diritto antidiscriminatorio, che soltanto astrattamente intende assicurare prestazioni di certezza, efficacia e prevedibilità, e un approccio fondato, invece, sul «vecchio principio logico aristotelico per cui occorre trattare in modo eguale l'eguale e diverso il diverso»[33], che si concretizza nel controllo di ragionevolezza delle scelte legislative[34]. Difatti, chiedersi *se*, nella tematizzazione della genitorialità sociale, la differenza sessuale debba o meno essere giuridicamente significativa equivale a porsi una domanda sbagliata: la questione è capire *come* tale differenza debba essere espressa[35]. Spesso ci si pone la domanda sbagliata, in quanto si tende a credere che si debba necessariamente scegliere tra la femminilità intesa come subordinazione e l'«individuo» in apparenza sessualmente neutro. A ben riflettere, invece, è la stessa Costituzione a presupporre una diversità tra i sessi che si esplica, anzitutto, nei temi della famiglia e della procreazione. Se, infatti, si muove dall'idea per cui esiste un solo e indistinto 'diritto delle coppie omosessuali alla genitorialità', in cui i ruoli di madre e padre nella riproduzione e nella relazione col minore sono del tutto equivalenti, allora l'individuazione di discipline giuridiche differenziate appare non soltanto particolarmente complessa, ma persino

[32] Parafrasando R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Harvard UP, 1977, si potrebbe parlare di un monito a prendere sul serio l'eguaglianza giuridica. Al riguardo, per tutti, cfr. L. Gianformaggio, *Correggere le diseguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?*, in *Dem. e dir.*, n. 1/1996, 53-71.

[33] S. Niccolai, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, cit., 330.

[34] A. Ruggeri, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 4/2006, 531-572.

[35] C. Pateman, *Il contratto sessuale*, Roma, Editori Riuniti, 1997.

irragionevole. Viceversa, se, come qui si propone, si tiene conto della diversità dei sessi e delle implicazioni che da tale diversità discendono, allora la configurabilità di interventi normativi differenziati risulta non soltanto ragionevole, ma financo necessaria.

In secondo luogo, la prospettiva qui suggerita consente di mettere in discussione la tesi per cui la tutela del migliore interesse del minore passi necessariamente per il suo accertamento giudiziale[36]. La circostanza che si rimetta al controllo giurisdizionale, in forza del principio del *non liquet*, la definizione del bilanciamento tra i molteplici interessi in gioco sembrerebbe ignorare, o fingere di ignorare, la necessità di una scelta politica capace di misurarsi con il potere[37]. E siccome il conflitto tra i sessi altro non è che una storia millenaria di lotta per il potere[38], quando si controverte su questioni involgenti la sfera più intima e profonda dell'esperienza umana, non pare ci si possa accontentare di un riconoscimento dei diritti in sede giurisdizionale. Sotto questo aspetto, la prospettiva antidiscriminatoria offre una visione molto ottimistica e semplicistica del problema, in quanto contribuisce a «svalutare la significatività della decisione politica democratica»[39]. Viceversa, rileggere il fenomeno della genitorialità sociale da una visuale attenta alla differenza sessuale consentirebbe al legislatore di «rispondere a bisogni radicati nella concretezza della dimensione umana»[40], tenendo in adeguata considerazione la complessità in cui, di volta in volta, tale dimensione può realizzarsi.

In terzo e ultimo luogo, un approccio siffatto potrebbe consentire di scongiurare i rischi cui può condurre, nel lungo periodo, la neutralizzazione della differenza sessuale sotto le mentite spoglie di sedicenti forme di egualitarismo. Si pensi, per tutti, ai rischi discendenti dalla riproposizione di schemi di gestione del potere (riproduttivo) tipicamente patriarcali, che possono ripercuotersi negativamente non soltanto sulla libertà sessuale femminile, ma anche sugli stessi diritti del minore. A lungo andare, l'azzeramento delle differenze che intercorrono tra coppie lesbiche e coppie gay nella riproduzione, non soltanto potrebbe far retrocedere il dato biologico innanzi all'idea per cui la genitorialità ha nella coppia (a prescindere dal suo sesso) la sola pro-

[36] M. Luciani, *Relazione di sintesi*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, 625 ss., quasi vent'anni fa, già evidenziava come le società contemporanee si siano «abituate ad esaurire il problema dei diritti in quello del loro accertamento».

[37] M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., spec. 1667 ss.

[38] A partire da tale assunto, C. Pateman, *Il contratto sessuale*, cit., ha reinterpretato la teoria politica moderna del contratto sociale mettendo in discussione le interpretazioni convenzionali dei contratti attraverso una prospettiva volta a rendere evidenti le contraddizioni e i paradossi che concernono le relazioni tra i sessi.

[39] M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1660.

[40] S. Niccolai, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuale alla procreazione*, cit., 53.

pria ragion d'essere, ma potrebbe incentivare un sentimento di «invidia del materno e del potere procreativo delle donne»[41], che, come è noto, trova nelle logiche patriarcali la sua massima espressione. Al contempo, ignorare le differenze tra PMA eterologa e GPA, ovvero far scomparire dal dibattito la madre surrogata, a prescindere dalla sua condizione economica e/o dalla volontarietà delle proprie scelte, potrebbe determinare una compressione significativa del diritto del minore alla conoscenza delle proprie origini, oltre che privarlo completamente della relazione materna.

In conclusione, riprendendo il titolo della *Final Conference* che ha stimolato queste riflessioni, considerare tutti "solo genitori" forse non consente di regolamentare in maniera efficace i plurimi interessi coinvolti nelle richieste di genitorialità. Si tratta di un approccio che, sebbene animato dalla volontà di garantire una parità effettiva tra i genitori (biologici e intenzionali) nella relazione col minore, si presta a scontare i medesimi limiti che caratterizzano le logiche omologanti del diritto antidiscriminatorio. Viceversa, muovere dalle differenze che intercorrono tra le tecniche procreative, tra le coppie e le relative istanze di tutela, sebbene richieda al legislatore un maggiore sforzo nella elaborazione di discipline giuridiche differenziate, permette di tenere conto di tutti i termini del dibattito, contribuendo, così, a incentivare una cultura di accettazione delle differenti condizioni personali.

Abstract

In the scholarly debate that has developed over two decades of implementation of Law No. 40 of 2004, locutions such as social parenting, intentional parenting, parental project, affective project are used to refer to family relationships made possible by new procreative techniques. At the same time, the terms sexuality, maternity and paternity have all but disappeared from the legal lexicon, replaced by the "more inclusive" terms affectivity and parenting. Such semantic options can be traced to the methodological choice of approaching the topic of social parenting solely according to the equalitarian logics of anti-discrimination law. This paper questions the possibility of observing the phenomenon from a perspective that, eschewing reductive readings of Article 3 Const. does not devalue sexual difference in the name of neutral social parenting.

[41] *Ivi*, 15.

VI.31. *Donazioni online, anonime, illimitate*

Storie di donatori, riceventi e nati da donazione per una miglior regolamentazione della fecondazione assistita di tipo eterologo

di Alessandra Pellegrini De Luca*

Sommario: § 1. – Perché in Italia si dona lo sperma anche su Facebook. § 1.1. – I rischi delle donazioni informali e le tutele previste dai canali regolamentati. § 1.2. – Le ragioni di chi sceglie di ricorrere alle donazioni informali. § 2. – L'anonimato delle donazioni di gameti esiste solo sulla carta. § 2.1. – Le norme di riferimento in Italia. § 2.2. – Chi ha rimosso l'anonimato dei donatori e delle donatrici di gameti. § 2.3. – Storie di incontri tra donatori, donatrici e persone nate da donazione. § 3. – Donazioni illimitate. § 3.1. – E in Europa e in Italia?

§ 1. – *Perché si dona lo sperma anche su Facebook*

Negli ultimi anni, in Italia come all'estero, molte persone hanno avuto figli, o hanno tentato di averli, attraverso le donazioni di sperma online, la pratica cioè con cui su social network, siti e forum gli uomini si propongono per donare il proprio sperma all'infuori delle norme e delle tutele previste dalla legge, a donne single o a coppie, eterosessuali o lesbiche. Le donazioni di sperma online e le ragioni per cui esistono sono state raccontate da diverse testate giornalistiche[1], e sull'argomento sono stati avviati anche due progetti di ricerca, rispettivamente all'Università di Sheffield[2] e all'Università Leeds Beckett[3]. In Italia, benché siano ampiamente praticate da molte persone, le donazioni di sperma online sono pressoché ignorate dal dibattito pubblico, come molte altre questioni relative alla fecondazione assistita.

Prima di approfondire i motivi per cui molte persone scelgono di ricorrere a questa pratica, oltre che i rischi che comporta, guardiamo a cosa succede esattamente quando una donna o una coppia ricorrono a

* Giornalista della testata *Il Post*.

[1] *www.ilpost.it/2022/08/21/donatori-sperma-online-italia-legge-40-fecondazione-assistita-eterologa/*; *https://www.bbc.com/news/stories-56182987*; *https://www.theatlantic.com/family/archive/2021/05/free-sperm-donation-groups-facebook/618941/*; *https://webdoc.france24.com/france-black-market-sperm/*.

[2] *Digital DC Study*, guidato da Leah Gilman, del dipartimento di Sociological Studies dell'Università di Sheffield.

[3] *The Online Sperm Donation Project*, guidato da Rhys Turner-Moore, del dipartimento di Psychology dell'Università di Sheffield, è il più esteso studio esistente sull'argomento, è svolto in collaborazione con le università di Sheffield, Sussex, Manchester e con la University of the West of Scotland ed è finanziato dallo Economic and Social Research Council del Regno Unito.

una donazione online. Esistono diverse pagine e gruppi, soprattutto su Facebook, che raccolgono annunci di uomini che si propongono come donatori di sperma[4], oppure pagine gestite da singoli donatori. Spesso sono pagine denominate a seconda dell'area geografica in cui si rendono disponibili i donatori, e possono essere sia aperte e accessibili a tutti che chiuse[5]. Facebook non è l'unica piattaforma, naturalmente: esistono anche siti appositi, come Co-Genitori[6], che esiste dal 2008 in più lingue e, benché sia strutturato principalmente come sito per incontrare persone interessate a condividere un progetto di co-genitorialità (cioè avere un figlio e prendersene cura insieme ma senza considerarsi una coppia), ospita di fatto anche inserzioni di uomini che vogliono donare lo sperma.

In moltissimi casi, gli annunci degli aspiranti donatori nascondono semplicemente annunci di uomini in cerca di sesso: in questi casi gli uomini si offrono di avere rapporti non protetti con le donne interessate. In un numero più limitato di casi, si trovano uomini che si dicono realmente interessati a donare, e propongono di farlo in modi che non prevedono intimità. Le due pratiche corrispondono su queste pagine a due modi di descrivere la donazione: la cosiddetta 'donazione al naturale' e quella 'artificiale'. In questo caso la donazione viene effettuata attraverso un contenitore: l'aspirante donatore e la ricevente si mettono in contatto online e si incontrano fisicamente in un luogo in cui possa venire consegnata la provetta con dentro il liquido seminale, che la donna si inietta in modo autonomo. Tra gli aspiranti donatori online, che hanno età molto diverse, c'è chi si offre di donare il proprio sperma a titolo completamente gratuito e chi chiede un rimborso spese per lo spostamento. Può anche succedere di trovare uomini che chiedano più o meno direttamente un compenso[7]. È impossibile, trattandosi di un fenomeno complessivamente sommerso e non regolamentato, avere un'idea dell'estensione di questa realtà: i gruppi Facebook hanno centinaia di utenti iscritti, mentre il sito Co-Genitori decine di migliaia. Le esperienze qui raccontate sono il frutto di ricerche e interviste che non possono che fornire un quadro aneddotico di questa realtà, ma utile a capire alcuni dei motivi per cui esiste.

[4] *www.facebook.com/groups/375313070654371; www.facebook.com/Donatori-di-seme-metodo-naturaleartificiale-Campania-100467691490978; https://www.facebook.com/groups/455269762495729.*

[5] *www.facebook.com/groups/962154861035701.*

[6] *www.co-genitori.it/.*

[7] Atto che costituisce reato: la commercializzazione di gameti è vietata in tutta l'Unione Europea, e in Italia dall'articolo 12 della legge 40 del 2004, il testo di riferimento per la fecondazione assistita. Chi in qualsiasi forma realizzi, organizzi o pubblicizzi la vendita di gameti rischia di incorrere in multe di centinaia di migliaia di euro o in pene di reclusione fino a due anni.

§ 1.1. – *I rischi delle donazioni informali e le tutele previste dai canali regolamentati*

Le donazioni di sperma online rappresentano prima di tutto un rischio dal punto di vista sanitario e legale. In Italia come altrove, chi vuole avere figli ma non riesce ad averli per via naturale può fare ricorso a centri e cliniche autorizzate che offrono trattamenti di procreazione medicalmente assistita (PMA). Uno dei trattamenti possibili è quello che prevede proprio la donazione esterna di gameti (le cellule riproduttive, spermatozoi o ovociti), la cosiddetta fecondazione eterologa.

Le cliniche che offrono questi tipo di trattamenti prevedono una serie di tutele per i pazienti e le pazienti, sia sanitarie che legali. Nelle cliniche autorizzate le donazioni di liquido seminale passano al vaglio di una serie di esami e screening prima dell'inseminazione: vengono esaminate la qualità degli spermatozoi e alcuni aspetti medici essenziali, come la compatibilità dei gruppi sanguigni e gli aspetti infettivi, legati all'eventuale presenza di infezioni virologiche, come epatite o HIV, e genetici. Si valuta infine che non ci siano mutazioni genetiche trasmissibili, anche a tutela di chi nascerà. Tutte queste verifiche vengono fatte con tecnologie molto avanzate e affidabili, conservando i dati per la tracciabilità clinica per decenni.

Il ricorso a fecondazione eterologa, per come è regolamentato dalla legge 40 del 2004, la legge di riferimento in Italia per la PMA, prevede inoltre tutele legali: non è previsto alcun rapporto giuridico tra donatori e nati. Significa che il donatore non può rivendicare legami di parentela col nato, e che il nato non può, per fare un esempio tra tanti, reclamare diritti sul patrimonio del donatore, cosa altrimenti fattibile dopo aver scoperto di essere nato grazie a quella donazione magari con un semplice test del DNA.

Il ricorso a donazioni informali, al di fuori dei canali regolamentati, non comporta nessuna di queste tutele, con rischi per chi ricorre alla donazione, per chi dona e per i nati. Per le coppie di donne che decidano di avere un figlio in questo modo, inoltre, può essere ancora più complicato ottenere il riconoscimento del legame di parentela con la madre non biologica. Nonostante questo, in Italia ci sono diverse donne o coppie che non potendo avere figli naturalmente scelgono di ricorrere a metodi alternativi come i gruppi online. Per ovvie ragioni, la pratica delle donazioni informali riguarda soprattutto gli uomini: donare i propri spermatozoi comporta una semplice eiaculazione, mentre la donazione di ovuli richiede un procedimento più invasivo, con trattamenti ormonali e un successivo intervento chirurgico.

Un recente podcast dell'emittente britannica *BBC* sulle donazioni informali, intitolato *Male Order* e condotto dalla giornalista Aleks Krotoski, ha evidenziato un altro tipo di rischio, vissuto da diverse riceventi e in alcuni casi finito al centro di processi: quello di molestie o violenze sessuali subite da donne che avevano privatamente incontrato uomini che si proponevano come donatori.

§ 1.2. – *Le ragioni di chi sceglie di ricorrere alle donazioni informali*

Chi ricorre alle donazioni di sperma informali lo fa per diverse ragioni, che variano molto a seconda del paese e delle relative legislazioni. In Italia, per quello che ho potuto approfondire nel corso di interviste[8], hanno un ruolo preponderante in questo tipo di scelte di vita i divieti attualmente in vigore sull'accesso alla PMA. Come è noto, la legge 40 del 2004 vieta l'accesso a questo tipo di tecniche alle coppie omosessuali e alle persone singole: è uno dei divieti ancora contenuti nella legge, da sempre criticata perché eccessivamente restrittiva e più volte modificata negli anni grazie a interventi della Corte Costituzionale, che hanno progressivamente rimosso una serie di altri divieti (ma altri sono ancora in vigore, tra cui l'accesso alla PMA per coppie dello stesso sesso e persone singole).

Molte donne ricorrono alle donazioni informali proprio per via dei divieti in corso. Due donatori informali da me intervistati hanno raccontato di aver donato a molte donne singole o coppie di donne che non potevano o non potevano più permettersi di andare all'estero, oppure per ragioni economiche, linguistiche o culturali non hanno deciso di iniziare un percorso all'estero, con tutto ciò che comporta in termini di costi, di viaggi e di autonomia nel reperimento di tutte le informazioni necessarie per farlo (dal momento che per loro il ricorso a PMA è vietato in Italia, in teoria il personale medico non dovrebbe nemmeno consigliare ai soggetti a cui è vietato l'accesso come ricorrere a queste tecniche all'estero, anche se questo spesso succede). A titolo di esempio, una coppia di donne intervistate lo stesso articolo ha raccontato di aver deciso di ricorrere a donazioni online dopo aver tentato diverse volte di ricorrere alla fecondazione eterologa andando in Spagna, senza successo. Con l'arrivo della pandemia da coronavirus e l'impossibilità di viaggiare, la coppia in questione ha scelto di ricorrere a un metodo alternativo e più facilmente accessibile. Come in tantissimi altri casi, documentati nei decenni in ambiti anche molto diversi, i

[8] Il lavoro è iniziato con questo articolo *www.ilpost.it/2022/08/21/donatori-sperma-online-italia-legge-40-fecondazione-assistita-eterologa/* ed è attualmente in corso.

divieti non garantiscono l'assenza di determinate pratiche, ma le incoraggiano attraverso canali non regolamentati, e rischiosi.

Un'altra ragione che permette l'esistenza delle donazioni informali riguarda l'estesa – e grave, tenendo conto che in Italia la fecondazione eterologa è legale ormai da oltre dieci anni – mancanza di informazioni su come donare i gameti attraverso i canali regolamentati e istituzionali. Un donatore da me intervistato per il *Post* ha sostenuto di non essere a conoscenza della possibilità di donare in cliniche e centri di PMA, e anzi, che in Italia questa pratica sarebbe illegale, e per donare sarebbe necessario andare all'estero. Indipendentemente dalla veridicità di questa testimonianza, in Italia esiste un problema di accesso alle informazioni per gli aspiranti donatori.

Anche se la fecondazione eterologa è legale come detto da oltre dieci anni, c'è una pressoché totale assenza di informazione e sensibilizzazione sulla possibilità di donare i gameti, cioè sul gesto su cui si basa la fecondazione eterologa e che ne permette l'esistenza. Dal 2014 a oggi, su scala nazionale, l'unica campagna informativa[9] sulla possibilità di donare i gameti è stata realizzata dall'Associazione Luca Coscioni, che si oppone da molto tempo ai divieti contenuti nella legge 40 del 2004. Ci sono state campagne locali o di singoli enti, ma nulla da parte del ministero della Salute o dell'Istituto superiore di sanità. Secondo alcuni professionisti del settore da me intervistati – come il dottor Filippo Maria Ubaldi, direttore clinico dei centri Genera e presidente della Società italiana fertilità e sterilità (SIFES), e la dottoressa Giulia Scaravelli, responsabile del registro nazionale della PMA in Italia – l'assenza di informazioni è legata anche alla perdurante avversione che ancora persiste nei confronti della fecondazione assistita in Italia, ancora guardata con sospetto, o nei casi migliori con ignoranza, prima di tutto dalla politica. In Italia non è nemmeno previsto un rimborso spese per i donatori, come avviene in molti altri paesi europei. Con la contraddizione che ora, quando i centri italiani importano i gameti dall'estero (dove il rimborso è previsto), devono pagare il corrispettivo speso dai centri stranieri per il reperimento dei gameti.

In Italia, in altre parole, la donazione dei gameti non è né pubblicizzata né incoraggiata: esiste, perché la fecondazione eterologa è diventata legale dopo molte battaglie, ma è come se persistesse una certa resistenza a farla funzionare fino in fondo. Una conseguenza è anche che in Italia ci sono pochissimi donatori "legali", e la maggior parte vengono importanti, con costi e complicazioni burocratiche. Secondo dati aggiornati al 2021 dell'Istituto Superiore di Sanità, sul totale dei trattamenti di eterologa fatti con donazione di seme, il 95,94 per cento

[9] *www.youtube.com/watch?v=6zU_gpwLMIE*.

è stato fatto con liquido seminale importato[10]. E secondo l'ultimo rapporto annuale del Centro nazionale trapianti, dal 2015 al 2023, cioè nell'intero periodo successivo alla legalizzazione della fecondazione eterologa, i donatori di spermatozoi in Italia sono stati appena 106[11].

Al di là dei divieti in vigore e della scarsissima informazione sulla possibilità di donare i gameti, in Italia come all'estero ci sono anche persone che scelgono di ricorrere alle donazioni di sperma *online*, o comunque attraverso canali informali, in modo deliberato e consapevole, indipendentemente dai divieti in corso, dai rischi che si corrono e dalla conoscenza dei canali regolamentati. Un primo ordine di ragioni riguarda le liste d'attesa molto lunghe nel pubblico, o i costi elevati della fecondazione assistita nel privato[12]. Un donatore da me intervistato ha raccontato di aver donato in cliniche per tutta la vita, e di aver continuato online perché aveva raggiunto il limite di età previsto per le donazioni: ha detto di considerare la donazione di gameti un gesto altruistico, al pari della donazione di sangue, che può fare la differenza per molte persone, e di voler continuare a praticarla per questa ragione.

Una donna single da me intervistata, che ha interloquito con diversi donatori online, ha detto di aver incontrato uomini che donavano perché non riuscivano ad avere figli con le donne con cui stavano e volevano procreare; questa stessa donna ha detto di aver deciso di ricorrere a una pratica informale per avere sua figlia, anziché a una clinica, perché la donazione online le avrebbe permesso di conoscere il donatore e di farlo conoscere a sua figlia, possibilità che lei ci teneva a mantenere intatta. Racconta di aver vissuto con molta frustrazione la presenza e le proposte di donatori seriali o di uomini che erano semplicemente in cerca di sesso, ma di essere determinata a poter mantenere, per sua figlia, un canale di comunicazione aperto col donatore.

È un riscontro raccolto in maniera meno aneddotica e più sistematica anche dai ricercatori e dalle ricercatrici che nel Regno Unito hanno avviato progetti di ricerca universitari su questo tema, come confermato da tre recenti interviste svolte rispettivamente con Leah Gilman, docente di Sociologia all'università di Sheffield e a capo del progetto Digital DC Study, al dipartimento di Sociological Studies dell'Università di Sheffield, on Petra Nordqvist, docente all'università di Manchester e autrice insieme a Gilman del libro *Donors: Curious Connections in Donor Concep-*

[10] Relazione del ministero della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 febbraio 2004, n.40, articolo 15), *https://www.iss.it/documents/20126/9267159/C_17_pubblicazioni.pdf/b094136e-c872-7633-a5a7-520e5f3e2e54?t=1707989121047*.

[11] *www.trapianti.salute.gov.it/imgs/C_17_cntPubblicazioni_636_allegato.pdf*.

[12] Oppure, in paesi in cui esistono fondi pubblici di sostegno alla procreazione medicalmente assistita solo per casi di infertilità clinica e non sociale, come nel caso di persone appartenenti alla comunità LGBTQIA+: *https://www.theosdproject.com/stories/b8645542-90e4-4ae7-8ca5-32ddf1c332d3?toolBar=hide*.

tion[13], e con Francesca Taylor Phillips, dottoranda nell'ambito del progetto *Online Sperm Donation Project* della Leeds Beckett University.

Gilman, Norqvist e Phillips ritengono che la scelta di ricorrere a donazioni attraverso canali informali – in un paese come il Regno Unito, dove non sono in vigore divieti di accesso alle coppie dello stesso sesso e a quelle italiane – sia guidata anche dalla volontà di molte riceventi di poter conoscere il donatore fin da subito, prima di quanto previsto dalla legge locale: nel Regno Unito, come in altri paesi, l'anonimato dei donatori di gameti è stato rimosso ormai da tempo, ma le informazioni sui donatori sono accessibili solo dopo il compimento dei 18 anni di età dei nati. Nell'esperienza di molte persone, in altre parole, il contatto tra i soggetti coinvolti permesso dalle donazioni informali, e non previsto da quelle regolamentate, è un criterio per le proprie scelte riproduttive. Secondo Gilman, Nordqvist e Phillips, esperienze di questo tipo andrebbero considerate nel miglioramento e nell'evoluzione delle leggi esistenti sulla PMA, a partire da quelle sull'anonimato dei donatori e delle donatrici di gameti.

§ 2. – *L'anonimato delle donazioni di gameti esiste solo sulla carta*

Chi è nato da donazione di gameti ha il diritto di conoscere il proprio donatore o la propria donatrice? In molti paesi che hanno regolamentato queste tecniche da molto tempo, questa domanda non solo è diventata parte integrante del dibattito pubblico, ma in moltissimi casi ha portato anche a un'evoluzione delle leggi di riferimento, in vari modi. È successo soprattutto sotto la spinta delle richieste degli stessi nati da eterologa, che in molti casi hanno chiesto di poter accadere alle informazioni relative alle proprie origini genetiche.

§ 2.1. – *Le norme di riferimento in Italia*

In Italia donatori e donatrici sono anonimi per legge, e la questione è ancora quasi totalmente assente dal dibattito pubblico: l'obbligo di anonimato non è contenuto nella legge 40 del 2004, ma in fonti normative successive alla sentenza[14] della Corte Costituzionale numero 162 del 2014, quella che ha dichiarato illegittimo il divieto di fecondazione eterologa, rendendola quindi legale in Italia: tra que-

[13] P. Nordqvist, L.Gilman, *Donors: Curious Connections in Donor Conception*, Bingley, Emerald Publishing, 2022. Nordqvist è anche tra le autrici e gli autori del progetto *ConnecteDNA* dell'Università di Manchester, che studia l'esperienza dei donatori di gameti contattati da persone nate dalle loro donazioni.

[14] Corte Costituzionale, 9 aprile 2014, n. 162.

ste c'è l'accordo interregionale[15] della Conferenza delle regioni e delle province autonome del 2014, che diede alcune linee guida sulla fecondazione eterologa e stabilì esplicitamente che i donatori e le donatrici di gameti dovevano restare anonimi e non rintracciabili né dalla coppia ricevente né dai nati.

È prevista una deroga al principio dell'anonimato, ma solo per i dati clinici (quindi non anagrafici) e solo in casi straordinari, per eventuali problemi medici dei nati e delle nate: in questo caso i dati possono essere resi noti al personale sanitario su specifica richiesta del nato: è previsto poi che l'accessibilità dell'informazione sia gestita in maniera informatica, col controllo della tracciabilità (su cui torniamo nell'ultima parte di questo contributo).

Il principio guida dell'obbligo di anonimato è quello del diritto alla privacy degli stessi donatori: la sua applicazione alla fecondazione eterologa è legata anche al fatto che, quando quest'ultima fu legalizzata in Italia, per regolamentare l'approvvigionamento di cellule riproduttive previste dalla tecnica si fece riferimento (già nella sentenza 162/2014 della Corte Costituzionale) alla normativa già esistente su altri tipi di cellule, organi e tessuti, il decreto legislativo 191 del 2007[16], che prevedeva tra le altre cose anche gratuità e anonimato della donazione.

Già la sentenza della Corte Costituzionale citava «la questione del diritto all'identità genetica» e i casi in cui il suo bilanciamento col diritto alla privacy aveva portato a evoluzioni della legge in altri ambiti. Le adozioni, per esempio: dal 2001[17] la legge 184 del 1983 prevede all'articolo 28 che il minore sia informato del fatto che è stato adottato e che, raggiunti i 25 anni, possa accedere a informazioni sulle proprie origini genetiche e sull'identità dei genitori biologici. Da me intervistato per un articolo[18] pubblicato sul *Post* su questo argomento Lorenzo D'Avack, ex presidente del Comitato nazionale per la bioetica, ha detto che, all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale che dichiarò illegittimo il divieto di ricorrere a donazione di gameti, all'interno del Comitato il tema fu comunque discusso, con posizioni sia favorevoli che contrarie.

Un'altra fattispecie in cui è stato riconosciuta l'esistenza di un diritto alla conoscenza delle proprie origini (e in cui è stata trovata una soluzione al delicato bilanciamento col diritto alla privacy) è quella del parto in anonimato: nel 2013, con la sentenza 278[19], la Corte Costitu-

[15] Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 162/2014, *www.camera.it/temiap/2014/09/08/OCD177-429.pdf*.
[16] Decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191.
[17] Legge 28 marzo 2001, n. 149.
[18] *www.ilpost.it/2022/10/08/anonimato-donatori-gameti-dibattito/*.
[19] Corte Costituzionale, 18 novembre 2013, n. 278.

zionale dichiarò illegittimo[20] il divieto allora in vigore di identificare la donna che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, previsto proprio dalla delle sulle adozioni (sempre dal 2001 quella legge prevedeva come eccezione alla regola dell'accesso alle informazioni sui genitori biologici una volta raggiunti i 25 anni proprio il caso dei nati col parto in anonimato). La Corte introdusse la procedura del cosiddetto interpello, con cui su richiesta del nato si chiede di verificare che la volontà della donna di non essere identificata sia perdurante: in caso contrario, come successo in diversi casi da quando fu introdotta la procedura, il nato e la donna hanno reciprocamente accesso alle proprie informazioni anagrafiche e possono incontrarsi, se vogliono.

§ 2.2. – *Chi ha rimosso l'anonimato dei donatori e delle donatrici di gameti*

Il diritto di accesso alle informazioni sulle proprie origini è un tema complesso e dibattuto, in cui qualsiasi decisione o intervento normativo deve bilanciare interessi contrapposti, quello all'anonimato o alla privacy da un lato e quello del diritto alle origini dall'altro. Quest'ultimo è stato progressivamente riconosciuto a livello internazionale negli ultimi decenni, sia da paesi singoli che da organi sovranazionali come il Consiglio d'Europa. In Italia, la Corte Costituzionale lo ha legato all'articolo 2 della Costituzione, sui diritti inviolabili delle persone. All'interno dell'Unione Europea e nell'Europa geografica, oggi, il principio dell'anonimato dei donatori di gameti non può più dirsi condiviso: il primo paese europeo a rimuovere l'anonimato è stata la Svezia, nel 1984, seguita negli anni da paesi come Paesi Bassi, Finlandia, Regno Unito, Svizzera, Austria, Islanda e più recentemente la Germania, nel 2018, e la Francia, nel 2022.

Recentemente il principio dell'anonimato dei donatori di gameti, o quantomeno la sua tenuta, è stata messa in discussione[21] anche da un punto di vista più pratico, concreto e meno legato all'adozione di posizioni più o meno favorevoli alla rimozione dell'anonimato dei donatori di gameti, per via del crescente utilizzo e della crescente popolarità dei test del DNA commerciali (su cui torniamo nel prossimo capitolo), che in molti casi hanno portato i nati e le nate da eterologa a identifi-

[20] Vedi anche: Corte di Cassazione, sez. 1 civ., 21 luglio 2016, n. 15024; Corte di Cassazione, SS.UU., 25 gennaio 2017, n. 1946; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Odièvre v. France*, 13 febbraio 2003.

[21] S. Zadeh, *Disclosure of donor conception in the era of non-anonymity: safeguarding and promoting the interests of donor-conceived individuals?*, in *Human Reproduction*, n. 31(11)/2016, 2416-2420.

care e successivamente rintracciare sia i propri donatori e donatrici che altre persone nate dalle stesse donazioni.

Chi chiede la rimozione dell'anonimato sulla base di questo principio evidenzia come, al di là di quanto quel principio possa essere o meno ritenuto giusto o adeguato, semplicemente oggi non esista più fino in fondo: è probabile, per chi doni i propri gameti oggi o li abbia donati in passato, venire rintracciati dalle persone nate dalle proprie donazioni, spesso senza essere preparati per quel tipo di incontro, visto che la donazione di gameti non era stata fatta tenendo conto di quest'eventualità. Un sistema che invece preveda la possibilità di un contatto futuro tra donatori e nati, al contrario, preparerebbe chi dona a questa eventualità, creando il più possibile le condizioni per un'esperienza meno problematica da entrambe le parti. Proprio su queste basi, nel 2022 lo Human Fertilisation and Embryology Authority, il principale ente regolatore sulla fecondazione assistita nel Regno Unito, ha annunciato l'avvio di una fase di studio e consultazioni per capire se modificare la legge nazionale rimuovendo il limite dei 18 anni di età per le persone nate da donazione per avere informazioni anagrafiche su donatori e donatrici[22].

In Italia, come detto, la questione è ancora quasi del tutto assente del dibattito pubblico: i nati da fecondazione eterologa dopo il 2014 sono ancora piccoli, quelli più adulti poco visibili e non facilmente raggiungibili dalla stampa o da esperti interessati alla loro esperienza. Al tempo stesso, per via dei già citati divieti in vigore in Italia sull'accesso alla fecondazione assistita, moltissime coppie omosessuali o persone singole vanno all'estero per ricorrere alla fecondazione eterologa, trovandosi davanti alla scelta di molti paesi in cui possono farlo, molti dei quali prevedono le donazioni non anonime. In mancanza di un dibattito informato su questi argomenti in Italia, moltissime coppie non si pongono il problema di chiedersi se prediligere un paese col donatore anonimo o meno e non sono quindi adeguatamente informate su una scelta che per via dei divieti italiani si trovano a fare, che è senz'altro importante nella costruzione della propria famiglia, e di cui potrebbero voler parlare coi propri figli[23]: moltissime, soprattutto per ragioni linguistiche, per passaparola, o su consiglio di clinici che hanno contatti

[22] *https://www.theguardian.com/society/2022/may/20/uk-fertility-watchdog-could-recommend-scrapping-donor-anonymity-law*.

[23] Il tema del racconto delle origini – e in particolare dell'importanza di essere aperti e onesti fin da subito coi figli, della necessità di rimuovere stigmi e tabù sul ricorso a PMA, e al tempo stesso dell'impatto negativo che il mantenimento di segreti ha all'interno delle famiglie – ha guadagnato sempre più importanza nella letteratura scientifica degli ultimi anni sulle famiglie create attraverso donazione di gameti o altre tecniche di procreazione medicalmente assistita, come vedremo nel prossimo capoverso.

con cliniche sul posto, vanno in Spagna, dove come in Italia i donatori sono anonimi.

§ 2.3. – *Storie di incontri tra donatori, donatrici e persone nate da donazione*

Nel corso del mio lavoro mi è capitato di parlare con più di una donna che si era pentita di aver scelto senza pensarci un paese col donatore chiuso. In altri casi la scelta di un donatore anonimo è stata consapevole e ponderata, ma cercando materiale informativo in maniera autonoma e all'estero[24]. La diffusione di un'informazione accurata su questo argomento, sulle sua complessità e sulle esperienze di vita di tutte le persone coinvolte (i nati, ma anche i donatori e le donatrici rintracciate dai nati, come ormai accade sempre più spesso) è quindi di fondamentale importanza per fare scelte informate sulla propria riproduzione. Che storie, esperienze e conoscenze ci sono sull'anonimato dei donatori di gameti?

Anzitutto in diversi paesi che hanno regolamentato la fecondazione eterologa da molti anni si è sviluppato un certo numero di associazioni di persone nate da donazione di gameti che chiedono la rimozione dell'anonimato oppure la sua rimozione prima di quanto previsto dalle varie leggi nazionali (che normalmente vanno dai 16 ai 18 anni di età dei nati, età dopo la quale possono avere accesso a informazioni relative ai loro donatori o alle loro donatrici), e più in generale che chiedono cambiamenti delle leggi sulla fecondazione assistita con una maggiore attenzione e considerazione nei confronti dell'esperienza dei nati e delle nate da donazione di gameti[25]. In altri casi sono nate organizzazioni che assistono le persone nel rintracciare i propri donatori o le persone nate dallo stesso donatore o dalla stessa donatrice come ad esempio il Donor Sibling Registry o la DNA Angels

Al di là dell'attivismo da parte delle persone nate da donazione, comunque, negli ultimi anni sono stati avviati alcuni studi accademici sulle esperienze dei donatori e delle donatrici contattate dai nati, in

[24] L'associazione britannica DC Network, tra le altre, è ricca di materiali informativi sulla fecondazione eterologa, sulla gestione delle informazioni relative al concepimento e alla nascita coi nati e le nate, e in generale di materiali e iniziative di sostegno alle famiglie create con la fecondazione assistita di tipo eterologo.

[25] A titolo di esempio: in Spagna c'è l'Asociación de hijas e hijos de donantes, in Francia L'association des enfants du don, nei Paesi Bassi la Donor Kinderen, nel Regno Unito il Donor Conceived Register, negli Stati Uniti lo U.S. Donor Conceived Council, in Nuova Zelanda la Donor Conceived Aotearoa, in Australia la Donor Conceived Australia, e a livello globale l'organizzazione We Are Donor Conceived.

università del Regno Unito e del Canada[26]. L'Università di Manchester, per esempio, ha avviato il progetto *ConnecteDNA* in collaborazione con le università di Liverpool, Birmingham, Warwick e la De Montfort University di Leicester. Il progetto, finanziato dallo Economic and Social Research Council, dispone anche di una serie di materiali informativi per preparare donatori e donatrici alla possibilità di essere contattati, alla gestione di questo tipo di esperienza sia per se stessi che per la loro rete familiare[27]. Il progetto si è concluso da poco e ha raccolto esperienze di vario tipo, sia positive che negative, in parte raccontate negli stessi materiali informativi. Secondo gli autori e le autrici dello studio[28], in mancanza di una qualche regolamentazione sull'accesso alle informazioni sulle proprie origini genetiche, le persone nate da donazione ricorrono comunque a queste informazioni, ma in maniera autonoma e attraverso i test del DNA commerciali, con due problemi: la mancanza di un'adeguata preparazione psicologica sull'incontro che ne potrà conseguire, sia per loro che per i donatori o le donatrici, con esperienze potenzialmente negative, e una generale disparità nell'accesso a queste informazioni, che per i *donor conceived* (nati da donazione) è generalmente percepito come un diritto.

Gli incontri tra persone nate da donazione e i donatori e le donatrici sono stati nel frattempo raccontati sui social network[29], in podcast[30] e documentari[31]. I nati e le nate da donazione hanno raccontato storie di incontri riusciti e di incontri difficili; di incontri mai avvenuti perché i donatori o le donatrici non acconsentivano a incontrarli, oppure perché scoprivano che nel frattempo erano morti; di incontri che si esaurivano in un pomeriggio trascorso insieme a conoscersi, senza l'interesse a iniziare una relazione duratura, una volta dato un volto alla persona da cui proveniva metà del proprio DNA. In altri casi sono iniziate relazioni continuate nel tempo, positive e man mano integrate nelle rispettive vite familiari.

Un racconto ricorrente è quello di persone nate da donazione a cui i genitori intenzionali non avevano detto che erano nate da donazione, e che lo hanno scoperto per caso, magari quando erano già adulti e con un proprio senso dell'identità ormai completo. Per ovvie ragioni, casi

[26] *Contact Project: The experience of gamete donors contacted by their donor offspring*, guidati da Anaïs Martin e Isabel Côté del dipartimento di Sociologia della Université du Québec.

[27] *www.sites.manchester.ac.uk/connecte-d-n-a/prep-for-contact/.*

[28] C. Redhead, L. Frith, *Donor conception, direct-to-consumer genetic testing, choices, and procedural justice: an argument for reform of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, in *Medical Law Review*, 2024, 1-25.

[29] Un esempio è la storia di questa donna britannica, raccontata sul canale Instagram *lgbt_mummies:https://www.instagram.com/p/COLWd-ZB4SO/?utm_source=ig_embed&ig_rid=c5f50cf8-0d1d-45e8-a1dc-17e93fba7f3c*.

[30] Per esempio nel podcast *You look like me*, della giornalista Louise McLoughlin.

[31] *My sperm donor and me*, prodotto da BBC.

del genere riguardano soprattutto le coppie eterosessuali, che possono nascondere l'aver fatto ricorso a fecondazione eterologa per costruire la propria famiglia, diversamente da una coppia omosessuale.

C'è ormai un nutrito insieme di studi sulla cosiddetta *disclosure*, il fatto cioè di informare le persone nate da donazione sulla loro condizione, e su come e quando farlo[32]. Al di là delle scelte che ogni coppia o persona adulta decide di fare rispetto alla gestione di questo tipo di informazione coi propri figli, non informare i nati da eterologa della propria condizione rappresenta un rischio sanitario, perché li espone a potenziali anamnesi mediche errate, se comunicando coi medici parlano della propria storia medica familiare riferendosi a parenti che credono essere biologici quando sono in realtà intenzionali[33].

Chi si occupa di questi argomenti ritiene che nel mantenere la segretezza rispetto alle origini abbia un ruolo importante lo stigma ancora fortemente associato all'infertilità, e di conseguenza all'utilizzo di tecniche di riproduzione assistita, e la volontà quindi di avvicinare il più possibile l'immagine della propria famiglia a quella di una "famiglia tradizionale", qualsiasi cosa voglia dire. In molti casi la segretezza e la volontà di rimuovere il più possibile l'immagine del donatore può essere legata a fragilità legate all'accettazione della propria infertilità, un'esperienza dolorosa e complessa per cui in psicoterapia si parla di 'lutto biologico'. «L'anonimato viene vissuto da molte coppie come una legittimazione del proprio ruolo di genitori, un modo di escludere dal nucleo faticosamente costruito una figura percepita come minacciosa», ha detto in una recente intervista[34] Valentina Berruti, psicologa psicoterapeuta del centro B-Woman di Roma, che si dice favorevole alla rimozione dell'anonimato dei donatori di gameti in Italia.

Un'eventuale rimozione dell'anonimato dei donatori di gameti in Italia dovrebbe quindi necessariamente essere preceduto da altri tipi

[32] Ho affrontato il tema in questo articolo: *https://www.ilpost.it/2022/06/18/donazione-fecondazione-eterologa-parlare-figli/*, ma vedi anche *https://bioethics.hms.harvard.edu/journal/donor-technology*, oppure, a titolo di esempio: S. Golombok, *Love and Truth: What Really Matters for Children Born Through Third-Party Assisted Reproduction*, in *Child Development Perspectives*, vol. 12, issue 2, June 2021, 103-109; J. Readings, L. Blake, P. Casey, V. Jadva, S. Golombok, *Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy*, in *Reproductive Biomedicine Online*, vol. 22, issue 5, May 2011, 485-495; S. Golombok, J. Readings, L. Blake, P. Casey, L. Mellish, A. Marks, V. Jadva, *Children conceived by gamete donation: Psychological adjustment and mother-child relationships at age 7* in *Journal of Family Psychology*, 25(2), 2011, 230-239. Si è anche sviluppata una nutrita produzione di libri per l'infanzia dedicati a questo tema: J.C. Harper, I. Abdul, N. Barnsley, Y. Ilan-Clarke, *Telling donor-conceived children about their conception: Evaluation of the use of the Donor Conception Network children's books*, in *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 12, March 2022, 1-7, e *https://www.dcnetwork.org/product-category/our-story-series/*.

[33] Rischio esplicitato anche nei consensi informati per il ricorso a fecondazione assistita di tipo eterologo:*https://www.generapma.it/wp-content/uploads/2021/11/MOD_06.16_consenso_PMA_II_livello_omologa-eterologa-1.pdf*.

[34] *https://www.ilpost.it/2022/10/08/anonimato-donatori-gameti-dibattito/*.

di azioni. Anzitutto un'adeguata campagna informativa sulla possibilità di donare rivolta ai donatori e alle donatrici, in cui chi dona sia adeguatamente informato della possibilità che venga ricontattato e sappia come gestire questo tipo di eventualità. In secondo luogo un maggiore consolidamento nei percorsi di accompagnamento psicologico rivolti a chi ricorre a tecniche di fecondazione assistita, in cui dare gli adeguati strumenti per gestire in maniera sufficientemente serena l'eventuale interesse dei nati nei confronti del proprio donatore o della propria donatrice. Infine, naturalmente, è fondamentale continuare e intensificare un lavoro culturale sull'immaginario della famiglia, sul fatto che la genitorialità non dipende necessariamente dalla genetica o dalla biologica, ma è prima di tutto un ruolo sociale – la genitorialità sociale, appunto – che si esplica attraverso l'intenzione, la relazione e la dedizione nei confronti dei figli e delle figlie.

§ 3. – *Donazioni illimitate*

Negli Stati Uniti esiste un periodo dell'anno noto come *sibling season*[35], con cui molte persone nate da donazione identificano il periodo immediatamente successivo a quello natalizio. *Sibling season* significa 'la stagione dei fratelli e delle sorelle', e si chiama così per via della frequenza con cui, in questo periodo, molte persone scoprono di avere legami genetici con una o più persone nate dalla stessa donazione di gameti da cui sono nate loro. Spesso le persone che lo scoprono non sapevano, fino a quel momento, di essere nate da donazione di gameti, perché i genitori intenzionali non li avevano informati al riguardo. La frequenza di questo tipo di scoperte, in generale e durante la cosiddetta *sibling season*, dipende anche dalla già citata crescente popolarità dei test del DNA commerciali, come quelli distribuiti dalle aziende statunitensi *MyHeritage*, *Ancestry*, *23andMe* o *Gene by Gene*.

Sono test che costano poco, meno di un centinaio di euro, si comprano online e promettono di fornire informazioni sulle proprie origini genetiche, sul proprio albero genealogico e sulle regioni geografiche da cui proverrebbero gli antenati di chi fa il test. Concretamente, sono piccoli kit che contengono una provetta in cui depositare un campione della propria saliva attraverso un tampone: la provetta va poi inserita in una busta e il test va inviato nella sede dell'azienda – negli Stati Uniti ci sono le sedi delle aziende i cui test sono più popolari e utilizzati – e registrandosi online sui loro siti si può consultare il risultato delle analisi, una volta che sono terminate.

[35] *https://www.instagram.com/p/C0ubI4uNZaa/?utm_source=ig_web_copy_link&igsh=MzRlODBiNWFlZA==*.

Questi test non vano considerati affidabili rispetto a tutte le informazioni che promettono, per esempio quella sulle regioni geografiche di provenienza degli avi[36]. Hanno però permesso a moltissime persone di entrare in contatto con altre persone registrate sulla stessa piattaforma e che erano nate dallo stesso donatore o dalla stessa donatrice, se non direttamente col donatore o la donatrice, o perché questi ultimi erano a loro volta registrati sulle piattaforme o perché si riusciva a risalire a loro attraverso la condivisione di informazioni con gli altri "figli" biologici[37]. Alcune di queste aziende offrono a pagamento servizi di ricostruzione dei propri legami di parentela genetici, con cui una persona pagata appositamente per fare ricerche su persone attraverso archivi e documenti, come farebbe un investigatore privato[38].

I test commerciali del DNA sono utilizzati da milioni di persone[39], hanno diversi profili di criticità per quanto riguarda la privacy e il loro impatto sulle persone nate da donazione ha già attirato l'interesse e il lavoro degli studiosi, che hanno evidenziato come questi test stiano cambiando piuttosto radicalmente la gestione delle informazioni sulla fecondazione eterologa[40] e ipotizzato in che modo questo cambiamento debba essere tenuto in considerazione dalle legislazioni nazionali[41].

Negli Stati Uniti, dove non sono previsti limiti al numero di nascite per singola donazione né obblighi sulla condivisione di informazioni di tipo medico per chi è nato da donazione[42], questi test hanno portato a esperienze anche scioccanti, di persone che scoprivano di avere diverse decine di *half-siblings*, letteralmente "fratellastri e sorellastre", cioè persone nate dai gameti dello stesso donatore o donatrice. Storie di questo tipo sono condivise con frequenza sui social network o in podcast, e sono spesso molto intense dal punto di vista emotivo, soprattutto quando si ripetono con molta frequenza[43].

In alcuni casi, queste storie hanno attirato l'attenzione dei media, soprattutto quando si prestavano a racconti particolarmente sensazio-

[36] *www.ilpost.it/2020/01/12/test-dna-origini-antenati/*.

[37] *https://www.theatlantic.com/science/archive/2018/07/dna-test-misattributed-paternity/562928/*.

[38] *https://support.ancestry.com/s/article/Hiring-a-Genealogist?language=en_US*.

[39] Per via del loro crescente utilizzo, i test commerciali del DNA hanno attirato investimenti da parte di case farmaceutiche interessate ad accedere ai dati, per sviluppare farmaci o identificare possibili candidati per trial clinici: *www.wsj.com/articles/what-consumers-should-know-about-commercial-dna-testing-1536952428*.

[40] L. Gilman, C. Redhead, N. Hudson, M. Fox, P. Nordqvist, F. Maccallum, J. Kirkman-Brown, L. Frith, *Direct-to-consumer genetic testing and the changing landscape of gamete donor conception: key issues for practitioners and stakeholder*s, in *Reprod Biomed Online*, n. 1/2024, 103421.

[41] C. Redhead, L. Frith, *Donor conception*, cit.

[42] Esistono alcune linee guida dell'American Society for Reproductive Medicine, che consigliano un limite di 25 nascite per donatore ogni 800mila abitanti, ma non sono vincolanti.

[43] A titolo di esempio, le esperienze raccontate nel podcast *DNA Surprises*, di Alexis Hourselt.

nalistici, in grado di suscitare paure e allarmismi: di recente, per esempio, è stata ripresa da tantissime emittenti la storia di Victoria Hill, una donna di 39 anni del Connecticut, negli Stati Uniti, che ha scoperto di essere nata da donazione da adulta e che un ragazzo con cui aveva avuto una relazione durante le scuole superiori era nato dallo stesso donatore[44]. Al di là delle spettacolarizzazioni della stampa, però, l'esperienza di Hill e quella di molti altri *donor conceived* statunitensi è esemplificativa delle conseguenze peggiori di un sistema regolamentato in modo lasco e insufficiente[45]: a partire dall'esperienza di Hill, e commentando la possibilità del cosiddetto "incesto accidentale" un dirigente dell'American Society for Riproduttive Medicine ha pubblicamente consigliato a chi abbia deciso di fare dei figli insieme di assicurarsi di non essere geneticamente legati attraverso un test del DNA[46].

§ 3.1. – *E in Europa e in Italia?*

Gli Stati Uniti, come detto, sono un esempio estremo delle conseguenze a cui può portare un sistema non regolamentato. I paesi dell'Unione Europea sono generalmente più regolamentati e dotati di maggiori tutele per le persone nate da donazione: alcuni paesi hanno rimosso l'anonimato, altri no ma prevedono la condivisione di informazioni di tipo medico o clinico se necessario, quantomeno per un certo tempo, e sono generalmente previsti limiti al numero di nascite per singola donazione: in Italia, per esempio sono 10[47], e già la sentenza 162 del 2014 della Corte Costituzionale parlava della necessità di consentire le donazioni «entro un limite ragionevolmente ridotto»[48]. Nonostante l'esistenza di queste tutele, però, casi di donazioni seriali e di persone nate da donazione che scoprivano di avere decine di "fratellastri" e "sorellastre" si sono verificati anche in Europa.

Nel 2023 è stato raccontato sulla stampa di tutto il mondo il caso di Jonathan Meijer, un uomo di 41 anni dei Paesi Bassi denunciato dalla Donor Kinderen, un'associazione di persone nate da fecondazione eterologa, che lo aveva accusato di aver messo al mondo almeno 550 persone[49]. Di recente la sua storia è stata raccontata anche nella serie televi-

[44] *www.edition.cnn.com/2024/02/14/us/fertility-fraud-accidental-incest-invs/index.html*

[45] *www.theatlantic.com/science/archive/2018/07/dna-test-misattributed-paternity/562928/* e *www.theatlantic.com/health/archive/2024/03/dna-tests-incest/677791/.*

[46] «If you want to be sure that before you have children with somebody, you can run DNA tests to make sure you're not related», Sean Tipton, Chief Advocacy & Policy Officer, American Society of Reproductive Medicine: *www.edition.cnn.com/2024/02/14/us/fertility-fraud-accidental-incest-invs/index.html.*

[47] Decreto del Presidente della Repubblica, 23 agosto 2019, n. 131.

[48] Corte Cost., n. 162/2014.

[49] *www.bbc.com/news/world-europe-65429936*.

siva *The man with 1000 kids*, distribuita da Netflix. Meijer aveva donato a tutte le cliniche dei Paesi Bassi per 25 volte, il limite nazionale previsto dalle linee guida locali, ma le singole cliniche non avevano comunicato tra loro e dunque il numero di donazioni all'interno del paese si era moltiplicato. Meijer aveva poi donato in cliniche di paesi limitrofi e online, informalmente. Il suo caso è stato oggetto di un processo giudiziario, in cui gli è stato vietato di continuare a donare (se non a persone a cui aveva già donato in passato), con la minaccia di multe molto esose nel caso in cui si scoprano violazioni di quanto previsto dalla sentenza.

In Italia non si sono ancora mai verificati casi simili, nonostante la presenza di numerosi donatori online, alcuni dei quali seriali. Tuttavia, la Donor Kinderen sostiene che dalle sue donazioni siano nate persone anche in Italia[50] e, soprattutto, in diversi stati da cui l'Italia importa i propri gameti, a causa della già citata carenza di donatori regolari sul territorio (vedi § 1 e la totale assenza di informazioni sulla possibilità di donare i gameti da parte delle istituzioni). I dati dell'Istituto superiore di sanità più aggiornati a ottobre del 2024, relativi al 2021[51], parlano di liquido seminale importato tra gli altri dalla Danimarca, dove ha sede la Cryos International, grande banca di gameti danese che spedisce in tutto il mondo e in cui, secondo le ricostruzioni del caso, Meijer ha donato[52]. L'Italia importa gameti anche dagli Stati Uniti, dove come detto non ci sono limiti obbligatori nel numero di nascite per donatore e in cui c'è un esteso problema di persone nate da fecondazione eterologa che scoprono di avere decine di cosiddetti *half siblings*. Nei dati consultabili dell'Istituto Superiore di Sanità non ci sono informazioni su quali siano esattamente le banche estere da cui si importano i gameti.

Una potenziale ulteriore criticità riguarda la mancata digitalizzazione del registro nazionale dei donatori di gameti, istituito nel 2015 presso il Centro Nazionale Trapianti (CNT). Il registro fu istituito l'anno successivo alla legalizzazione in Italia della fecondazione assistita di tipo eterologo, con la legge 190 del 2014 (legge di stabilità 2015)[53]. Quella legge istituiva il registro con l'esplicito fine di garantire la tracciabilità dei gameti e permettere «il conteggio dei nati generati dalle cellule riproduttive di un medesimo donatore», che doveva avvenire attraverso il Sistema Informativo Trapianti (SIT) del CNT, a cui ad

[50] *www.nytimes.com/2021/02/01/health/sperm-donor-fertility-meijer.html.*

[51] Relazione del ministero della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 15), *www.iss.it/documents/20126/0/C_17_pubblicazioni_.pdf/fb4ea7da-4658-cc3c-2ad9-f0cb3a86c340?version=1.0&t=1707991437648*.

[52] *www.nbcnews.com/pop-culture/tv/jonathan-meijer-sperm-donor-slams-netflix-the-man-with-1000-kids-rcna160623*.

[53] *www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Docs/L.-190-2014-Legge-di-Stabilita-2015-PMA-istituito-il-registro-dei-donatori-di-gameti.*

oggi sono stati destinati quasi 2 milioni di euro per ottemperare agli obblighi previsti dalla legge 190 del 2014. Il CNT, però, non ha ancora mai creato un registro digitale dei donatori di gameti, e gestisce tutte le informazioni sulle donazioni in modalità cartacea. Ho personalmente provato a contattare diverse volte il CNT per chiedere informazioni su come avvenga, concretamente, il conteggio dei nati dalle donazioni in assenza di un registro digitale, e più in generale per chiedere conto dei motivi per cui non è ancora stato istituito, a oltre 10 anni dalla legalizzazione in Italia della fecondazione assistita di tipo eterologo. Non ho ancora ricevuto risposte.

È particolarmente importante che il controllo sul numero di nascite per singola donazione sia effettuato in maniera precisa ed efficace dai singoli stati, dato che al momento non esiste un registro europeo dei donatori di gameti e non è prevista una sua realizzazione, che presenterebbe diverse criticità. Dal 2023 la European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE) sta lavorando a un primo registro europeo di raccolta dati sui cicli di PMA[54]. Il progetto dovrebbe concludersi nel 2025 ma non includerà un registro europeo dei donatori di gameti. Per due ragioni, secondo quanto dichiarato stessa ESHRE in una mail di risposta ad alcune mie richieste di informazioni: la prima sono le restrizioni previste dal regolamento europeo sulla privacy[55], la seconda il fatto che non tutti gli stati europei hanno istituito un registro nazionale dei donatori di gameti. Fornendo queste informazioni, l'ESHRE ha comunque riconosciuto l'importanza di avere un registro centralizzato dei donatori di gameti, alla luce dei problemi qui illustrati[56].

La mancanza di accessibilità a questo tipo di informazioni rende di fatto impossibile quantificare l'eventuale criticità della situazione o semplicemente verificare il rispetto delle norme in vigore sulle fecondazione assistita di tipo eterologo. Nel migliore dei casi, se non si sono già verificati problemi, l'inerzia nel far funzionare fino in fondo la donazione di gameti secondo la legge aumenta le probabilità che si verifichino rischi o episodi spiacevoli, e che la PMA non venga vissuta (come dovrebbe) da tutte le parti coinvolte come uno strumento per risolvere problemi, ma anzi come una pratica che ne crea di nuovi.

[54] *https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/EuMAR*.

[55] Regolamento generale sulla protezione dei dati. Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016.

[56] «For the time being, EuMAR will not include a centralised European registry on gamete donors. Although we understand the relevance of having a centralised gamete donor registry, this is currently out of the scope of the EuMAR project, mainly due to GDPR restrictions. Another point to consider is that not all countries in the EU have a national donors' registry, what would also make it harder to collect this type of data internationally, in a systematic way, within a voluntary framework» (e-mail ricevuta il 14 dicembre 2023 da Laura Rossignoli, Communication Manager dell'ESHRE, in una serie di altre risposte scritte a mie domande sul progetto EuMAR).

Abstract

This paper explores a range of stories of donor conception, collected during interviews made in the last two years with gamete donors, recipients, donor-conceived individuals, experts and professionals working in the field of medically assisted reproduction. The paper aims to describe how bans and prohibitions negatively affect the experience of donor insemination in various ways and, most importantly, the need of a shared and common regulation at a European level on donor insemination practices.

VI.32. *I nuovi itinerari del parto anonimo*

di Giovanna Marchetti*

Sommario: § 1. – Il parto anonimo tra rinuncia alla genitorialità giuridica e riconoscimento del valore della genitorialità affettiva. § 2. – La *ratio* dell'istituto e il fondamento dell'abdicazione del ruolo di madre. § 3. – Il percorso evolutivo della giurisprudenza. Analisi critica. § 4. – Tutela del diritto del figlio alla conoscenza delle origini *vs* oblio materno: un nuovo possibile equilibrio.

§ 1. – *Il parto anonimo tra rinuncia alla genitorialità giuridica e riconoscimento del valore della genitorialità affettiva*

Il parto anonimo costituisce tradizionalmente un istituto idoneo ad assicurare rilevo centrale alla libertà di autodeterminazione della donna nelle vicende della gravidanza e del parto e rappresenta, altresì, uno strumento attraverso cui è possibile dare spazio alla volontà della gestante di procreare senza instaurare alcun legame di filiazione con il nato[1].

In questa prospettiva il parto anonimo viene ad assumere particolare rilevanza nella ricostruzione dello spazio riservato nel panorama attuale al volontarismo nelle vicende della nascita e della filiazione e, in particolare, nel dibattito inerente alla possibilità per la gestante di rinunciare anche *ex ante* al legame genitoriale con il nato.

Il riconoscimento normativo del parto anonimo costituisce, infatti, un indice a favore della non assoluta contrarietà del sistema ordinamentale italiano a che la donna scelga di portare a compimento la gestazione di un figlio con cui non intende instaurare alcun legame, né giuridico né di fatto, e rispetto al quale la sua identità sarà coperta dal segreto dell'anonimato.

Certo questo non è sufficiente per aprire le porte dell'ordinamento italiano alla gestazione per altri che solleva questioni intricate anche di ordine pubblico, ma costituisce un argomento da tenere in considerazione[2].

* Università degli Studi di Padova.

[1] Sulla primazia della libertà di autoderminazione della donna nella filiazione v. M.N. Bugetti, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2017, 626; B. Checchini, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo "istituto" dell'interpello*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1297; A. Mendola, *Diritto al parto in anonimato e interesse alla verità biologica della filiazione nel panorama europeo*, in *Rev. Boliv. de Derecho*, 2023, 39; M. Mantovani, *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 328 ss.

[2] Sul tema della maternità surrogata v. da ultimo A.G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, Giappichelli, 2022.

Nello scenario odierno il parto anonimo assume rilevanza anche nell'ambito della riflessione sulle nuove forme di genitorialità e, in particolare, sulla genitorialità c.d. "degli affetti", essendo stato oggetto di un percorso evolutivo nel cui ambito è emerso il riconoscimento da parte della giurisprudenza del valore della genitorialità affettiva[3].

La giurisprudenza ha, infatti, affermato che nonostante «la scelta per l'anonimato (..) impedisce l'insorgenza di una "genitorialità giuridica" (..) non appare ragionevole che quella scelta risulti necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla "genitorialità naturale"»[4].

Queste pagine hanno lo scopo di vagliare la persistente fondatezza dell'istituto nel sistema ordinamentale italiano e di analizzare in chiave critica l'evoluzione giurisprudenziale in materia, al fine di proporre un diverso bilanciamento degli interessi coinvolti che non comprometta il pieno e corretto funzionamento dell'istituto.

§ 2. – *La* ratio *dell'istituto e il fondamento dell'abdicazione del ruolo di madre*

La disciplina normativa dell'anonimato materno è il risultato della combinazione di quanto previsto dall'art. 30, comma 1°, D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, dall'art. 28, comma 7 della l. 4 maggio 1983 n. 184 e dall'art. 93, commi 2 e 3, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

L'insieme di queste disposizioni permette alla donna di impedire la formazione di un atto di nascita nel quale verrebbe altrimenti indicata come madre e, altresì, di rendere inaccessibili al figlio e ai terzi le informazioni che la riguardano per cento anni dalla formazione dell'atto di nascita e di precludere alla persona adottata che abbia rag-

[3] Nell'ultimo decennio il formante giurisprudenziale ha dato corso a una revisione profonda del parto anonimo. Per un'ampia analisi dell'evoluzione giurisprudenziale sul parto anonimo v.: F. Tescione, *La dichiarazione della madre di non voler essere nominata. Varianti e invarianti di un diritto soggettivo in crisi sistemica*, in *Jus Civile*, n. 6/2020, 1509 e 1511. F. Gigliotti, *Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)*, in *Eur. e dir. priv.*, 2018, 901 ss.; B. Grazzini, *L'evoluzione giurisprudenziale ed i recenti approdi in materia di accesso alle origini in caso di "parto anonimo"*, in *Fam. e dir.*, 2022, 71 ss.

[4] V. per tutte Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278, in *Giur. cost.*, 2013, 4503 e in *Foro it.*, n. 1/2014, 4, con nota di G. Casaburi, *Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini*; V. Marcenò, *Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 279; J. Long, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, *ivi*; T. Auletta, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, in *Corr. giur.*, 2014, 471; V. Carbone, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Fam. dir.*, 2014, 11; G. Lisella, *Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 13.

giunto i venticinque anni di età l'esercizio del diritto di acquisire conoscenza dell'identità della madre biologica.

Alla dichiarazione della madre di non volere essere nominata segue la formazione di un atto di nascita del bambino come figlio di ignoti, a meno che il padre non intenda procedere al riconoscimento, e l'apertura di un procedimento abbreviato di adozione.

La garanzia della perpetua secretazione dell'identità della madre determina una conseguenza ulteriore, giacché il parto in anonimato di fatto rende possibile per la partoriente abdicare alla genitorialità e sottrarsi alla responsabilità per la procreazione *ex* artt. 30 Cost. e 315 c.c.[5].

La funzione del parto anonimo non è, però, quella di realizzare un ipotetico interesse della donna a rinunciare alla genitorialità e a sottrarsi alla responsabilità per la procreazione[6]. Tali effetti sono una conseguenza meramente indiretta e incidentale della tutela di interessi diversi, come subito si dirà.

La *ratio* sottesa alle disposizioni normative citate, come è confermato anche dalla giurisprudenza[7] e dalle proposte di modifica della disciplina in materia[8], consiste, infatti, nella tutela della salute della donna, alla quale si vuole garantire di partorire in condizioni di sicurezza evitando che essa si astenga dall'accedere alle strutture sanitarie per il timore di vedersi indicata come madre nella dichiarazione di

[5] Sulla responsabilità per procreazione v. per tutti L. Lenti, *La filiazione: novità, questioni aperte, principi*, in L. Lenti, M. Mantovani (a cura di), *Tratt. dir. fam. Le riforme*, diretto da P. Zatti, *Il nuovo diritto della filiazione*, II, Milano, Giuffrè, 2019, 19 ss.

[6] Cfr. gli spunti offerti da S. Troiano, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il «dilemma» del diritto della donna partoriente nell'anonimato*, in Aa. Vv., *Liber amicorum per Dieter Henrich*, I, Torino, Giappichelli, 2012, 193 ss.

[7] Si vedano in particolare Corte cost. 25 novembre 2005, n. 425, in *Giur. cost.*, 2005, 4594 e Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278, cit. Sulle ragioni giustificatrici del parto anonimo v. anche Corte EDU 25 settembre 2012, *Godelli c. Gov. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2013, 113, con nota di J. Long, *La corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*; G. Currò, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento*, in *Fam. dir.*, 2013, 537; C. Ingenito, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. civ.*, n. 9/2013, 1608; e Corte EDU 13 febbraio 2002, *Odièvre v. France*, con nota di J. Long., *La Corte Europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso* Odiévre c. Francia, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 2/2004, 20283; A. Renda, *La sentenza* Odièvre v. France *della Corte Europea dei diritti dell'uomo: un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche*, in *Familia*, 2004, 1109 ss.

[8] La modifica della disciplina del parto anonimo e dell'accesso alle informazioni relative all'identità della madre è oggetto di tre disegni di legge: il d.d.l. 922 (Norme in materia di diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche, comunicato alla Presidenza il 7 novembre 2018), il d.d.l. 1039 (Disposizioni in materia di servizi socio-assistenziali, parto in anonimato e di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita, comunicato alla Presidenza il 31 gennaio 2019), il d.d.l. 1979 (Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di adozione dei minori e di riconoscimento delle origini biologiche, comunicato alla Presidenza il 15 ottobre 2020).

nascita[9]. Il fatto che il parto avvenga in un contesto sanitario adeguato è funzionale, di riflesso, anche alla tutela della salute del figlio.

Prima ancora, l'istituto del parto anonimo è diretto a preservare la vita del nascituro e a scongiurare l'eventualità che la madre per evitare le conseguenze sociali e giuridiche derivanti dal parto possa assumere decisioni drastiche per il figlio quali sono il ricorso all'aborto, legale o clandestino, o l'infanticidio[10].

La correlazione esistente tra parto anonimo e salvaguardia dell'interesse del minore sussiste anche su di un piano diverso, ossia quello dell'interesse del figlio all'acquisizione di uno *status*.

Come si è anticipato, fatta eccezione per i casi alquanto rari in cui intervenga il riconoscimento paterno, la dichiarazione della donna di non volere essere nominata apre la strada al procedimento abbreviato di adozione, donde si ritiene condivisibile l'affermazione che il parto anonimo «si configura alla stregua di un rimedio ad una condizione di difficoltà della gestante, tale da far ritenere preferibile, nell'interesse del bambino, che la madre possa recedere per sempre i legami giuridici con il nato e questi possa conseguire uno stato alternativo a quello fondato sul dato biologico»[11].

Nello scenario odierno il parto anonimo è, dunque, un istituto che si colloca sul piano rimediale e nel cui ambito l'abdicazione del ruolo di madre è funzionale a favorire la maternità in luogo dell'aborto e a preservare il diritto alla vita del nascituro; a tutelare la salute della donna e del figlio, nonché l'interesse del minore a conseguire uno *status* in tempi brevi a fronte dell'abbandono al momento del parto[12], donde la persistente fondatezza dell'istituto e la necessità di assicurarne il pieno e corretto funzionamento[13].

[9] Lo ha evidenziato A. Scalera, *Del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio*, in G. Di Rosa (a cura di), *Commentario del Codice civile* (II ed.), diretto da E. Gabrielli, *Della Famiglia*, *artt. 231-455*, Torino, Utet, 2018, 171.

[10] In questo senso sulla *ratio* del parto anonimo v. tra gli altri: M.N. Bugetti, *Del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario al codice civile*, diretto da A. Scialoja, G. Branca, F. Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli, 2020, 59; A. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Riv. AIC*, 2012, 14; V. De Santis, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, pma eterologa e cognome materno*, in *Nomos*, 2018, 7.

[11] Così M.N. Bugetti, *Del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio*, cit., 62 e 66. Cfr. anche J. Long, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 549 ss.

[12] Cfr. M.N. Bugetti, *Del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio*, cit., 59 e 62 Similmente v. anche E. de Belvis, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini biologiche*, in *Fam. e dir.*, 2017, 938-939.

[13] Lo evidenzia bene J. Long, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo*, cit., 554. Cfr. anche L. Lenti, *Adozione e segreti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 247. A. Mendola, *Diritto al parto in anonimato e interesse alla verità biologica della filiazione nel panorama europeo*, cit., 39, sulla connessione tra parto anonimo e interesse pubblico alla protezione della maternità e dell'infanzia.

§ 3. – *Il percorso evolutivo della giurisprudenza in tema di parto anonimo. Analisi critica*

Ricostruita in questi termini la *ratio* della disciplina dell'anonimato materno, si vuole ora tratteggiare il percorso evolutivo che ha interessato il parto anonimo, al fine di porre in luce le principali criticità dello stesso e cercare di offrire poi una diversa chiave di lettura idonea ad assicurare un più efficace bilanciamento dei diversi interessi in gioco.

Il punto di avvio di questo percorso è segnato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013 che, accogliendo le sollecitazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla necessità di bilanciare il diritto all'anonimato materno con il diritto del figlio di conoscere le proprie origini[14], ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (…), nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre, che abbia dichiarato di non voler essere nominata (…), su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione»[15].

La decisione della Corte costituzionale del 2013 ha segnato un punto di rottura con la disciplina del parto anonimo e ha aperto la via al proliferare di sentenze che hanno portato a un duplice risultato.

In primo luogo, in ragione della necessità di attenuare la rigidità della norma che impone per l'anonimato un vincolo temporale eccedente la durata della vita umana e in mancanza di intervento modificativo della normativa vigente da parte del legislatore, è stata rico-

[14] Ci si riferisce a Corte EDU 25 settembre 2012, *Godelli c. Gov. Italia*, cit., la quale muovendo dalla premessa che l'art. 8, par. 1, CEDU riconosce il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata ha affermato che «il diritto di conoscere la propria ascendenza rientra nel campo di applicazione della nozione di «vita privata», che comprende aspetti importanti dell'identità personale, di cui fa parte l'identità dei genitori». La Corte EDU ha censurato la normativa italiana sul parto anonimo in quanto non darebbe «alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto» e non pertanto assicurerebbe, dunque, il giusto equilibrio tra il diritto della madre a mantenere l'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini. In proposito si condivide quanto affermato in termini critici da E. de Belvis, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini biologiche*, cit., 937 e 939, secondo la quale il bilanciamento da attuare vede contrapporsi, piuttosto, due diritti diversi facenti capo al figlio, vale a dire il diritto del nascituro alla vita e alla salute e il diritto del figlio divenuto adulto di conoscere le proprie origini. Osserva l'A. che «contrapporre al diritto alla conoscenza il diritto alla riservatezza, solo perché nessun altro diritto sembra potersi ascrivere alla madre nel momento in cui del primo si chiede tutela è fuorviante, sebbene dovuto alla circostanza che il conflitto di cui si tratta riguarda diritti che non vengono in rilievo simultaneamente».

[15] Così Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, cit. Diversamente Corte cost. 25 novembre 2005, n. 425, cit., aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della l. 4 maggio 1983, n. 184, in considerazione del fine della norma che coincide con la tutela della salute della madre e del figlio.

nosciuta al figlio la possibilità di avviare un procedimento di interpello della madre di creazione giurisprudenziale che ha ricevuto l'avallo delle sezioni unite della Cassazione[16].

In secondo luogo, è stato affermato che, pure in assenza di una manifestazione di volontà diretta a rimuovere il segreto sull'identità della donna durante la vita, la morte determina la cessazione del segreto[17], fermo restando che il diritto del figlio di accedere alle informazioni sulle proprie origini deve essere esercitato con cautela al fine di proteggere il nucleo familiare che la donna abbia eventualmente costituito[18].

L'equazione morte – cessazione del segreto è stata fondata sull'argomento che, diversamente, il decesso della donna produrrebbe la cristallizzazione dell'anonimato censurata dalla Corte costituzionale e priverebbe irrimediabilmente il figlio del diritto di conoscere le proprie origini.

Secondo la giurisprudenza, dopo la morte della donna e in mancanza di una sua precedente manifestazione di volontà diretta alla rimozione del segreto, non vi sono ragioni preclusive non soltanto per la conoscenza del rapporto di filiazione, ma anche per la proposizione dell'azione di accertamento dello stato di figlio naturale, ove naturalmente il figlio non sia stato adottato da altra famiglia[19].

[16] Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Corr. giur*., 2017, 618 ss., con nota di M.N. Bugetti, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite,* che ha riconosciuto e legittimato il procedimento di interpello riservato della madre biologica anonima, ritenendo che quanto deciso con la sentenza Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 278, cit., debba essere considerato di immediata applicazione, nonostante il mancato intervento di una nuova norma sul punto, e ha richiamato il procedimento di volontaria giurisdizione previsto nell'art. 2, commi 5 e 6, l. n. 184/1983 nonché nell'art. 93, d.lgs. n. 196/2003, che impone l'osservanza delle opportune cautele per evitare che la partoriente sia identificabile. In argomento v. B. Checchini, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo "istituto" dell'interpello*, cit., 1295 ss.

[17] Cass., sez. I, 21 luglio 2016, n. 15024, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1488 ss., con nota di M.G. Stanzione, *Il diritto del figlio di conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti*; Cass. civ., sez. II, 9 novembre 2016, n. 2238, in *Foro it*., 2016, I, 3791 ss., con nota di G. Casaburi, *In tema di diritto del figlio adottivo alla conoscenza delle proprie origini*; Cass., sez. VI, 9 agosto 2021, n. 22497, in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, 5 ss. con nota di M.G. Stanzione, *Il diritto di conoscere le proprie origini tra identità del figlio e autodeterminazione della madre* e Cass., 7 febbraio 2018, n. 3002 reperibile all'indirizzo *https://dejure.it/*. Nella giurisprudenza tale orientamento è divenuto prevalente, sebbene non univoco. È interessante la decisione del Trib. minorenni Genova 23 maggio 2019, in *Dir. fam. e pers*., n. 1/2020, 201, secondo cui qualora il figlio si avvalga dell'istituto dell'interpello ed emerga che la madre sia defunta «non sarà possibile procedere alla divulgazione dei dati materni nel caso in cui si accerti che la *de cuius* aveva avuto altri figli durante la sua vita. Il diritto a conoscere le proprie origini necessita di essere bilanciato con il (qui preminente) diritto alla tutela della vita privata e familiare *ex* art. 8 CEDU». Sempre in termini negativi v. anche Trib. Milano, 7 settembre 2020, in *Fam. e dir*., 2020, 1143 ss., con nota di M.N. Bugetti, *Parto anonimo: la secretazione dell'identità della madre si protrae anche dopo la sua morte*.

[18] Cass., sez. II, 9 novembre 2016, n. 2238, cit.

[19] Cass., sez. II, 9 novembre 2016, n. 2238, cit.; Cass., sez. VI, 22 settembre 2020, n. 19824, in *Fam. e dir*., 2021, 163, con nota di A. Mendola, *Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato*; S. Galluzzo, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle origini,* in *IUS Famiglie* relativa però a una vicenda peculiare in

All'esito del percorso evolutivo della giurisprudenza, l'istituto del parto anonimo ha assunto, dunque, dei tratti ben diversi da quelli disegnati dalle disposizioni normative di riferimento. Restano, però, alcuni punti fermi.

La giurisprudenza non ha messo in discussione l'esistenza del diritto al parto anonimo, né la ragionevolezza della sua *ratio*, ma ha censurato soltanto l'«irreversibilità» della scelta della madre per l'anonimato nella misura in cui la decisione presa dalla donna al momento del parto rende definitivamente impossibile l'esercizio da parte del figlio del diritto a conoscere le sue origini[20].

Al riguardo è utile muovere una prima osservazione critica, anche al fine di scongiurare possibili equivoci sugli effetti derivanti dall'esercizio della scelta di partorire in anonimato.

Non è corretto, infatti, parlare di irreversibilità assoluta della scelta dell'anonimato, giacché l'iniziale dichiarazione della madre biologica di non voler essere nominata non preclude un eventuale ripensamento che intervenga prima della definizione del procedimento di adottabilità[21].

Ancora, le modifiche dell'istituto radicatesi nel diritto vivente non hanno inficiato la posizione di preminenza riservata alla libertà di scelta della donna nelle vicende dell'anonimato materno e questo emerge sotto due diversi profili.

Innanzitutto, la madre biologica rimane «arbitro unico» in ordine al superamento del segreto[22], che è possibile soltanto se la donna consente al disvelamento della sua identità, sicché «il diritto del figlio di conoscere le proprie origini si sostanzia, in primo luogo, nel diritto a che siano avviate la procedura di ricerca e interpello»[23].

---

cui la donna, pur avendo dichiarato di non volere essere nominata al momento del parto, aveva poi accolto il figlio nella propria casa e lo aveva trattato come tale. Nella dottrina sul punto v. A. Mendola, *Diritto al parto in anonimato e interesse alla verità biologica della filiazione nel panorama europeo*, in *Revista Boliviana de Derecho*, 2023, 39; O. Clarizia, *Dichiarazione di adottabilità, anonimato materno e diritto alla genitorialità*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, 115 ss.

[20] V. sempre Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, cit. Sulla stessa linea della Corte costituzionale quanto alla legittimità e fondatezza del diritto al parto anonimo si erano già espresse Corte EDU 25 settembre 2012, *Godelli c. Gov. Italia*, cit. e Corte EDU 13 febbraio 2002, cit.

[21] Cfr. Cass., sez. I, 7 febbraio 2014, n. 2802, in *Fam. e dir.*, 2014, 1003 ss., con nota di V. Carbone, *L'adottato alla ricerca della madre biologica*. V. anche Cass. 3, sez. I, dicembre 2018, n. 31196, in *Foro it.*, 2019, 889. Sulla revocabilità della scelta e sulle problematicità a essa connesse v. F. Gigliotti, *Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)*, cit., 928 ss.

[22] V. M.N. Bugetti, *Il diritto all'anonimato della madre incapace prevale sul diritto del figlio a conoscere le proprie origini*, in *Fam. e dir.*, 2021, 749 e B. Checchini, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 724.

[23] V. M.G. Stanzione, *Il diritto di conoscere le proprie origini tra identità del figlio e autodeterminazione della madre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 15.

Che la volontà della donna continui a occupare una posizione preminente nelle vicende dell'anonimato si evince poi dalla circostanza che per la giurisprudenza lo stato di incapacità della madre costituisce un limite insuperabile per l'avvio del procedimento di interpello.

Ci si riferisce, in particolare, alle decisioni che hanno negato l'accesso alle informazioni richieste dal figlio in ragione dello stato psicofisico della madre, giudicata incapace di esprimere la propria scelta o comunque soggetto particolarmente vulnerabile[24].

Nel quadro tracciato dalla giurisprudenza la volontà della madre viene meno soltanto in caso di morte, trattandosi di un evento che, secondo l'orientamento prevalente, determinerebbe il superamento delle ragioni di protezione risalenti alla scelta di partorire in anonimato e, dunque, la cessazione del segreto sull'identità della partoriente.

L'affermazione che con la morte della madre biologica cessa ogni ragione di tutela del suo anonimato non è, invero, condivisibile, sia in ragione della necessità di preservare l'identità sociale costruita in vita dalla donna, sia in considerazione degli effetti che il disvelamento dell'identità *post mortem* può avere su eventuali discendenti e familiari della donna fino ad allora ignari della vicenda[25].

§ 4. – *Tutela del diritto del figlio alla conoscenza delle origini* vs *oblio materno: un nuovo possibile equilibrio*

Il percorso evolutivo che ha interessato il parto anonimo mostra che nell'ordinamento italiano il diritto della donna di partorire nell'anonimato non è messo in discussione.

Gli esiti a cui è approdata la giurisprudenza rischiano, però, di compromettere il funzionamento dell'istituto e di farne venire meno la ragione giustificatrice.

Si è avuto modo di chiarire che il riconoscimento in capo alla donna del diritto di partorire nell'anonimato è funzionale a tutelare anche la vita e la salute del nascituro e a realizzare, quindi, l'interesse pubblico alla prevenzione di aborti e infanticidi.

[24] Cass. civ., sez. I, 9 agosto 2021, n. 22497, cit.; Cass. civ., sez. I, 3 marzo 2022, n. 7093, in *Guida al diritto*, n. 10/2022.

[25] M.N. Bugetti, *Il diritto all'anonimato della madre incapace prevale sul diritto del figlio a conoscere le proprie origini*, cit., 750; E. Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*, in *Fam. e dir.*, n. 1/2017, 15 ss. V. anche le critiche di M. Renna, *L'anonimato materno tra autodeterminazione soggettiva e disvelamento identitario indotto*, in *BioLaw Journal*, 2022, 171 ss. In termini favorevoli alla cessazione del segreto sull'identità alla morte della madre v., invece, S. Stefanelli, *Anonimato materno e genitorialità dopo Cass., sez. un., n. 1946 del 2017*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 1041 ss.

Per la piena realizzazione di tali obiettivi la legge garantisce alla donna di poter contare sul perdurare della protezione dell'anonimato per un arco temporale eccedente la vita sua e verosimilmente anche quella del figlio, giacché se la madre fosse esposta al rischio del disvelamento della propria identità in un futuro incerto potrebbe essere indotta a preferire al parto anonimo quelle scelte pregiudizievoli per il nascituro come l'aborto o l'infanticidio che attraverso tale istituto si vogliono evitare[26].

I dubbi avanzati circa l'idoneità del parto anonimo a conseguire simili i risultati sul piano empirico non bastano a giustificare la radicale trasformazione dell'istituto ad opera della giurisprudenza, ma spingono, piuttosto, a interrogarsi sull'opportunità di modificare la regolamentazione della materia[27].

Peraltro, appurato che la garanzia data dall'estensione temporale dell'anonimato è necessaria al fine di non compromettere la piena e corretta operatività dell'istituto non si ritengono condivisibili gli approdi della giurisprudenza, giacché il solo rischio di essere interpellata in futuro per confermare o meno la decisione del mantenimento del segreto oppure di vedere svelata la propria identità dopo la morte potrebbero indurre la donna a preferire quelle decisioni drastiche che con il parto in anonimato si vogliono evitare[28].

La strada per tutelare il diritto del figlio di conoscere le proprie origini potrebbe essere, piuttosto, quella suggerita dal disegno di legge n. 1039 del 2019 che prevede la possibilità di interpellare la madre soltanto nel caso in cui lei stessa si sia resa previamente contattabile, ovvero nell'ipotesi in cui abbia successivamente revocato la sua volontà di non essere nominata rinunciando al diritto all'anonimato con espressa comunicazione al tribunale per i minorenni del luogo di nascita del figlio[29].

Attraverso un simile meccanismo, che fa dipendere la proponibilità dell'interpello dalla precedente rinuncia della madre all'ano-

[26] Cfr. S. Troiano, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il «dilemma» del diritto della donna partoriente nell'anonimato*, cit., 192.

[27] Per una serrata critica degli argomenti tradizionalmente addotti a fondamento dell'anonimato materno v. C. Renda, *Accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, in *Fam. e dir.*, 2004, 521; Idem, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, Giappichelli, 2008, 215 ss.

[28] Su questa linea v. M.N. Bugetti, *Il diritto all'anonimato della madre incapace prevale sul diritto del figlio a conoscere le proprie origini*, cit., 749 e Idem, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*, cit., 633; C. Granelli, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra corti*, in *Pers. e merc.*, 2017, 50 ss.

[29] Diversamente dal d.d.l. 1039, il d.d.l. 922 e il d.d.l. 1979 citati nella nt. 9 prevedono che la revoca dell'anonimato può avvenire per iniziativa spontanea della donna o a seguito di interpello da parte del tribunale per i minorenni, su richiesta del figlio. Per un'analisi dei tre disegni di legge v. S. Cacace, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche e la volontà della madre di non essere nominata*, in *Oss. dir. cost.*, n. 3/2022, 1 ss.

nimato, si riescono a contemperare i diversi interessi in gioco senza compromettere il funzionamento dell'istituto, giacché la donna non è costretta a subire interventi esterni che potrebbero turbare il suo equilibrio.

È certo che se la madre non intende revocare l'anonimato la secretazione perpetua della sua identità impedisce al figlio di realizzare il diritto alla conoscenza delle origini e, di fatto, cristallizza anche l'esenzione della madre dalla responsabilità per procreazione.

Tali conseguenze si giustificano evidentemente in ragione della salvaguardia del bene vita del nascituro che richiede la massima protezione possibile.

Abstract

This paper is concerned with the new paths of anonymous childbirth. The author reconstructs the rationale of the institution, the evolutionary path of jurisprudence, showing its critical aspects, and indicates the useful path for achieving a more effective balancing of the right to maternal anonymity and the child's right to know his or her origins.

VI.33. *Exploring the Role of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the dialogue between national and European legal concepts*

A comparative and linguistic analysis in Family Law

di Caterina Bergomi*

Summary: § 1. – Introduction. § 2. – EU legal linguistic regime and legal concepts. § 3. – The doctrine of autonomous interpretation. § 4. – Conclusion.

§ 1. – *Introduction*

The present essay[1] addresses two pivotal aspects within the context of European Union (EU) law. Firstly, it explores the EU's legal linguistic regime and legal concepts, emphasizing the notion of hybridity, which is often associated with the multilingual nature of EU texts and the EU translation regime[2]. This concept comes to the forefront when analysing EU legal translation, legal language, and the broader legal culture. In the context of the EU, hybridity symbolizes a "compromise", reflecting the convergence of constituent legal cultures and the fusion of linguistic and cultural norms in an environment devoid of linguistic neutrality[3].

Borrowed from other disciplines such as anthropology[4] and linguistics, it is introduced alongside traditional comparative law con-

* University of Trento.

[1] This contribution is the written revised transposition of the oral presentation in occasion of the Just Parent Final Conference (Modena, 22-24 February 2024). I would like to thank the organising committee of the Final Conference, as well as Prof. H. Grothe (chair) and the colleagues J. Pawliczak, and L. Estevel Alguacil with whom I shared the panel "The recognition of new forms of parenthood in a global perspective".

[2] See among others: E. Clay, K. McAuliffe, *Reconceptualising the third space of legal translation: a study of the Court of Justice of the European Union*, in *Comparative Legilinguistics*, n. 45/2021, 93-126; A. Trklja, *A corpus investigation of formulaicity and hybridity in legal language a case of EU case law texts*, in S. Goźdź-Roszkowski, G. pontrandolfo (eds.), *Phraseology in Legal and Institutional Settings: A Corpus-based Interdisciplinary Perspective, Law, Language and Communication*, London, New York, Routledge, 2018, 89-106.

[3] See: A. Trosborg, *Text Typology and Translation*, Amsterdam, Philadelphia, John Benjamins Publishing Company, 1997, 146-147; C. Schäffner, B. Adab, *The idea of the hybrid text in translation revisited*, in *Across Languages and Cultures*, n. 2/2001, 277-302.

[4] The notion of hybridity has a direct connection with the work of Honni Bhabha, who uses it to describe a "third space," a "in-between" reality, and a difference "within". The tension between two cultures is not always resolved by a third term, according to Bhabha; rather, hybridity retains the opposition in place and investigates the voids between fixed identities through their ongoing flux. H. Bhabha (ed.), *The Location of Culture*, London, New York, 1994 and 1998. See also: R. Freedman, N. Lemay-Hebert, *Critical hybrid-*

cepts to describe the evolving landscape in comparative law studies[5]. Contemporary society and the legal context are characterized by a complex network of legal relationships, an intricate interplay between law and the nation-state, the multiplication of actors and authors, and myriad socio-political and territorial dislocations within the legal sphere[6]. Thus, on one side, the present-day world is marked by interconnected, increasingly fluid elements, with a propensity for heightened communication, interaction, and mutual dependence. On the other hand, globalization also affects legal phenomena and has earned the appellation of a «non-totalizable totality»[7].

Secondly, the doctrine of autonomous interpretation is examined, an interpretative criterion on which the Court of Justice of the European Union (CJEU or the Court) frequently relies[8]. This doctrine allows the Court to provide uniform interpretations of EU law, ensuring consistency while balancing the unique legal traditions of each Member State (hereafter MS)[9]. To illustrate this aspect, the essay concludes with an example from family law – a domain traditionally among the competences of MS' law[10], but increasingly influenced by EU law through the application of autonomous interpretation.

By examining these elements through the lens of comparative and linguistic methodologies, the aim is to analyse the intricate relationship between national and European legal frameworks. It reveals how

ity: exploring cultural, legal and political pluralism, in R. Freedman, N. Lemay-Hebert (eds.), *Hybridity: Law, Culture and Development*, London, Abingdon, 2017.

[5] Along with traditional concepts, as "models circulation" and "legal transplants" (see: R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I and II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, n. 1/1991, 1-34; A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, II ed., Athens and London, University of Georgia Press, 1993), a lexicon of terms like "hybridity," "multiple legalities," and "flexible law," has emerged to acknowledge the multi-dimensional character of this evolving legal context (see: K. von Benda-Beckmann, B. Turner, *Anthropological Roots of Global Legal Pluralism*, in P.S. Berman (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism,* Oxford, Oxford University Press, 2020; M.R. Ferrarese, *Tra rafforzamenti e indebolimenti. Il contraddittorio statuto dei confini in epoca post-globale*, in *Teoria politica* (online) n. 10/2020, 191-205; S. Ferreri, L.A. Di Matteo, *Terminology Matters: Dangers of Superficial Transplantation*, in *Boston University International Law Journal*, n. 1/2019, 35-87.

[6] P.S. Berman (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford, Oxford University Pres, 2020; S.P. Donlan, J. Mair, *Comparative Law. Mixes, Movements and Metaphors*, New York, NY, Routledge, 2021.

[7] Original in Italian: «Totalità non totalizzabile», in M.R. Ferrarese, *Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/ somiglianze,* in *Rivista critica di diritto privato*, n. 3/2013, 369-402.

[8] See, for instance: K. Lenaerts, J.A. Gutierrez-Fons, *Les méthodes d'interprétation de la cour de justice de l'UE*, Brussels, Brulyant, 2020.

[9] L. Mancano, *Judicial harmonisation through autonomous concepts of European Union Law: The example of the European Arrest Warrant Framework decision*, in *European Law Review*, 2018, vol. 43, no. 1, 69-88; P. Rrapi, *La garantie des droits sans la limitation du pouvoir. Observations sur l'interchangeabilité des organes constitutionnels dans le cadre du contentieux européen des libertés*, in *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n. 21/2022, 1-13.

[10] *https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/civil-justice/family-law/overview-family-matters_en*.

the EU's competencies have expanded through autonomous interpretation. This exploration demonstrates the dynamic interplay between national cultural identities and EU principles, showing how the CJEU could contribute to the development of a unique, hybrid, multilingual legal culture within the EU by merging national legal elements with the supranational EU framework.

§ 2. – *EU legal linguistic regime and legal concepts*

The EU translation regime, rooted in multicultural compromises, shapes a unique legal language[11]. As underlined by Rodolfo Sacco, legal language should be based on the correspondence between a given word and a category[12]. Nevertheless, when it comes to the European Union such correspondence would presuppose a European legal language grounded on a common legal culture. Indeed, as Antonio Gambaro noted the European Union does not have its own legal tradition and culture and the language reflects the artificial situation as it is[13]. Thus, there is a missing semantic basis, also known as a semantic social contract[14], and consequently a lack of objectivity in the legal message. The social and cultural richness and dynamism of the EU Member States are undeniable and lead to differences in interpretation[15].

Furthermore, it is well-known that the terminology used in legal contexts often reflects underlying concepts or methods of understanding the relationships being examined or regulated, while also embedding latent meanings that subtly shape their interpretation and practical application[16]. This is particularly evident in family law, where the choice of terms can greatly influence the interpretation of rights and duties arising from family connections. As has been observed, the

[11] See: R. Sacco, L. Castellani (eds.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, Torino, l'Harmattan, 1999.

[12] R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 2015.

[13] A. Gambaro, *Jura et Leges nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*, in *Europae Diritto Privato*, 1998, 993-1018. A. Gambaro, *A proposito del plurilinguismo legislativo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004, 287. See also: E. Ioriatti, *A Twenty-First Century Approach to Law and Language in Europe*, in O. Moréteau, A. Parise (eds.), *Comparative Perspectives on Law and Language*, Maastricht, Eleven International Publishing, 2022, 35-62.

[14] M. Ricca, *How to Undo (and Redo) Words with Facts: A Semio-enactivist Approach to Law, Space and Experience*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, n. 36/2023, 313-367.

[15] E. Ioriatti, *Comparative Law and EU Legal Language: Towards a European Restatement?*, in *Global Jurist*, n. 2/2021, 305-340.

[16] S. Patti, *Un linguaggio giuridico condiviso per l'Europa* in, S. Patti, M.G. Cubeddu (eds.), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008, 3-10. On latency in law see: C. Costantini, *Lurking Glares. A Comparative Critique of Latency and Cryptotypes*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, n. 37/2024, 1617-1627.

legal language of family relations is particularly complex because it is based on custom and is intended to convey legal meaning to lawyers and non-lawyers. For these reasons, and because of cultural differences, it is difficult to create an effective harmonised legal language in this area[17].

From the above it emerges how EU law is formulated in a very peculiar and specific environment: firstly, EU norms have, above all, a harmonizing scope, they are not drafted according to a pre-existing system of categories, concepts, and terminology[18]. Moreover, the EU law is multilingual, so concepts and norms are supposed to have a shared, common meaning, transferring the same legislative intent to all of the 24[19] official language versions[20].

As this specific environment shapes the content and structure of EU norms, the legal language of EU acts becomes inevitably unique and original. This uniqueness can sometimes leave national jurists without familiar interpretive references, as they must apply norms formulated outside their own legal and cultural framework. A typical example is concept of *habitual residence*. In EU law, 'habitual residence' is a typical neologism as far as its meaning is concerned: the expression is not new as such, bearing in mind its common-law homologue, but the meaning attributed in the European context is different. Here we are dealing with a formal transposition from the English of the common-law to the English as used in the EU; the latter has then given rise to a linguistic calque in the Italian language (residenza abituale) and French (résidence habituelle)[21]. It is also of a polysemy, a typical phenomenon occurring in EU legislation, when the same concepts, even if they are identical from a semantic/linguistic point of view, must be

[17] S. Patti, *Un linguaggio giuridico condiviso per l'Europa,* cit.

[18] B. Pozzo, *Multilingualism, Legal Terminology and the Problems of Harmonising European Private Law*, in B. Pozzo, V. Jacometti (eds.), *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, The Hague, Kluwer law International, 2006.

[19] Art. 1, EEC Council: Regulation No. 1 determining the languages to be used by the European Economic Community: "The official languages and the working languages of the institutions of the Union shall be Bulgarian, Croatian, Czech, Danish, Dutch, English, Estonian, Finnish, French, German, Greek, Hungarian, Irish, Italian, Latvian, Lithuanian, Maltese, Polish, Portuguese, Romanian, Slovak, Slovenian, Spanish and Swedish". See: M. Bajčić, *Linguistic comparison within CJEU's Decision-Making: A debunking exercise*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 2020; A. Doczekalska, *Legal Languages in Contact: EU Legislative Drafting and Its Consequences for Judicial Interpretation*, in S. Marino et al. (eds.), *Language and Law*, Cham, Springer, 2018.

[20] B. Pozzo, *Multilingualism, Legal Terminology and the Problems of Harmonising European Private Law*, cit. See also: M. Bajčić, *Terminological variation and conceptual divergence*, in Ł. Biel, H.J. Kockaert (eds.), *Hanbook of Terminology - Vol. 3*, Amsterdam, Philadelphia, John Benjamins Publishing Company, 2023, 271-288.

[21] E. Ioriatti, *Visualizing EU law through meta-concepts and legal formants,* in Ł. Biel, H.J. Kockaert (eds.), *Hanbook of Terminology - Vol. 3*, cit., 289-309.

interpreted differently according to the different area of EU law we are considering[22].

Interdisciplinarity has proven indispensable here, as EU law is framed and structured by multilingualism, incorporating both linguistic and juridical elements. Specifically, semiotics, particularly the branch dealing with the language of law, is crucial for multilingual studies. Within this discipline one of the methods is meta-language, described as «a (legal) language speaking of another legal language»[23], to analyse different levels of legal discourse[24].

Against this backdrop, the concept of hybridity, originally borrowed from literary theory and postcolonial studies[25], has evolved into a significant analytical tool across disciplines. Emerging from racial discourse, hybridity was later introduced into the social sciences and has since been employed in diverse fields, including anthropology, cultural studies, and translation studies. A hybrid is often defined as «a new creation built from different elements»[26], functioning as a dynamic force that fosters the development of new cultural forms, challenges established ways of thinking, and increases variety[27].

---

[22] On the polysemy: E. Ioriatti, *Linguistic Precedent and Nomadic Meanings,* in *EC Private Law*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2009. The notion of "habitual residence" (declined also in the notion of 'child's habitual residence') is present in different EU legislative acts, included in both Brussels II-bis Regulation and the 1980 Hague Convention, none provide an accurate definition of this legal precepts. – Succession Regulation –; differences in the meaning of "habitual residence" appear, according to the different area of EU law we are considering. The notion of habitual residence is subject to a nuanced analysis that involves a continuous interchange between the specifics of national legal frameworks and the overarching principles at the European level. For instance, the case-law of the CJEU defines the autonomous concept of habitual residence of the child as functional and plays a key role in establishing a set of criteria that may determine a connecting factor based on the best interests of the child, determined on a case-by-case basis. By exploring the intricate dynamics of these autonomous concepts, we gain valuable insights into the Court's role in shaping a cohesive legal landscape within the European Union. See also: *https://eapil.org/2020/10/01/on-habitual-residence-under-the-eu-regulations-on-family-matters-once-and-for-all/; https://aldricus.giustizia.it/risorse/schede-informative-3/la-residenza-abituale-del-minore/.*

[23] M. Jori, A. Pintore, *Filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014, 179.

[24] In this context, the semiotic concept of meta-language serves as a valuable observation point to study the relationship between the legal language of the European drafter (EU legislative formant), the legal language of national courts (case law formant) that interpret and apply such legislation, and the national drafter who transposes it (national legislative formant). From this semiotic perspective, EU law is viewed as a meta-language, as the norms of secondary legislation, particularly directives and regulations, function as meta-norms in semantic terms. These meta-norms, in turn, prescribe some content of the lowest-level norms: court decisions or the content of directive-transposing national legislation. On this point see: E. Ioriatti, *A Twenty-First Century Approach*, cit.

[25] See: R. Freedman, N. Lemay-Hebert, *op. cit.*; M.M. Kraidy, *Hybridity, or the Cultural Logic of Globalization*, Philadelphia, Temple University Press, 2005, VI; J. Lund, *The Impure Imagination: Towards a Critical Hybridity in Latin American Writing*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2006.

[26] See the online Oxford English Dictionary: «hybrid: anything derived from heterogeneous sources or composed of different and incongruous elements», *www.oed.com/view/Entry/89809?redirectedFrom=hybrid#eid*.

[27] A. Trklja, *op. cit.*, 91-92.

In the field of legal translation studies, particularly with regard to EU texts and the challenges and paradoxes of EU terminology, the need for an ad hoc theoretical framework becomes evident. This framework requires a re-evaluation and redefinition of traditional concepts in translation studies, introducing innovative approaches such as hybridity and in-betweenness[28].

The recognition of the connection between language and concepts allows to transfer the notion of hybridity from the texts to the concepts expressed in them. Indeed, in this essay, it is argued that this analytical tool, traditionally used in linguistics, can also be applied to the analysis of the EU's legal conceptual framework, as further developed in the following sections.

§ 3. – *The doctrine of autonomous interpretation*

It is widely recognized that the European Union is a multifaceted and complex system in which diverse legal cultures – each shaped by its historical roots and adapted to meet distinct practical needs[29] – aim to merge into a multilingual legal environment. This process involves a new circulation of models and concepts from various legal traditions, with hybridity serving as an analytical tool for examining the integration and interaction of these distinct legal elements[30].

As showed studies in other disciplines have previously applied the concept of 'hybridity' as a framework for interpreting phenomena related to the EU. However, the case law of the CJEU has rarely been examined through this lens[31]. This perspective could prove valuable

[28] V. Sosoni, *A Hybrid Translation Theory for EU Texts*, in *Vertimo studijos*, n. 5/2012, 76-89.

[29] One understanding of 'functionalism' emphasizes the idea that law responds to the needs of society, highlighting the relationship between law and the needs of society. M. Graziadei, *The functionalist heritage*, in P. Legrand, R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, CUP, 2003, 100-127.

[30] Also, in accordance with the etymology of the verb to translate, from the Latin 'transducere', which means to guide or pass through (to transfer). In connection to the idea of translation as transfer of meaning, to the terms 'legal transplant' Ricca prefers "translation", "trans-transduction" and even "metaphor", since in the author's opinion these terms better highlight the semantic shift beyond – especially in relation to their etymological root – the geographic-spatial one. See: M. Ricca, *Divorzi diversi e geografia giuridica interculturale. Il "termine" mobile del matrimonio*, in *CALUMET – intercultural law and humanities review*, 2017, 1-32.

[31] See among others: K. McAuliffe, *Hybrid Texts and Uniform Law? The Multilingual Case Law of the Court of Justice of the European Union*", in *International Journal for the Semiotics of Law*, n. 1/2011, 97-98.; C. Schäffner, B. Adab, *The Idea of the Hybrid Text in Translation: Contact as Conflict*, in *Across Languages and Cultures*, n. 2/2001, 167-180; Ł. Biel, V. Sosoni, *EU Legal Culture and Translation in the Era of Globalisation. The Hybridisation of EU Terminology on the Example of Competition Law*, in F. Vogel (ed.), *Legal Linguistics Beyond Borders: Language and Law in a World of Media, Globalisation and Social Conflicts: Relaunching the International Language and Law Association (ILLA)*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2019.

in understanding the conceptual level of the EU, particularly those concepts deemed 'peculiar'[32] and autonomous. Indeed, legal concepts require interpretation within a broader perspective, as they are also influenced by cultural factors. The framework of hybridity sheds light on these concepts, viewing them not only as essential components of legal systems but also as structures deeply intertwined with social and cultural dimensions. Scholars identify the EU framework's declared transnational and autonomous nature as one of its most significant challenges, often associating it with the notion of textual and conceptual hybridization[33].

Against this backdrop, the Court plays a key role in shaping the European conceptual framework by establishing the autonomy of legal concepts. It has been stated that «conceptual autonomy and the autonomy of the EU legal order are two sides of the same coin» and that in response to the conceptual uncertainties, the Court elaborated the so called "doctrine of autonomous interpretation"[34].

Autonomous concepts have been presented[35] as a tool on which the Court relies to both grant the respect of the linguistic equality principle and to favour closer legal integration through interpretation. Indeed, the Court states that a term requires an autonomous and uniform interpretation throughout the EU, which must consider the context of that provision and the purpose of the legislation in question[36]. It is a way to establish the semantic independence of concepts and ensure compliance by States with their Treaty obligations, and it is not unique to EU law[37].

When responding to a question raised by a national judge, the Court generally does not deal with the mere meaning of a linguistic expression, because its main aim is to ensure that the rule is inter-

[32] «19. It must be borne in mind that even where the different language versions are entirely in accord with one another, Community law uses terminology which is peculiar to it.» Judgment of the Court of 6 October 1982. Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health. Case 283/81, ECLI:EU:C:1982:335. Available at : *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:61981CJ0283*.

[33] Ł. Biel, *The hybridity of EU discourse and its impact on national languages*", in Idem, *Lost in the Eurofog: the textual fit of translated law*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2014.

[34] L. Azoulai, *The Europeanisation of Legal Concepts*, in U. Neegaard, R. Nielsen, L. Roseberry (eds.), *European Legal Method – In a Multi-Level EU Legal Order*, København, Djoef Publishing, 2012.

[35] L. Mancano, *op. cit.*, 70.

[36] *Ibidem*.

[37] It is worth to remember that "autonomous notion" was firstly developed to address the need for a consistent representation of the precepts and values of the European Convention on Human Rights (ECHR). Two theoretical foundations for autonomous interpretation can be identified within the Vienna Convention, specifically in Section 4 of Article 31 and Article 5. See among others: H. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Cambridge, Intersentia, 2011; G. Letstas, *The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR*, in *European Journal of International Law*, n. 2/2004, 279-280.

preted uniformly[38]. Sometimes it is to give the definition of a specific term, which is not necessarily the same as in Member States law, even if they are synonymous[39]. As a result, in EU law, the concept must be considered in terms of a specific legal regime. As stated by the Court itself in previous case law, EU legal concepts are mostly functional and must be analysed within their respective contexts[40].

Generally, the Court identifies an autonomous concept of EU law when the provision in question does not refer to the law of the Member States. However, even when an express reference to national law is present, this does not automatically preclude the possibility of defining the concept autonomously[41]. The interpretation of such autonomous concepts is the result of a dynamic process of dialogue and comparison between the national and European levels, carried out by the CJEU, taking into account the specific legal framework, the context of the provision and the different language versions[42].

As stated by the Court aim, objective and context constitute the test to define the content of the term concerned, therefore with the expansion of the competences of the Union also the use of the autonomous concept is increased proportionately. For instance, the very first use of this technique was related to free movement and internal market (the definition of worker[43]), then it has been extended to other areas (such as EU citizenship: legal residence in the context of Directive 2004/38/EC)[44].

Although the creation of the Internal market has always been central to the EU project, scholars increasingly highlight a growing array

[38] Art. 19 TUE and art. 267 TFUE.

[39] This idea of "autonomous concepts" has been traced back to Scarpelli's concept of "linguistic redefinition" – an expression proper to semantics. "Linguistic redefinition" can mean either giving an unambiguous and precise meaning to an expression within the framework of pre-existing usages or giving a new meaning that is near to the meaning or range of meanings it had in earlier usages. G. Ubertis, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in F. Ruggieri, T. Rafaraci et al (eds.), *Processo penale, lingua e Unione Europea*, Padova, Cedam, 2013; U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), Milano, Giuffrè, 1985, 65-66.

[40] See: L. Azoulai, *op. cit.*, 170-173. As noted by B. Pozzo «[l]egal concepts have a demarcation function, which may vary according to the legal system being considered as the reference context», B. Pozzo, *op. cit.*, 8.

[41] K. Lenaerts, K. Gutman, *The Comparative Law Method and the European Court of Justice: Echoes Across the Atlantic*, in *The American Journal of Comparative Law*, n. 4/2016. See also: M. Graziadei, *Financial Collateral Arrangements: Directive 2002/47/EC and the Many Faces of Reasonableness*, in *Uniform Law Review*, n. 3 del 2012, 497-506.

[42] A. Doczekalska, *op. cit.*; K. Lenaerts, J.A. Guttiérez-Fons, *To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice*, n. 2/2014, 3-48.

[43] «The concept of 'wage-earner or assimilated worker' has thus a community meaning, referring to all those who, as such and under whatever description, are covered by the different national systems of social security». Judgment of the Court of 19 March 1964. Mrs M.K.H. Hoekstra (née Unger) v Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten (Administration of the Industrial Board for Retail Trades and Businesses), C-75/63.

[44] L. Mancano, *op. cit.*, 74.

of tasks, values, and interests that the EU seeks to pursue and protect. These evolving priorities also influence core principles of the EU, including the cornerstone of free movement of people[45]. A particularly illustrative example can be found in the realm of family law, where shifting family structures and new forms of parenthood have come to the fore. The case law of the Court of Justice demonstrates a delicate balancing act: upholding the right to freedom of movement while respecting the national identities and traditional family norms of the Member States[46].

A compelling example of how autonomous concepts are interpreted through an ongoing dialogue and dynamic comparison between national and European levels is evident in the renowned Coman case (C-673/16)[47] and the autonomous concept of 'spouse'[48]. The Adrian Coman case is a significant example of EU law interpretation through comparative law[49]. By means of this methodology, the CJEU integrate into its case law the various socioeconomic contexts and cultural specificities of the Member States.

The term 'spouse' is not a neologism, as it is a private law concept of the various legal tradition; however, it is a key concept in the abovementioned EU directive, has been qualified as an autonomous concept of EU law. At the national level 'spouse' is a concept defining the parts who, under the law of the Member States, can conclude a valid marriage act. In the Italian legal system, the term refers, and is applicable, to heterosexual married couples only[50]. In French law[51], same-sex

[45] Among others: S.A. de Vries, *Recent trends in EU internal market legislation*, in Ł.T. von den Brink, V. Passalacqua (eds.), *Balancing Unity and Diversity in EU Legislation*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2024, 17-41.

[46] K. FLenaerts, J.A. Gutierrez-Fons, *To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice*, in 20 *R Colum. J. Eur. L.* 3 *5, 2014.

[47] Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 June 2018. Relu Adrian Coman and Others v Inspectoratul General pentru Imigrări and Ministerul Afacerilor Interne. Request for a preliminary ruling from the Curtea Constituţională a României, Case C-673/16.

[48] In 2010, Adrian Coman, a Romanian national and thus EU citizen, married Claibourn Robert Hamilton, a citizen of the United States, in Belgium, an EU Member State where same-sex marriage is legal. The Civil Code of Coman's home country Romania prohibits same-sex marriage and does not recognise same-sex marriages performed abroad. On these grounds, the Romanian immigration authorities denied a residence permit for his spouse when the couple wanted to move back after living in the United States. They challenged the decision before the Court of First Instance in Bucharest, which referred the case to the Constitutional Court of Romania, which in turn asked for a preliminary ruling from the European Court of Justice. See among others: C. Frattone, *Same-Sex Spouses' Rights in the ECJ's Coman Case (December 2019)*, in *Roma Tre Law Review*, n. 2/2019.

[49] Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 11 January 2018, Case Coman and Others.

[50] E.g. Art. 143 Italian Civil Code.

[51] LOI nº 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Available at: *www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000027414540*. It has modified the French Civil Code and, for instance, article 143 states : «Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe». See also: *https://www.notaires.fr/fr/expatriation/couples-dexpatries/expatries-mariage-homosexuel-et-resident-a-l'etranger*.

marriages are recognised, and therefore the term 'conjoint' is usually reserved for married persons (of different sexes or not)[52].

The analysis and comparison of the legal and social contexts of EU Member States reveal the absence of a shared 'traditional' definition of marriage. At the time of the decision, same-sex marriage had been legalized in fourteen Member States[53], underscoring the diversity of national approaches. This lack of consensus led the Court to interpret the term 'spouse' as a neutral concept, capable of adapting to the overarching objectives of the EU while respecting the preservation of national identities. However, as previous case law shows, this decision has not been possible before. For instance, in *D. v. Conseil*, the Court observed that «it was common ground that the term "marriage", as commonly understood by the Member States, means a union between two persons of different sexes»[54].

The Coman case is a vivid example of the Court's commitment to harmonizing diverse legal perspectives. This judgment is particularly noteworthy as it exemplifies how the comparative law method facilitates the interpretation of EU law in light of socioeconomic advancements across MS. As the Advocate General emphasized, EU law must be understood in the context of contemporary realities[55]. This task is particularly challenging, as it involves deeply personal aspects of identity and differing social views, as seen in cases concerning the definition of 'spouse' and 'marriage'[56].

Comparative law aims to analyse the context around legal rules, both inside and outside the law[57]. The comparative method, through its analysis of national legal concepts, not only reveals how autonomous EU concepts can be influenced by diverse national frameworks but also

[52] In France, the distinction is not based on the gender of the members of the couple, but on the type of union chosen. In fact, different-sex or same-sex couples cohabiting or wishing to cohabit may choose between three legal forms of union: marriage, the PACS or cohabitation, also known as 'free union'. Each of these forms of union has its own characteristics, in terms of degree of commitment and effects. See, for instance: *https://www.justice.fr/themes/différences-unions*.

[53] To have an overview of the in the EU MS concerning the formalisation of partnerships and same-sex marriages as of 2017 see: K. Boele-Woelki, A. Fuch (eds.), *Same-Sex Relationships and Beyond – Gender Matters in the EU*, III ed., Cambridge-Antwerpen, Portland, Intersentia, 2017, 6. In particular «Part I. Formalising a same-sex relationship: marriage and partnership» presents the state of legislation in the Member States, distinguishing between northern, central southern and eastern Europe. Interestingly Norway has been the first country to introduce gender-neutral marriage.

[54] Judgment of the Court of 31 May 2001, D. and Kingdom of Sweden v Council of the European Union. Joined cases C-122/99 P and C-125/99 P, ECLI:EU:C:2001:304.

[55] Opinion of Advocate General Wathelet, cit., para. 56: «As the Court itself has stated, a provision of Union law must be interpreted in the light of the state of its development on the date on which the application of the provision in question is to be made».

[56] Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 11 January 2018, Case Coman and Others.

[57] E. Grande, R. Miguez Nunez, P.G. Monateri, *The Italian Theory of Comparative Law Goes Abroad*, in *The Italian review of international and comparative law*, n. 1/2021, 5-28.

provides valuable insights into the dynamic interplay among components within the EU legal system. This approach is particularly significant in cases where legislative declarations leave concepts ambiguous, with the CJEU playing a pivotal role in their clarification. By fostering a deeper understanding of such concepts, comparative analysis ensures that their interpretation aligns with both the overarching objectives of the Union and the diverse legal traditions of its Member States[58].

§ 4. – *Conclusion*

To conclude, analysing autonomous concepts through a comparative approach and embracing the idea of hybridity highlights the need for continuous exchange and dialogue between national and supranational levels. This dynamic is particularly apparent in the interpretation of the term 'spouse', where its meaning requires careful balance to align with the overarching objectives of the EU while simultaneously safeguarding the diverse national identities of its Member States.

As it has been underlined during the interdisciplinary roundtable on the first day of the Final Conference, the role of words is crucial; if we don't have a word to express a concept, we are then talking about "invisible relationships"[59]. Despite the difficulties, it should be remembered that a shared language means awareness and agreement on the meaning to be attributed to terms used in different languages[60].

The perspective of hybridisation, examined through comparative and interdisciplinary methodologies, provides valuable insight into how this taxonomy integrates elements of social justice and legal-cultural harmonization. Analysing the EU legal framework – particularly in the field of family law – through the lens of hybridity offers a means of understanding the evolving "compromise" among various constituent legal cultures and the interplay of linguistic and cultural norms. This analysis is particularly relevant in a context where no 'linguistically neutral ground' exists, and the meaning of legal texts often emerges through the interconnections established between different texts[61]. The blending of national legal traditions within a supranational

[58] In a recent lecture at the University of Trento titled "Quando il diritto comparato c'é ma non si vede", Michele Graziadei observed that comparative law is often present in the judgments of EU judges, but it is not seen because it is not made explicit or identified as comparative.

[59] Presentation by Dott.ssa Eleonora Mazzoni (writer and scriptwriter), "relazioni invisibili".

[60] S. Patti, *op. cit.*, 9.

[61] Among others see: M. Tomasi, *Premessa. Il gioco delle definizioni*, in F. Cortese, M. Tomasi (eds.), *Le definizioni nel diritto Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, in *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, n. 26/2016, 9.

framework can lead to the creation a 'hybrid' legal-linguistic model, influencing both social and cultural dimensions.

Abstract

The European Union's complex legal system merges various legal traditions within a multilingual environment, creating diverse legal models and concepts. The multilingual nature of EU law poses significant challenges for legal interpretation and application, necessitating innovative approaches like hybridity. This essays analysis the role of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in this context, focusing on family law. It adopts a comparative and linguistic perspective to analyse two main aspects: the EU's legal linguistic regime and the doctrine of autonomous interpretation. Through interdisciplinary methodologies, including semiotics and comparative law, and case study analysis, the essay illustrates how the CJEU ensures uniform interpretation of EU law while balancing the unique legal traditions of Member States.

VI.34. *Evoluzione dei modelli familiari e successioni a causa di morte*

di Vera Bilardo*

Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Famiglia matrimoniale. § 3. – Unione civile. § 4. – Convivenze di fatto. § 5. – Filiazione adottiva. § 6. – Considerazioni conclusive.

§ 1. – *Premessa*

«L'istituto della famiglia è in movimento, come lo è l'intero tessuto dei rapporti sociali, e il movimento non è né uniforme né univoco»[1]. Questa analisi, formulata da Angelo Falzea in occasione del suo celebre commento alla riforma del diritto di famiglia del 1975, mantiene la sua attualità a distanza di quasi 50 anni.

È a tutti noto come lo schema strutturalmente rigido di famiglia fondata sul matrimonio indissolubile tra persone eterosessuali, in vista della procreazione, che caratterizzava il codice civile del 1942, sia stato del tutto superato da importanti riforme legislative, da arresti risolutivi delle corti superiori e da una costante attività della dottrina, volta a ricondurre la qualificazione e la legittimazione della famiglia alla ricorrenza, più che di un elemento strutturale, di un autentico rapporto di condivisione di affetti e di comunanza di vita, segno esteriore di sostegno e di accudimento reciproci[2].

Sotto il primo profilo, alla legge sul divorzio, che ha sancito la dissolubilità del matrimonio civile, hanno fatto seguito la riforma del 1975 che ha ridefinito i diritti e i doveri dei coniugi nel senso della loro uguaglianza morale e giuridica, e poi la riforma della filiazione che, unificando lo *status* di figlio, ha eliminato ogni distinzione, anche terminologica, tra figli legittimi e figli naturali, nonché, da ultimo, la legge sulle unioni civili e le convivenze con cui, recependo il monito della Corte di Strasburgo, il legislatore ha introdotto una regolamentazione

* Università degli Studi di Messina.

[1] A. Falzea, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 609 ss., e ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966, 857 ss., con il titolo *Famiglia e aspetti patrimoniali*.

[2] P. Perlngieri, *La persona e i suoi diritti*, Napoli, ESI, 2005, 367 ss.; V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1052, 1060 ss.; Idem, *«Famiglia» e «famiglie» in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 21; C.M. Bianca, *Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e sull'affetto filiale*, in U. Salanitro (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, Pacini, 2019, 122.

delle unioni tra persone dello stesso sesso, predisponendo, altresì, una, sia pur scarna, disciplina dei rapporti patrimoniali tra i conviventi[3].

La medesima rilevanza assumono anche gli interventi riformatori in materia di separazione e di divorzio che, attraverso la riduzione dei termini (l. 6 maggio 2015, n. 55) e l'introduzione di nuove procedure (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. l. 10 novembre 2014, n. 162), assegnano all'accordo e, dunque, al consenso, una indiscutibile centralità nella regolazione della vicenda familiare, anche in caso di crisi del rapporto coniugale[4].

Sotto il secondo versante, non possono non citarsi le pronunce della corte di Cassazione con cui è stata ribadita l'idoneità di persone omosessuali allo svolgimento di funzioni genitoriali[5] ovvero la possibilità che il partner di un'unione omoaffettiva adotti il figlio del compagno[6]. Mentre si deve alla Corte costituzionale il definitivo riconoscimento, nell'adozione in casi particolari, della rilevanza giuridica del rapporto tra adottato e parenti dell'adottante[7].

A fronte di questa evoluzione, il diritto successorio, che nel disciplinare la sorte dei beni delle persone per il tempo successivo alla loro morte risulta fortemente ancorato all'istituzione familiare, tanto nella successione legittima che necessaria, sembra essere rimasto pressoché immutato, solo lambito dalle riforme prima richiamate, e addirittura sordo a molte delle nuove istanze di tutela che la varietà delle forme familiari continua a generare[8].

§ 2. – *Famiglia matrimoniale*

Con riferimento al modello di famiglia c.d. matrimoniale, nonostante la riforma del 1975 e quella della filiazione del 2012/2013 abbiano operato nel senso del raggiungimento di un nuovo equilibrio e di una maggiore equità nella determinazione delle quote spettanti al coniuge e ai figli superstiti, il diritto successorio codicistico continua a rimanere imbrigliato nell'accertamento di un *status* (di coniugio, di filiazione, di parentela), riconoscendo al disponente limitatissimi spazi di autonomia per predisporre una trasmissione *mortis causa* della

[3] Corte Edu, 21 luglio 2015, ricorsi n.ri. 18766/2011 e 36030/2011, Oliari e al. c/ Italia.

[4] Una recente e approfondita analisi è fornita da F. Rende, *Crisi coniugale e accordo efficiente*, Napoli, ESI, 2023.

[5] *Ex multis*, Cass. 11 gennaio 2013, n. 601, in *Dir. fam. e pers*., 2013, I, 515.

[6] Cass. 22 giugno 2016, 12962, in *NGCC*, 2016, I, 1135.

[7] Corte cost., 28 maggio 2022, n. 79, in *Foro it*. 2022, 10, I, 2926.

Per un approfondimento, anche sui risvolti di diritto successorio, si rinvia a M. Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, in *NGCC*, 2022, 1013 ss.

[8] Per riflessione sul punto vedi F. Azzarri, *Mutamenti della famiglia e diritto successorio*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2021, 1039 ss.

propria ricchezza che soddisfi le nuove e diversificate istanze di tutela connesse al passaggio dalla famiglia-istituzione alla famiglia-comunità e che tenga in debito conto l'effettivo esplicarsi del rapporto familiare[9].

La libertà testamentaria, com'è noto, incontra il suo più incisivo limite nella tutela dei legittimari che, soprattutto in presenza di coniuge (anche separato) e di figli superstiti, vede fortemente ridotta la parte del patrimonio di cui è possibile liberamente disporre.

La legittima, del resto, è intangibile e la sua tutela si sostanzia non solo nella possibilità per il legittimario di impugnare le disposizioni lesive con l'azione di riduzione, ma altresì con il divieto per il testatore di poter validamente escludere dalla propria successione ascendenti, coniuge e figli[10].

L'ammissibilità di una clausola testamentaria a contenuto negativo, infatti, si arresta di fronte alla successione necessaria.

L'unica eccezione è rappresentata dall'articolo 448-*bis*, introdotto dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, che ammette la possibilità per il figlio di escludere dalla propria successione il genitore che sia decaduto dalla responsabilità genitoriale, per fatti diversi da quelli che integrano i casi di indegnità di cui all'articolo 463. Questo intervento legislativo, infatti, sembra porsi in continuità con l'introduzione del n. 3-*bis* al comma 1 dell'articolo 463 nel 2005, con legge 8 luglio, n. 137 per il quale è indegno il genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale per aver violato i doveri ad essa inerenti. E non può tacersi come nel dibattito sorto sull'individuazione dell'ambito di applicazione del 448-*bis*, nei suoi rapporti con la nuova ipotesi di indegnità, parte della dottrina abbia proposto un'interpretazione estensiva della fattispecie, tale da ricomprendere anche i casi in cui il genitore, benché non decaduto, abbia commesso gravi violazioni dei doveri familiari, violazioni che la giurisprudenza considera risarcibili ai sensi dell'articolo 2043[11].

Ad ogni modo, al di fuori di questa ipotesi, rimane ferma l'impossibilità per il testatore di escludere dalla successione un proprio legittimario.

E però, la stretta connessione tra inadempimento dei doveri familiari e perdita dei diritti successori, oltre a sollecitare una rimeditazione del fondamento delle successioni legittime alla luce di questi ultimi interventi riformatori, induce a considerare l'opportunità che la libertà

[9] V. Scalisi, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. priv. proc. civ.*, 1989, 410, il quale sottolinea come nel campo delle vocazioni legali il chiamato sia prescelto esclusivamente in ragione dell'appartenenza alla famiglia.

[10] Per un'analisi degli strumenti di tutela del legittimario non si può prescindere dal riferimento a L. Mengoni, *Successione per causa di morte,* Parte speciale, *Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu e Messineo*, diretto da L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 2000.

[11] Vedi, tra gli altri, V. Barba, *Principi successori del figlio nato fuori dal matrimonio e problemi di diritto transitorio*, in *Fam. e dir.*, 2014, 497 ss.; M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 241.

testamentaria consegua nuovi spazi con l'introduzione di altre ipotesi specifiche di esclusione, concernenti, stavolta, coniuge e figli legittimari, e ricollegate comunque alla violazione dei doveri familiari, come il dovere di assistenza e l'obbligo contributivo; ovvero che lo stesso risultato venga raggiunto attraverso la formulazione di una ipotesi generale che ammetta l'esclusione del legittimario tutte le volte in cui il rapporto familiare, nel suo esplicarsi, sia stato carente di quella solidarietà assunta a principio costituzionale anche, e soprattutto, nella comunità familiare[12].

§ 3. – *Unione civile*

Con riferimento, invece, ai nuovi modelli familiari che hanno ricevuto un riconoscimento normativo nella legge 20 maggio 2016, n. 76 che contiene la *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze*[13], la posizione dell'unito, sotto il profilo analizzato, appare sufficientemente garantita: il legislatore, dopo aver esteso al nuovo istituto buona parte della disciplina codicistica dettata per i coniugi in materia di regimi patrimoniali, gli attribuisce i medesimi diritti successori riservati all'unione matrimoniale[14].

Permangono alcune differenze per lo più riconducibili alla mancanza della separazione personale nell'ambito dell'unione civile. Ne consegue che non troveranno applicazione, benché richiamati, gli articoli 548 e 585 sulla successione del coniuge separato. Nell'ambito del nuovo istituto, infatti, il legislatore, in caso di crisi del rapporto, prevede lo scioglimento del vincolo attraverso la manifestazione di volontà espressa anche disgiuntamente dalle parti, seguita, entro tre mesi, dalla domanda di scioglimento dell'unione. In questo caso la legge non riconoscerà diritti successori all'unito se non nei limiti dell'articolo 9-*bis* della legge sul divorzio, che, invece, trova applicazione per espressa previsione normativa.

[12] M. Comporti, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Familia*, 2003, 29 ss.

[13] Legge 20 maggio 2016, n. 76. Per un commento all'intervento di riforma si rinvia a 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; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017*, Torino, Giappichelli, 2017.

[14] Sui diritti successori dell'unito civilmente G. Bonilini, *La successione* mortis causa *della parte superstite dell'unione civile*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini, vol. V, *Unioni civili e convivenza di fatto*, Torino, Utet, 2017, 465 ss.; M.C. Venuti, *I diritti successori della persona unita civilmente e del convivente di fatto: un confronto con il sistema tedesco*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 1246 ss.

§ 4. – *Convivenze di fatto*

Sostanzialmente diversa da quella dei coniugi e degli uniti è la posizione successoria dei conviventi di fatto, «persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale» che, attraverso il contratto di convivenza possono dettare una regolamentazione condivisa dei propri rapporti patrimoniali[15].

Estremamente contenuti sono i diritti successori riconosciuti al convivente superstite.

La legge 76, infatti, si è limitata a ratificare gli approdi della giurisprudenza costituzionale in ordine alla successione del convivente *more uxorio* nel contratto di locazione di cui fosse titolare il *de cuius* (comma 44)[16] e ad attribuire al superstite il diritto di abitazione della casa adibita a residenza comune se di proprietà del defunto e per un tempo molto limitato, non superiore comunque a cinque anni (comma 42)[17].

Nessuna modifica né alcun richiamo è stato fatto al libro secondo del codice civile: i conviventi continuano a non essere legittimari, né, tanto meno, successibili legittimi.

Tale esclusione, del resto, era stata sottoposta, seppure in tempi risalenti, al sindacato della Corte costituzionale[18]. In quella occasione, in cui il giudice relatore era Luigi Mengoni, indubbiamente l'esponente più autorevole della dottrina del secolo scorso in ambito successorio, la Corte costituzionale aveva confermato la legittimità degli 565 e 540 c.c. sottolineando come il diritto successorio esiga «che le categorie dei successibili siano individuate in base a rapporti giuridici certi e incontestabili» quali non possono essere considerati i rapporti di convivenza; e che la garanzia dei diritti successori del coniuge è data dalla reciprocità e dalla corrispondenza di diritti e di doveri che nascono dal matrimonio, mentre la convivenza «è un rapporto di fatto per definizione rifuggente da qualificazioni giuridiche di diritti e obblighi reciproci».

La mancanza di una adeguata tutela successoria del convivente superstite, ancor più evidente ove si consideri che finanche i parenti fino al sesto grado rientrano tra i successibili legittimi, è stata avvertita dalla dottrina che si è impegnata, insieme al ceto notarile, nella ricerca di soluzioni e di strumenti idonei a predisporla e che, a partire dalla

[15] La definizione è contenuta nell'art. 1, comma 36, l. n. 76/2016.

[16] Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, (in *Dir. fam. pers.*, 1990, 766 ss., con nota di M. Dogliotti, *La Corte costituzionale attribuisce (ma solo a metà) rilevanza giuridica alla famiglia di fatto*).

[17] Sui diritti successori del convivente di fatto G. Bonilini, *La successione* mortis causa *della persona "unita civilmente" e del convivente di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 80 ss.; F. Padovini, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it.*, 2016, 1771 ss.

[18] Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Dir. fam. pers.*, 1989, 474 ss., con nota di A. Scalisi, *Famiglia di fatto e diritti successori del convivente* more uxorio.

legge n. 76/2016, ha orientato tale impegno verso la questione della compatibilità del contratto di convivenza con il divieto di patto successorio – laddove, s'intende, il contratto contenga clausole volte a regolamentare aspetti successori a beneficio del convivente superstite[19].

Si è ritenuto, tuttavia, che una espressa previsione normativa sia l'unica via percorribile per aprire una breccia al divieto di patto successorio istitutivo, rispetto al quale non sarebbe possibile ammettere una deroga per via interpretativa quand'anche giustificata dalla specificità dell'attribuzione e dalla meritevolezza degli interessi dei conviventi[20].

E così, di fronte alla reticenza del legislatore nell'adeguare il diritto successorio alle istanze di tutela poste dal nuovo modello familiare, c'è da chiedersi se sia possibile formulare una proposta interpretativa[21] che sia in grado di eliminare o, quanto meno, di attenuare il divario tra il trattamento successorio del convivente superstite e quello riservato al coniuge, così come prospettato dalla *Commission on European Family Law* nell'elaborazione nei Principi di diritto europeo della famiglia[22].

L'elevato numero di divorzi dimostra come il matrimonio abbia perso quel carattere di stabilità che, nella giurisprudenza costituzionale ricordata, tanto lo allontanava dal rapporto di convivenza.

Si potrebbe forse affermare, sotto il profilo che a noi interessa e con una buona dose di semplificazione, che il vero elemento di distinzione tra i due modelli familiari risieda non tanto nella stabilità della relazione quanto nella stabilità dei rapporti patrimoniali tra i componenti la coppia che nel matrimonio è resa solida da una regolamentazione pervasiva, volta a rendere effettive quelle istanze di solidarietà sancite anche nel testo costituzionale.

Da questo punto di vista, però, il contratto di convivenza, nella sua pur scarna disciplina contenuta nella legge 76, potrebbe forse candidarsi ad attenuare ulteriormente tale distanza, nella misura in cui i

[19] E. Quadri, *«Unioni civili tra persone dello stesso sesso» e «convivenze»: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur*., 2016, 902; F. Macario, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contratti*, 2017, 10; S. Patti, *La convivenza «di fatto» tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Foro it*., 2016, c. 305 ss. e in *Familia*, 2017, 3 ss.

[20] D. Achille, *Comma 53*, cit., 658; F. Macario, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, cit., 10; U. Perfetti, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *NGCC*, 2016, 1761, il quale però ritiene che la validità di alcune pattuizioni, come l'assicurazione sulla vita, la rendita vitalizia, la clausola tontiniana ecc.., debba essere valutata in base alla portata del divieto di cui all'art. 458 c.c.

[21] Per un maggiore approfondimento si rinvia a V. Bilardo, *Regimi patrimoniali familiari e successione necessaria*, in *Familia*, 2023, 649 ss.

[22] K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. Gonzalez-Beilfuss, M. Jantera-Jareborg, N. Lowe, *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*, Cambridge, Intersentia, 2019.

Per un commento si rinvia a B. Landhal, L.A. Patti, *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions. Are all solution fair*?, in *Familia*, 2022, 905 ss.

Secondo S. Patti, voce *Convivenza e contratto di convivenza*, in *Enc. dir*., *Famiglia*, Milano, Giuffrè, 2022, 228 ss.

conviventi decidessero di dettare per via negoziale una disciplina dei loro rapporti patrimoniali tale da avvicinarli all'unione matrimoniale, soprattutto con riferimento alle «modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune»[23]. La distinzione tra coniugi e conviventi sotto il profilo del riconoscimento dei diritti successori, a questo punto, diventerebbe sempre più difficile da giustificare in punto di razionalità, nella misura in cui, chiaramente, il contratto abbia avuto esecuzione secondo quanto programmato dalle parti.

Un tale approdo, tuttavia, richiederebbe, quanto meno, un nuovo intervento della Corte costituzionale, come auspicato da Nicola Lipari nella voce *Famiglia (evoluzione dei modelli)* nel volume de "I Tematici" dell'Enciclopedia del diritto dedicato alla famiglia[24], nonostante la stessa Consulta abbia in precedenza affermato come «le esigenze solidaristiche devono pur sempre essere calibrate in sede legislativa e non già nel giudizio di legittimità costituzionale»[25].

§ 5. – *Filiazione adottiva*

Le ripercussioni che le riforme in materia di famiglia producono sul piano del diritto successorio si registrano anche nell'ambito della filiazione adottiva, su cui non è possibile soffermarsi in questa sede, ma rispetto alle quali si possono senz'altro citare due recenti sentenze della Corte costituzionale che si sono mosse nel senso di formalizzare, nel perimetro delle famiglie ricomposte, «legami affettivo-solidaristici che, consolidatisi nel tempo e preesistenti al riconoscimento giuridico, sono rappresentativi dell'identità dell'individuo», con inevitabili ricadute di diritto successorio[26].

La sentenza 18 maggio 2022, n. 79, nell'ambito dell'adozione in casi particolari, ha decretato la nascita di legami di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, con la conseguenza di configurare per il primo diritti successori ulteriori, e, in certi ambiti, potenzialmente raddoppiati, rispetto a quelli connessi all'appartenenza alla famiglia di origine[27].

---

[23] Il comma 53, lett. b., l. 76/2016, stabilisce che il contratto di convivenza può contenere «le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo».

[24] N. Lipari, voce *Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)*, in *Enc. dir.*, *Famiglia*, Milano, Giuffrè, 2022, 427, nt. 30.

G. D'Amico, *Riflessioni sulla famiglia (recte: sulle famiglie) come fattispecie*, in *Familia*, 2023, 778, nt. 15 ritiene opportuno che il legislatore intervenga riconoscendo diritti successori al convivente superstite, purché, però, la convivenza sia formalizzata dalla registrazione di un contratto di convivenza che vincoli le parti alla solidarietà economica.

[25] Cass. civ., sez. lav., 14 settembre 2021, n. 24694, in *Foro it.*, 2021, 11, I, 3414, sul diritto del convivente superstite alla pensione di reversibilità del partner defunto.

[26] Corte cost., 18 gennaio 2024, n. 5, in *Foro it.*, 2024, 2, I, 331.

[27] Corte cost., 28 maggio 2022, n. 79, cit.

E, infine, la recente sentenza 18 gennaio 2024, n. 5, che, nell'ambito dell'adozione dei maggiorenni, ammette la possibilità di derogare a determinate condizioni al limite di età di diciotto anni tra adottante e adottato, così agevolando il ricorso ad un istituto che sempre più si allontana dalla sua «funzione tradizionale di trasmissione del cognome e del patrimonio, con conseguenze destinate a riverberarsi sul mero piano di disciplina relativa agli alimenti e alle successioni, ma è divenuto uno strumento duttile e sensibile alle sollecitazioni della società, in cui assumono crescente rilevanza i profili personalistici, accanto a quelli patrimoniali»[28].

§ 6. – *Considerazioni conclusive*

Questa breve disamina conferma l'immagine di un diritto successorio che arranca di fronte alla velocità con cui nuovi modelli familiari e nuove dinamiche affettive si affacciano, per poi affermarsi, nella realtà sociale.

Emerge pure, con sostanziale evidenza, come anche in ambito successorio, in attesa di riforme strutturali, la via per il superamento delle lacune e delle contraddizioni evidenziate nella disciplina di diritto positivo sia il potenziamento dell'autonomia privata, nelle diverse forme in cui questa può esplicarsi nelle successioni *mortis causa*: ammettendo l'esclusione per giusta causa dalla successione per il legittimario, per esempio, o consentendo il ricorso al contratto di convivenza anche come veicolo di attribuzione di diritti successori al convivente superstite.

Del resto, è in questo senso che si è orientato il legislatore nelle poche e settoriali riforme che hanno percorso la materia negli ultimi decenni. Si pensi all'introduzione, oltre dell'articolo 448-*bis*, del patto di famiglia[29] e dell'atto stragiudiziale di opposizione alla donazione con cui il legittimario può sospendere il termine ventennale per l'esercizio dell'azione di riduzione[30]; in definitiva, così, confermando l'importanza dell'accordo e, dunque, del consenso nella regolazione delle vicende familiari, anche *post mortem*.

[28] Corte cost., 18 gennaio 2024, n. 5, cit.

[29] Il patto di famiglia, com'è noto, è stato introdotto dalla legge 14 febbraio 2006, n. 55. Sul nuovo istituto vedi, tra gli altri, G. Amadio, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 345 ss. e G. Perlingieri, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 146 ss.

[30] Il riferimento è all'art. 563, comma 4, come modificato dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 che, nel tentativo di rimediare ai problemi connessi alla circolazione dei beni di provenienza donativa, ha introdotto il termine ventennale dalla trascrizione della donazione per l'esercizio da parte del legittimario dell'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente del bene, ma ha attribuito ai potenziali legittimari la facoltà di opporsi con atto stragiudiziale alla donazione per ottenerne la sospensione nei loro confronti. Sul punto, tra gli altri, A. Busani, *L'atto di opposizione alla donazione (art. 563, 4° comma, cod. civ.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 13 ss.

Abstract

The evolution of family models contrasts with an apparent stagnation in succession law, which still finds one of its most important normative and value references in the protection of the family.
The study intends to investigate whether and within what limits the discipline of succession to death is capable of adapting to the variety of forms in which the family is understood in contemporary experience and the role that the consensual foundation of the family relationship can play in the transmission of inheritance wealth.

VI.35. *Rilettura della questione del cognome filiale e familiare alla luce della più recente giurisprudenza nazionale ed europea*

di Marta Ruggirello*

Sommario: § 1. – Il diritto al nome. Valori coinvolti ed interessi tutelati. § 2. – Le modalità di trasmissione del cognome ai figli e l'incompatibilità con i principi costituzionali. Le pronunce della Consulta. § 3. – La giurisprudenza convenzionale ed europea in tema di attribuzione del cognome ai figli. § 4. – La dichiarazione di incostituzionalità della regola del patronimico con la sentenza n. 131 del 2022. § 5. – Il cognome familiare. § 6. – Conclusioni.

§ 1. – *Il diritto al nome. Valori coinvolti ed interessi tutelati*

All'interno di un contesto tanto delicato quale è la trasformazione dei modelli familiari, dove ad essere coinvolti sono gli interessi esistenziali della persona umana, non può non essere menzionato il tema del cognome.

Il cognome, proiezione del diritto al nome[1], è tutelato a livello nazionale ed europeo quale declinazione dei diritti della personalità, assoluti ed imprescindibili per ogni essere umano. Essi trovano

* Università degli Studi di Milano-Bicocca.

[1] In generale, sull'inquadramento del diritto al nome e della sua funzione cfr. P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Esi, 1972; M. Nuzzo, *Nome (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978; A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, IC, t. 2, Milano, Giuffrè, 1961, 24 ss.; L. Lenti, *Nome e cognome*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.* XII, Torino, Utet, 1995; P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. Le persone. Diritti della personalità*, III, Torino, Utet, 387 ss.; A. Di Majo, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*, 1962, 69 ss.; G. Alpa, A. Ansaldo, *Le persone fisiche*, in *Cod. civ. Comm.*, Milano, Giuffrè, 1990; M. La Torre, *Il nome: contrassegno dell'identità personale*, in *Giustizia civile*, 2013, IX, 444 ss.; L. Bardaro, *Persona umana e diritto al nome*, in *Quaderni della Rivista di Diritto delle Successioni e della famiglia*, Napoli, Esi, 2020; C. Honorati, *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo. Osservazioni generali*, in *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010; M. Dossetti, *La disciplina del nome nella famiglia legittima ed il suo rapporto con il principio di eguaglianza tra i coniugi: la giurisprudenza italiana*, in C. Honorati (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010; G. Rossolillo, *La legge applicabile al nome alla luce delle convenzioni internazionali e dei principi comunitari*, in C. Honorati (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010; L. Tomasi, *Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali*, in C. Honorati (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010; M. Trimarchi, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Fam. dir.*, 2013, III; G. Finocchiaro (a cura di), *Diritto all'anonimato: anonimato, nome e identità personale*, Padova, Cedam, 2008, 78; L. Carota, *Il diritto al nome e all'immagine*, in M. Sesta, V. Cuffaro (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, 49 ss.; G. Viggiani, *La questione del cognome materno e l'intervento*

riferimento all'interno dell'art. 7 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, ove si afferma la tutela della vita privata e della vita familiare; dell'art. 21, sul divieto di discriminazione; dell'art. 23, dedicato al principio di parità tra uomo e donna. I principi del rispetto della vita privata e familiare nonché il divieto di discriminazioni sono replicati agli artt. 8 e 14 della CEDU.

Il cognome tutela interessi di natura pubblicistica e privatistica[2]. Sotto il primo profilo, il cognome, realizza l'esigenza pubblica di identificare i soggetti facenti parte della comunità, determinando la tendenziale immutabilità del nome: il diritto-necessità di cui gode lo Stato di individuare univocamente i propri consociati rende modificabile il nome soltanto in limitatissime ipotesi.

Sotto il versante privatistico, il cognome assolve alla funzione di garantire l'identità del singolo sia nella sua dimensione strettamente soggettiva – affinché il nome esprima la percezione che il soggetto ha di sé – sia a livello sociale, per consentirgli di essere identificato nei suoi rapporti interpersonali. La valenza privatistica del nome vale dunque ad identificare il soggetto come tale e, più in generale, come appartenente ad un determinato nucleo familiare, ben potendo, tramite la trasmissione del proprio nome, tramandare la propria identità e segno di appartenenza mediante alla propria discendenza, in garanzia dell'unità familiare.

§ 2. – *Le modalità di trasmissione del cognome ai figli e l'incompatibilità con i principi costituzionali. Le pronunce della Consulta*

Nonostante l'essenziale funzione svolta dal cognome, l'ordinamento giuridico italiano è privo di una disciplina che preveda precise regole volte a trasmettere il cognome ai figli realizzando l'essenziale funzione identificativa ricoperta dal nome nel rispetto dei principi costituzionali alla luce del sistema italo-europeo delle fonti. Le modalità di trasmissione del cognome restano, infatti, affidate all'operatività della consuetudine[3] del patronimico che, in contrasto con il prin-

indifferibile del legislatore, in *Politica del diritto*, 2017, III, 468 ss.; C. Cicero, *Il diritto al cognome materno*, in *Dir. fam. e pers.*, 2018, I, 245 ss.

[2] Sulla rilevanza pubblicistica e privatistica del cognome vedasi, tra gli altri: C. Honorati, *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo,* cit., 4 ss. e L. Bardaro, *Persona umana e diritto al nome*, cit., 14 ss.; G. Ballarini, *Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli* (DDN N. 1628), in *Dir. fam e pers.*, 2018, II.

[3] Si sono espresse sulla natura consuetudinaria del patronimico Trib. Lucca, 28 settembre 1984, in *Giur. mer.*, 1985, 288 ss.; Trib. Lucca, 1 ottobre 1984, in *Dir. fam.*, 1984, 1068 ss. La Suprema Corte con la ordinanza Cass. Civ., 17 luglio 2004, n. 13298, in *Dir. fam.*, 2005, 23 ss., ha classificato il la modalità di attribuzione del cognome come una «usanza consolidata nel tempo». Corte cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Foro it*., 2006, I, 1673 la classifica come «regola non scritta ma, almeno fino ad oggi, considerata implicita nel sistema». Anche

cipio fondamentale di uguaglianza e di parità morale e giuridica tra i coniugi, è stato più volte, lungo il corso dell'ultimo trentennio, sottoposto al vaglio di legittimità[4].

Già nel 1988, il Giudice delle Leggi, benché dichiarasse legittima la regola dell'attribuzione del solo patronimico, prevista a tutela dell'unità familiare, osservava che: «invece sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concilii i due principi sanciti dall'art. 29 Cost., anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro»[5].

Agli inizi degli anni duemila, la Corte, pur confermando, come già avvenuto nel 1988, la declaratoria di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale definiva la regola del patronimico il «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna»[6], contrastante, pertanto, con i principi ordinamentali di uguaglianza e

---

la CEDU, nella sentenza Cusan Fazzo c. Italia, 2014, 07/01/2014 (v. *amplius infra* nel testo), qualifica la regola del patronimico in uso in Italia una consuetudine. Sul tema, in dottrina, cfr. G. Grisi, *L'aporia della norma che impone il patronimico,* in *Europa e Diritto Privato*, 2010, III, 678 ss., M. Trimarchi, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma,* cit., 243 ss.; C. Honorati, *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo,* cit., 1 ss.; M. Dossetti, *La disciplina del nome nella famiglia legittima ed il suo rapporto con il principio di eguaglianza tra i coniugi*, cit., 33 ss. Ne esclude, invece, la qualificazione come fonte terziaria L. Bardaro, *Persona umana e diritto al nome*, cit., 88 ss. Sul patronimico quale norma implicita del sistema cfr. C. Honorati, *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo*, cit., 5; G. Viggiani, *La questione del cognome materno,* cit., 481. Qualificano il patronimico una consuetudine *contra legem* F. Prosperi, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e la trasmissione del cognome ai figli,* in *Rass. dir. civ.,* 1996, 841; F. Pacini, *Una consuetudine secolare da rivedere,* in *Giur. merito,* 1985, 1243.

[4] Cfr. Corte costituzionale, 11 febbraio 1988, n. 176; Corte costituzionale, 16 febbraio 2006, n. 61; Corte costituzionale, 21 dicembre 2016, n. 286. In dottrina, tratteggia l'evoluzione giurisprudenziale del tema del cognome V. Carfì, *Abbandono del patronimico: Corte di Cassazione vs. Corte costituzionale?*, in C. Honorati (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010, 59 ss.

[5] Corte cost., n. 176/1988.

[6] Corte cost., n. 61/2006. La Corte di Cassazione (ordinanza del 17 luglio 2004 n. 13298, in *Dir. fam.*, 2005, 23 ss.) sollevava questione di legittimità costituzionale sulla regola dell'automatica attribuzione del solo cognome paterno ai figli, rilevando che: «non è manifestamente infondata con riferimento agli art. 2, 3, 29, comma 2 cost. la q.l.c. degli art. 143 bis, 236, 237, comma 2, 262, 299 comma 3 c.c., e 29, 33, 34 d.R. 3 novembre 2000 n. 396, nella parte in cui prevedono che il figlio legittimo acquisti automaticamente il cognome del padre anche quando vi sia, in proposito, una diversa volontà dei coniugi legittimamente manifestata e diretta ad attribuire al figlio il cognome materno». Nella fattispecie, una bambina vedeva imposto il cognome paterno innanzi alla contraria volontà di entrambi i coniugi di volerle attribuire il solo cognome della madre. Ricostruisce puntualmente la vicenda L. Mormile, *Trasmissione del cognome paterno: la "tradizione" al vaglio della giurisprudenza, fra funzione certificativa del nome, diritto all'identità personale e valutazione di compatibilità con il diritto comunitario*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 829 ss.

parità e con in vincoli assunti a livello europeo ed internazionale. Tuttavia: «l'intervento che si invoca con la ordinanza di rimessione – concedeva la Consulta – richiede una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte»[7]. Di nuovo, dunque, l'interprete si fermava per cedere in via preferenziale il campo al Legislatore.

Il Giudice delle leggi, pertanto, ritenendo strettamente politica la natura della questione, si era finora soltanto limitato ad esortare il legislatore ad elaborare un sistema di attribuzione del cognome ai figli maggiormente in linea con i principi costituzionali e con l'evoluzione della coscienza sociale. Ciò fino al 2016, quando la Corte costituzionale ha aperto, finalmente, le porte ad una prima dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 237, 262 e 299 c.c. «nella parte in cui non preved[ono], in presenza di accordo tra i coniugi, di aggiungere al cognome del padre anche il cognome materno»[8]. Essa afferma la necessità di: «disciplinare secondo nuovi criteri la materia dell'attribuzione del cognome ai figli. Allo stato, tuttavia, essi risultano ancora *in itinere*. Nella famiglia fondata sul matrimonio rimane così tuttora preclusa la possibilità per la madre di attribuire al figlio, sin dalla nascita, il proprio cognome, nonché la possibilità per il figlio di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome della madre. La Corte ritiene che siffatta preclusione pregiudichi il diritto all'identità personale del minore e, al contempo, costituisca un'irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi, che non trova alcuna giustificazione nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare»[9].

Ed, ancora: «La piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori. Viceversa, la previsione dell'inderogabile prevalenza del cognome paterno sacrifica il diritto all'identità del minore, negandogli la possibilità di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno».

[7] Corte cost. n. 61/2006.
[8] Corte cost., n. 286/2016.
[9] Corte cost., n. 286/2016. Hanno commentato la pronuncia E. Al mureden, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio,* in *Fam. dir.*, n. 3/2017, 218 ss.; E. Malfatti, *Illegittimità dell'automatismo nell'attribuzione del cognome paterno: la cornice giurisprudenziale europea non fa il quadro,* in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2017, 132 ss.

§ 3. – *La giurisprudenza convenzionale ed europea in tema di attribuzione del cognome ai figli*

La storica sentenza – che per la prima volta dichiarava l'illegittimità costituzionale degli articoli codicistici che recepiscono la consuetudine del patronimico – veniva pronunciata in seguito alla dura condanna inferta all'Italia dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, nel gennaio 2014, aveva stigmatizzato la rigidità del sistema di attribuzione del cognome italiano, lesivo sia del rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU, sia del divieto di non discriminazione *ex* art. 14 CEDU.

La Corte ravvisava, pertanto, una «lacuna del sistema giuridico italiano, secondo il quale il 'figlio legittimo' è iscritto nei registri dello stato civile con il cognome del padre, senza possibilità di deroga, nemmeno in caso di consenso tra i coniugi in favore del cognome della madre. Tenuto conto della situazione sopra constatata, la Corte ritiene che dovrebbero essere adottate riforme nella legislazione e/o nella prassi italiane al fine di rendere tale legislazione e tale prassi compatibili con le conclusioni alle quali è giunta nella presente sentenza, e di garantire che siano rispettate le esigenze degli articoli 8 e 14 della Convenzione»[10].

Questa sentenza si poneva perfettamente in linea con l'interpretazione fornita sul punto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che in diverse occasioni aveva tacciato di incostituzionalità le normative di quei paesi che, dando preminenza al solo cognome del padre, ledevano principi fondamentali dell'Unione Europea[11]. Questo è quanto avvenuto nel caso Carlos Garcia Avello c - Stato belga[12], dove due coniugi, il Sig. Garcia Avello, cittadino spagnolo, e la Sig.ra Weber, cittadina belga, entrambi residenti in Belgio, chiedevano al Ministro della Giustizia il cambiamento del cognome dei loro due figli in Garcia Weber, secondo l'uso invalso nel diritto spagnolo e con i quali i

[10] Corte EDU, sentenza Cusan e Fazzo c. Italia, 07/01/2014. La storica sentenza è stata oggetto di numerosi commenti. *Ex multis* S. Niccolai, *Il diritto delle figlie a trasmettere il cognome del padre: il caso Cusan Fazzo c. Italia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2014, 447 ss.; C. Pitea, *Trasmissione del cognome e parità di genere: sulla sentenza "Cusan e Fazzo c. Italia" e sulle prospettive della sua esecuzione nell'ordinamento interno*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 225 ss.; in senso critico F. Giardina, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione "controluce"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 139 ss., che ravvisa una contraddizione nel ragionamento giuridico utilizzato dalla Corte che sceglierebbe di far prevalere la pretesa eredità familiare rivendicata dalla madre sull'interesse del figlio.

[11] Sui sistemi di attribuzione del cognome all'interno dei Paesi diversi dall'Italia vedasi G. Autorino Stanzione, *Attribuzione e trasmissione del cognome. Profili comparatistici*, in *Comparazione e diritto civile*, 2007, 251; C. Bassu, *Nel nome della madre. Il diritto alla trasmissione del cognome materno come espressione del principio di uguaglianza. Un'analisi comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 545 ss.

[12] Corte di giustizia delle Comunità europee, 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Carlos Garcia Avello c - Stato belga*, su domanda del Conseil d'Ètat (Belgio).

due ragazzi erano stati registrati presso la sezione consolare dell'Ambasciata di Spagna in Belgio. In conformità al diritto belga, invece, i ragazzi erano stanti indicati nell'atto di nascita del Belgio col solo cognome del padre, Garcia Avello. O, ancora, in *Stefan Grunik, Dorothee Regina Paul*, con l'intervento di *Leonhard Matthias Grunik-Paul* e *Standesamt Niebull*, su domanda dell'Amtsgericht Flensburg (Germania), dove un cittadino tedesco nato in Danimarca e registrato all'anagrafe del Paese di nascita col doppio cognome dei genitori (Grunik-Paul) vedeva rifiutarsi l'iscrizione nel registro tedesco, dove non vige il sistema del doppio cognome ma esso va scelto tra quello del padre o della madre[13].

§ 4. – *La dichiarazione di incostituzionalità della regola del patronimico con la sentenza n. 131 del 2022*

Dichiara, finalmente, incostituzionale la consuetudine del patronimico la più recente sentenza della Corte costituzionale n. 131 dello scorso 27 aprile 2022 che ha sancito l'illegittimità costituzionale di tutte le norme che prevedono l'automatica attribuzione del cognome del padre ai figli nati all'interno ed al di fuori dal matrimonio nonché ai figli adottivi. Ed, infatti, la Corte ha ritenuto discriminatoria e lesiva dell'identità del figlio la regola che attribuisce automaticamente il cognome del padre ai figli, per contrasto con gli articoli 2, 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[14].

Differentemente da quanto ritenuto nella sentenza del 2016, la Corte non ha ritenuto di poter ravvisare nello strumento dell'accordo uno mezzo che garantisse l'equità tra i coniugi: «A fronte di una disciplina che garantisce l'attribuzione del cognome del padre, la madre è posta in una situazione di asimmetria, antitetica alla parità, che, a priori, inficia le possibilità di un accordo, tanto più improbabile in quanto abbia a oggetto l'attribuzione del solo cognome materno, ossia il radicale sacrificio di ciò che spetta di diritto al padre. Senza eguaglianza mancano le condizioni logiche e assiologiche di un accordo».

Nel rispetto di tali principi la regola diviene che il figlio (nato all'interno o al di fuori del matrimonio, oppure, adottato) assume il

[13] Corte di giustizia delle Comunità europee, 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Stefan Grunik, Dorothee Regina Paul*, con l'intervento di *Leonhard Matthias Grunik-Paul* e *Standesamt Niebull*, su domanda dell'Amtsgericht Flensburg (Germania).

[14] Tra i primi commenti alle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale che hanno dato luogo alla pronuncia in questione vedasi: M.N. Bugetti, F.G. Pizzetti, *(Quasi) al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico ai figli*, in *Fam. dir.*, n. 5/2021, 461 ss.

cognome di entrambi i genitori nell'ordine dai medesimi concordato, salvo che essi decidano, di comune accordo, di attribuire soltanto il cognome di uno dei due[15].

§ 5. – *Il cognome familiare*

Accolta, finalmente, la questione di legittimità costituzionale relativa al patronimico da parte della Corte, la riflessione sul tema del cognome non può restringersi al solo cognome filiale ma è da estendersi anche al cognome familiare, quale segno identificativo della famiglia[16].

La vocazione familiare del cognome è stata, peraltro, sottolineata dalla stessa Corte costituzionale. È proprio la sentenza n. 131 del 2023 a sottolineare come le norme dichiarate incostituzionali riflettono la formulazione, antecedente alla riforma del 1975 dell'art. 144 cod. civ., il quale disponeva che: «[i]l marito è capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la residenza». In tale contesto, il cognome che dal momento del matrimonio assumeva la moglie era quello della famiglia, trasmesso, conseguentemente, ai figli nati nel matrimonio.

La riforma del diritto di famiglia ha da un lato novellato l'art. 144 cod. civ. e, dall'altro, introdotto l'art. 143-bis cod. civ., che prevede l'aggiunta e non più la sostituzione del cognome del marito a quello della moglie, disposizione univocamente interpretata nel senso che attribuisca a quest'ultima una facoltà e non un obbligo. La nuova disciplina, pur evidenziando un persistente riflesso della vecchia potestà maritale, ha reso meno nitida l'immagine del cognome del marito quale cognome di famiglia.

Oggigiorno, l'art. 143-bis c.c. prevede l'aggiunta del cognome del marito al nome della moglie. Assente alcuna previsione di reciprocità, la norma è in contraddizione col principio di uguaglianza e parità morale e giuridica tra coniugi.

---

[15] Tra i primi commenti alla sentenza cfr. E. Malfatti, *Istanze di attribuzione del cognome materno e nuova "regola" del doppio cognome: note a margine della sentenza n. 131 del 2022*, in *Giur. cost.*, 2022, 1423 ss.; G. Musolino, *Il cognome dei figli. Istanze pubbliche, unità familiare ed eguaglianza sostanziale dei coniugi, elementi negoziali del rapporto fra padre e madre*, in *Riv. Not.*, 2023, 35 ss.; N. Biri Smaghi, *Sul doppio cognome.* The double-barreled Name, in *Giur. cost.*, 2023, 308.

[16] Sul cognome familiare: M Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Cod. civ. comm.*, Milano, Giuffrè, 1990, 112 ss. ma spec. 114 ss.; R. Tommasini, *Art. 143* bis - *Cognome della moglie*, in L. Balestra, *Della famiglia*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, Utet, 2010, 449 ss.; F. Finocchiaro, *Del matrimonio*, 2, *Comm. cod. civ*. Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, 270 ss.

Sul punto un antecedente valoriale meritevole di menzione – all'interno di una società il cui continuo cambiamento esige il rispetto dei principi costituzionali – è la disposizione prevista dalla l. n. 76/2016 che detta per gli uniti civilmente, un cognome comune.

Il comma 10 dell'art. 1 della legge 76/2016 prevede invero che: «mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile»[17].

Allo stato attuale, infatti, la norma in commento rappresenta la fonte più prossima a realizzare i principi costituzionali con riferimento alla disciplina dell'attribuzione del cognome[18]. L'applicazione analogica delle modalità di attribuzione del cognome anche alla famiglia matrimoniale verrebbe, in questo modo ad attuare quella esigenza di certezza in ordine all'individuazione del nome dei componenti di un nucleo familiare, esigenza già manifestata dalla Corte costituzionale, quando il Giudice delle Leggi aveva giustificato l'utilizzo del cognome paterno proprio perché posto a presidio della certezza del nome dei suoi componenti. In secondo luogo, la normativa si porrebbe in modo paritario rispetto ai membri della coppia: da un lato, si attribuisce ad essi uguaglianza nella scelta del cognome comune, che identificherà l'unione; dall'altro, non è prevista alcuna clausola di attribuzione automatica di uno dei due cognomi. Soluzione che, effettivamente, è stata confermata dalla più recente Corte cost. 131 del 2022 a proposito del cognome filiale.

§ 6. – *Conclusioni*

Quelli qui brevemente delineati sono soltanto alcuni degli stimoli che le pronunce italiane ed europee finora registrate hanno offerto all'interprete. La difficile coesistenza della regola del cognome con il principio cardine di uguaglianza la delicatezza dei valori coinvolti –

[17] Probabilmente frutto di una eterogenesi dei fini, l'estrema modernità di simile previsione si ravviserebbe nella difficoltà del legislatore di stabilire quale tra i cognomi dei due uniti civilmente avrebbe dovuto prevalere, non trattandosi di una coppia etero-sessuale. Cfr., in tema, T. Auletta, *Comma 10*, 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. 6/2017; d.lgs. 7/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, 126 ss.

[18] Ritiene che applicare le norme più moderne e avanzate contemplate dalla legge sulle unione civili anche al matrimonio consentirebbe di meglio attuare il principio di uguaglianza e di unità della famiglia G. Perlingieri, *Discriminazione di coppie eterosessuali?*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 1 ss.

quali i diritti inviolabili al nome e all'identità personale – e l'urgenza sociale, sempre più pressante, affinché la disciplina del cognome venga finalmente riformata, impone una riflessione sul tema e la necessità di ravvisare quale sia, alla luce dei principi costituzionali, la disciplina del cognome che più si presti a realizzarne il valore.

Abstract

The paper deals with the topic of the surname. It describes the values involved and the balance between the principles of identity of the person and the one of unity of family and equality between spouses. They are values all protected by the Constitutional Charter and European and CEDU principles. After outlining the development of case law, including the most recent, the essay devotes the last paragraph to the family surname as a proposed solution for the realisation of the interests involved.

VI.36. *Navigating Embryosharing*

di Stefania Pia Perrino*

Summary: § 1. – Introduction. § 2. – Embryosharing. § 3. – The dilemma: is it forbidden? § 4. – The embryo-adoption. § 5. – The (non) feasibility of the adoption model for cryopreserved embryos. § 6. – Conclusion.

§ 1. – *Introduction*

In 2001, in Hobbe, New Mexico, Micah Wheat, the first human being born from the "adoption" of someone else's embryo, was born. Micah was born six years later than the in vitro production of his blastocyst, after an agreement on the adoption of the embryo. It is the first agreement of its nature and the first adoption of a cryopreserved embryo, as a solution to the problem of abandoned residual embryos stored in liquid nitrogen *sine die*.

Embryosharing[1] is a technique that has been used to solve the problems connected to the cryopreservation of a large number of spare embryos, which often outlive patients and lie in the bio-bank whenever the patients do not consent for the embryo destruction or the legislator does not allow it.

The issue of abandoned spare embryos, in Italy, did not arise until recently, when the bans on cryopreservation and the production of no more than three embryos per cycle were lifted by the Constitutional Court. However, since embryo cryopreservation and heterologous fertilization with gametes donated by third parties have been allowed, the number of abandoned embryos has increased, and more than a

* Università degli Studi di Milano - Bicocca.

[1] F. Shenfield, G. Pennings, C. Sureau, J. Cohen, P. Devroey, B. Tarlatzis, *Gamete and embryo donation,* in *Human Reproduction,* n. 5/2002, 1408; R. Temstet, A. Devaux, E. Lourdel, R. Cabry, M. Brzakowski, H. Copin, P. Merviel, *Embryo donation: why is there a delay in the implementation in France? A discussion on the practical, ethical and psychological dilemmas,* in *Gynecol. Obstet. Fertil.*, n. 7-8/2011, 433-437; C. Pereira Saez, O. Vergara Lacalle, *Embriones supernumerarios en las técnicas de reproducción humana asistida. Qué hacer con ellos? Análisis jurídico y ético de las opciones legales en España,* in *Rev Derecho Genoma Hum*., 2015, 59-81; A. Raz, J. Amer, Alshiek, M. Goren, Margalit, G. Jacobi, A. Hochberg, A. Amit, F. Azem, H. Amir, *Donation of surplus frozen pre-embryos to research in Israel: underlying motivations,* in *Isr. Health Policy Res*., 5 November 2016; L. Afshar, A. Bagheri, *Embryo donation in Iran: an ethical review,* in *Dev. World Bioeth*., n. 3/2013, 119-124; J. Millbank, A. Stuhmke, I. Karpin, *Embryo donation and understanding of kinship: the impact of law and policy,* in *Hum. Reprod*., 2017, 133-138.

decade has passed since then, no rational and systematic intervention by the Italian legislature has taken place[2].

The embryo becomes abandoned at the outcome of two different pathways. In the first, abandonment results from the ultimate relinquishment by the patients holding the power of control over the cell, by which means the commissioning couple undergoing an *in vitro* fertilization procedure to overcome conditions of infertility or sterility, or the individual surviving partner. Following, on the other hand, the second route, the embryo falls into the category of abandoned cells due to the failure to obtain consent for abandonment or continued preservation after at least one year of documented research conducted by the clinic obligated to custody. In the latter case, blastocysts must be transferred to the National Biobank at IRCCS Milan, with charges related to cryopreservation borne by the latter.

Neither the law nor the guidelines, however, address the fate of such embryos. The Italian legislature, unlike in other jurisdictions, does not allow the destruction of such samples, regardless of the time elapsed since their production. Embryo suppression, whatever the legal nature and status ascribed to the cell, is prohibited under Article 14, l. no. 40/2004.

For this reason, it is proposed an analysis that addresses the phenomenon, considers the regulation of the MAP-produced embryos, and entangles the rules to verify if the phenomenon is actually forbidden or only not considered by law, since the progressive increase in the number of these biomaterials forces to identify possible solutions. Once the analysis excludes a clear ban, the research focuses on the feasibility of the adoption law application.

§ 2. – *Embryosharing*

The mentioned procedure of embryosharing can be described as a form of donation and subsequent use of embryos generated through *in vitro* fertilization (IVF) for purposes other than the donor's reproductive intentions.

Embryosharing involves the voluntary and often altruistic decision of individuals or couples to donate their surplus embryos, which are often cryopreserved, to other individuals or couples facing infertility challenges. This practice is governed by a complex web of legal reg-

[2] Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, rv. 33414-33415, in *Italgiure*. On the matter, see L. D'Avack, *La consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre,* in *Dir. famiglia,* n. 3/2009, 1021 ss.; M. Casini, *La sentenza costituzionale n. 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge n. 40/2004*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3/2009, 1033-1045.

ulations and ethical considerations, aiming to balance the rights and interests of donors, recipients, and the resultant children.

Three main characteristics of this donation: the gratuitousness of the act of destination to another plant; the residual blastocyst, not intended to be used by those who initiated the process for its formation; the recurrence of an act of self-determination, specifically designed to imprint the cells on another's use[3].

In many jurisdictions in Europe and other countries, the legal framework surrounding embryosharing is based on consent, not on an actual adoption procedure. A stringent consent protocol ensures that donors are fully informed about the implications of their decision. This includes understanding the potential for their combined genetic material to result in the birth of a child raised by non-biological parents. Additionally, legal safeguards are often implemented to protect the identity and privacy of all parties involved, while also addressing issues related to parental rights and obligations.

This type of procedure diverges from heterologous fertilization and also diverges from surrogacy.

The technique differs from heterologous fertilization because the transfer carried out by the third-party donor to the couple does not have as its object a gamete, thus a reproductive cell, traceable exclusively to the donor, as provided for by Ministerial Decree 265/2016, but has as its object an embryo that, despite the enduring uncertainty in its current state, has a legal treatment and status different from that attributed to gametic cells.

The embryosharing procedure should then be kept separate as well from surrogacy.

Surrogacy is a technique in which patients are unable to conduct gestation and turn, either directly or through a clinic, to a woman capable of carrying the pregnancy to term. In this procedure, while still trilateral, the woman can either receive the embryo provided by the couple, produced with their gametes, or she can undergo artificial insemination with the gamete of one of the individuals in the couple. In the former case, there is a maternal surrogacy, in the latter case there is a surrogacy of conception and gestation.

Surrogacy can be professional when carried out by a person who repeatedly and according to certain rules carries out gestation; it can be commercial when there is a monetary consideration for carrying out the service; it can be gratuitous when there is no consideration but there is reimbursement for expenses incurred and losses incurred; and

[3] I. Glenn Cohen, E.Y. Adashi, *Embryo Disposition Disputes: Controversies and Case Law*, in *Hastings Center Report*, n. 5/2016, 13-19.

it can be altruistic when carried out out of a spirit of solidarity with the couple that is intended to help them become parents.

Surrogacy is distinguished from "womb leasing", then, which occurs when the procedure is carried out not with an *in vitro* fertilization but with sexual intercourse engaged in by a member of the couple with the pregnant woman, and then giving rise to the subsequent gestation.

Embryosharing, on the other hand, does not involve gestation by a woman who is disinterested in the filiation project: the individuals who hold the power of control over the embryo produced in their cycle abandon the blastocyst, which is given to a third party. These third parties who receive the embryo are those who will carry out the gestation and bring to fruition the filiation project, which they could have accomplished by heterologous fertilization, acquiring the gametes separately.

Thus, the procedure in question resembles heterologous fertilization but the *in vitro* fertilization has already been performed in another cycle.

The diversity between embryosharing and heterologous fertilization is easy to grasp, if one only considers that where it is allowed it is subject to a differentiated regime, and in Italy, where heterologous procreation is allowed and regulated by guidelines, no regulations are dedicated to embryosharing.

Thereby, it is easy to understand that this procedure provides a pivotal role to consent: as in the adoption procedure, the former person who was entitled to control the embryos abandons them by giving consent to this peculiar procedure. As in the MAP techniques, instead, the person or the couple who wants to become parent or parents give consent to this procedure to gain control over the blastocysts and start the embryo-transfer.

For this reason, embryosharing could be described as a new procedure in which Social Parenthood could be traced.

§ 3. – *The dilemma: is it forbidden?*

In Italy, at least in civil law and criminal law, everything that is not prohibited is allowed. The autonomy and freedom of individuals is thus exalted. This could mean that the transfer of abandoned supernumerary embryos is permitted, in the absence of an explicit prohibition.

The reasoning, however, is not so simple. In fact, in Italy, the law dealing with assisted procreation is characterized by three aspects:

(a) it is an administrative law; (b) it is a law full of prohibitions and sanctions; and (c) the prohibitions, especially the criminal ones, have a very peculiar description of the case, sometimes unclear and undetermined concerning the typical fact being incriminated. From these aspects follow certain repercussions that the interpreter must consider: (i) if the law is administrative, especially for clinics that obey its rules to carry out medically assisted procreation procedures, then the principle that everything that is not prohibited is allowed cannot be considered applicable, but if anything, it must be considered, at least for clinics, that everything that is not regulated cannot be considered authorized. Secondly, (ii) it must be verified that there is no sanction and that embryosharing does not fall under one of the administrative or criminal sanctions with uncertain contours.

Excluding the application of the bans on heterologous fertilization, which came to an end in 2014, and surrogacy, for the reasons anticipated earlier, one must confront the other bans.

Cases prohibiting the creation of chimeras or embryo cloning cannot apply here. Certainly, also seems to exclude the compatibility between embryosharing and embryo suppression: the former is precisely aimed at avoiding the latter to give a chance to a couple who cannot achieve filiation with their gametes and also a chance to the embryo to be born into a family of persons to whom it is not biologically bound, but only legally because of informed consent to the procedure.

The administrative provision punishing the use of artificial procreation on unmarried or same-sex couples or not both living, unless the embryo is shared with a single person or a same-sex couple, also does not apply. Also, there is no recourse to arbitrary assisted reproduction in this case: this case only punishes cases where the *in vitro* fertilization was carried out without the consent of the patient, to avoid cases of injury to therapeutic self-determination in treatment, also when treatment involves reproductive medicine and fertility preservation techniques. The crime of trafficking in gametes and embryos is not committed. There is no case of assisted reproduction being carried out outside authorized clinics, the case in which parthenogenesis, or embryonic selection, or hybridization is punished does not arise.

And then if everything that is not forbidden is allowed, it means that the sharing of embryos, which is not expressly prohibited, is allowed; if, on the other hand, anything that is not provided for at the administrative level is not allowed, especially to clinics, that are authorized to specific activities under the license then this technique seems to be excluded from the field of procedures allowed in Italy in public or private institutions dealing with reproductive medicine.

It seems that we should prefer, unchanged legislation, for this second interpretative solution for systematic reasons: embryosharing appears to be not banned but also seems to be not allowed in hospitals and clinics. There is indeed no clear ban, but it is also true that this is a law qualified as administrative and that the will of the legislator appears to be clear: the production of embryos in excess was not allowed. The current existence of non-supernumerary embryos seems to be a consequence of the activity of the Constitutional court, which has brought the normative dictates to a condition of conformity with the fundamental charter but has led to a series of consequences that are not regulated and require *ad hoc* discipline to be adopted in parliament.

§ 4. – *The embryo-adoption*

Since the aforementioned obstacle to the development of embryosharing, it has been proposed[4] in Italy to implement embryo-adoption, or the so-called donation for adoption[5].

The recipients of the donation, in possession of the required requirements, acquire control over the embryo and may request its transfer *inter uterum* or its maintenance in a state of cryopreservation, pending the propitious moment for the execution of the implantation. This form of donation is intended to encourage the birth of embryos already produced and avoid new cycles of assisted fertilization.

As the term used to identify the institute shows, it is a form of embryo donation to which the ordinary rules on gamete donation do not find application.

This adoption procedure was also discussed in the preparatory work of I. no. 40/2004. The institute was indeed included in the draft law, approved by the Chamber on 26 May 1999, but it has not been subsequently taken up in the final draft.

Continuing the analysis of the donation for adoption, it is recalled that some parliamentary questions were also put in support. Several senators and deputies have asked the Minister of Health to account for the expenditure on the creation of the national biobank for abandoned embryos, the number of residual Italian blastocysts, and the destina-

[4] E. Ioratti Ferrari, *Tutela della vita prenatale nel contesto della gravidanza,* in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto,* Milano, Giuffrè, 2011, 1619; M.G. Cabitza, *Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico,* in *Dir. fam. pers*., n. 2/2018, 620 ss.

[5] F.D. Busnelli, *Cosa resta della Legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito,* in *Riv. dir. civ.*, n. 4/2011, 467 ss.; D. Carusi, *In vita, «in vitro», in potenza. Verso una donazione dell'embrione soprannumerario?, in Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 340.

tion of these. Following these questions, the Minister for Health[6] stated that an alternative destination to eternal conservation should be identified; while respecting the prohibitions contained in the law, aimed at sanctioning destruction and testing, only the option of adoption by birth remains. However, a reform hasn't been implemented.

The feasibility of donation for adoption has been thoroughly examined by the National Committee for Bioethics[7]. It was considered that the donation procedure for adoption may require verification of sample viability and its movement, with the risk of perishing samples. However, in support of adoption for donation, it was observed that cryopreservation can lead to the perishing of 30-35% of the cryopreserved specimens, whose production has had and continues to have a high economic and physical cost, and whose cryopreservation requires additional funds. So that «the possibility of giving birth to even one embryo justifies the use of the innovative institute and that the aim of donation for adoption is certainly not that of population growth, but of maximizing respect for human life before birth».

With the cessation of cryopreservation, therefore, the perishing of cells can be determined, however, this risk also occurs in natural reproduction: during sexual fertilization multiple male gametes succumb, while monthly expelled the unfertilized oocytes; then expelled the zygotes that fail in the rooting to the uterine walls and also the blastocysts that do not exceed the stage of adhesion to the uterus. In addition, even during artificial insemination in vivo, that is without cryopreservation, there is a perishing of embryos: some are too weak, others do not survive more than a few hours after insemination and, still, some fail in implantation in utero in favor of others.

The only possible alternative to hibernation sine die, according to supporters of such an institution, is represented by this form of donation hybridized with adoption: «is the only means of giving birth to the conceived, it cannot be considered a therapeutic obsession, since this implies the use of disproportionate means to continue life or perhaps better, to simulate a continuation of life, already sold out or otherwise condemned to end in the very short term. On the contrary, nothing is more proportionate for a conceived than the uterus, the only "place" that offers to the embryo the possibility to survive and then be born»[8]. This is, however, a solution applicable only to some of the spare embryos. In fact, only those blastocysts which are not affected by

[6] Ministro della salute, question time, 13 december 2017, *www.camera.it*.
[7] C.N.B, *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 june 1996, § 9.2
[8] C.N.B., *L'Adozione per la Nascita*, cit., § 6.3.

«serious irreversible abnormalities of development» can be correctly assigned to another use[9].

This procedure has some risks, it provides a partial solution to the problem of spare embryos that cannot be destroyed, but moreover it is not regulated. It was only proposed by the National Committee for Bioethics but there isn't a specific legal framework to recall. This is why it is needed to verify if the minor's adoption discipline can be applied and more specifically if the abandoned embryo can be subject to the same law that protects the abandoned children: the law of 4 May 1983, no. 184.

§ 5. – *The (non) feasibility of the adoption model for cryopreserved embryos*

The adoption regulations are invoked because of the state of abandonment: under art. 8, paragraph 1°, l. no. 184/1983, «are declared in a state of adoptability by the juvenile court of the district where they are, children whose situation of abandonment is established, because they lack moral and material assistance from parents or relatives, obliged to provide for them, provided that the lack of assistance is not due to force majeure of a temporary nature».

Adoption and embryo adoption share the superfluity of the biological or genetic link and the relevance of intentional parenthood; in addition, they share the essential element of the state of abandonment of the adopted. However, the abandonment of the embryo differs from the one applied to minors and it has been at the center of national research on the matter.

A specific Commission[10] for the spare embryos has been formed to provide some solutions to the problem.

According to the results of this study, it seems that in some cases a definitive abandonment is out of the question. More precisely, a reflection was dedicated around the modalities of abandonment of the blastocyst: it is through informed consent that a destination is imprinted in the cryopreserved embryo and, likewise, its state of abandonment is determined. However, in Italy there's a specific regulation for the MAP informed consent: once the embryo is produced, it is not possible to withdraw the consent. For this reason, there is no space for renunciation and abandonment. The state of abandonment would occur only

[9] C.N.B., *Destino degli embrioni*, cit., § 1-2.

[10] *http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf*. On the matter, see F.D. Busnelli, *Nascere (o anche ''morire'') con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, n. 3/2017, 403.

in case of death of the patient to whom control is attributed, even the inability of the patient to carry out the pregnancy could not justify the definitive consent.

Abandonment occurs only in the case of the death of the patients who contributed to the formation of the embryo.

Even if one would give relevance to the abandonment of the embryo by a specific consent or considering that the clinic called the patients and they did not expressed their intention of using the samples, the abandonment of a child is quite different.

The condition of abandonment of a minor, according to Italian law and jurisprudence, refers to situations where the minor is deprived of moral and material assistance from their parents or guardians. This lack of care must be continuous and significant, affecting the child's well-being and development. It includes neglect, abuse, or the inability of the parents to fulfill their parental responsibilities due to various circumstances, such as addiction, mental illness, or incarceration.

Italian law, particularly Law no. 184/1983, outlines the framework for declaring a minor abandoned. The child's abandonment must be ascertained through rigorous legal proceedings, ensuring that all efforts to maintain the child's ties with the biological family have been exhausted. The courts must evaluate whether the parents' conduct has created a stable situation of neglect, without reasonable prospects of improvement. Once abandonment is established, the court may declare the minor adoptable. This process aims to secure a stable and nurturing family environment for the child, ensuring their right to care and affection. The child's best interest remains the paramount consideration in these proceedings, balancing the legal principles with the practical realities of the child's situation.

It is easy to consider that the condition of abandonment concerning the child cannot be verified for the embryo submitted to cryopreservation in liquid nitrogen, subject to control by the authorized biobanking.

Since abandonment is out of the question, it is not allowed to consider the abandoned embryo as an abandoned child, as the one considered by the adoption law. Furthermore, in the case of death, the two patients cannot give consent to the adoption or donation of the embryo.

Even with the absence of an effective abandonment condition being bypassed, other problems arise when applying the adoption discipline by analogy.

It is not clear whether the court must declare the state of adoptability of the embryo for subsequent adoption.

It is not clear who, according to art. 9, l. no. 184/1983, must signal the condition of abandonment to public authority because the process is incardinated.

Still, it is not understood whether under art. 9, paragraph 2°, there is a duty on the part of the Public Prosecutor to appeal for the declaration of the state of adoptability of the embryo.

It is also controversial whether international adoptions and pre-adoption custody can be applied.

The reference to adoption is taken from a paternalistic and religious interpretation which extends to both conceived and conceived children the same protection, but which cannot be applied because of the different treatment given to organs, tissues and cells as well as the fetus in the mother's body.

In any case, the application of the rules on adoption does not even appear to be a sufficient answer to the problem faced by the interpreter.

§ 6. – *Conclusion*

The analysis of the phenomenon of embryosharing reveals that it constitutes a distinct procedure from those typically classified under the umbrella of Social Parenthood. Unlike traditional notions of parenthood that rely on biological or legal bonds, embryosharing introduces a unique dynamic where embryos, created through *in vitro* fertilization, are donated for use by others and several consents intersect. This process, while legally recognized in several countries, remains a contentious issue in Italy.

In Italy, embryosharing exists in a legal gray area: it is neither explicitly prohibited nor permitted within the regulatory framework governing national clinics. These clinics operate under specific licenses granted by the Ministry of Health, which delineate the scope of their authorized activities. The absence of explicit legal provisions regarding embryosharing leaves patients and healthcare providers in a state of uncertainty, where the practice is not supported by a clear legal mandate.

Even when attempting to draw parallels with related legal frameworks, such as those governing child adoption, significant challenges arise. The legal principles and requirements for adoption, designed to protect the welfare of children and the rights of biological parents, do not seamlessly transfer to the context of embryosharing. The unique nature of this procedure, involving potential parents who contribute no genetic material, introduces complexities that adoption laws are ill-equipped to address.

These difficulties underscore the need for comprehensive legislative action to provide clear guidance on embryosharing. Without such clarity, legal practitioners are left grappling with unresolved conflicts and uncertainties, which hinder the effective regulation and ethical implementation of this practice.

Ultimately, the analysis highlights that while embryosharing offers a promising avenue for addressing infertility and expanding family-building options, its legal status in Italy demands urgent attention to ensure that it is governed by a robust and coherent legal framework.

Abstract

The essay focuses on the embryosharing phenomenon: trending all around the world, it appears to be forbidden in Italy. The analysis addresses the phenomenon, considers the regulation of the MAP-produced embryos and entangles the rules to verify if the phenomenon is actually forbidden or only not considered by law, since the progressive increase in the number of these biomaterials forces to identify possible solutions. Once the analysis excludes a clear ban, the research focuses on the feasibility of the adoption law application.

Pubblicato nel mese di maggio 2025

Questa raccolta di scritti è dedicata alle complesse tematiche giuridiche legate alla procreazione, alla genitorialità e alla famiglia, in prospettiva multidisciplinare e comparata. Viene esaminata la mancanza di un riferimento esplicito nella Costituzione al diritto di procreazione, mettendo in evidenza come la Corte costituzionale riconosca l'importanza delle scelte procreative e la centralità della salute e dell'autodeterminazione. Si analizzano anche le problematiche legali relative ai nati tramite PMA, con focus sulle contraddizioni in relazione ai diritti dei minori e alle responsabilità degli adulti. La questione della genitorialità sociale viene esplorata da diverse angolazioni, considerando modelli internazionali e il riconoscimento di genitorialità non biologiche. Il volume si estende anche alla procreazione post mortem, trattando le difficoltà giuridiche legate alla crioconservazione e alla normativa vigente. Infine, vengono esaminate tematiche relative all'adozione, alla surrogazione di maternità e alle sfide imposte dalle nuove tecnologie riproduttive, con un'attenzione particolare alle questioni legate all'autodeterminazione e al riconoscimento giuridico delle nuove configurazioni familiari.

Matteo Caldironi ha ottenuto il titolo di Dottore di Ricerca presso l'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Dal 2022 è Assegnista di ricerca presso l'Università di Modena e Reggio Emilia e dal 2024 è docente a contratto di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza del medesimo Ateneo. È stato *Land Steiermark Senior Fellow* presso la *Karl-Franzens-Universität* (Graz, Austria) occupandosi del controllo di legittimità costituzionale su temi eticamente sensibili. È stato relatore in più di 20 convegni in Italia e all'estero ed è autore di numerose pubblicazioni, tra cui una monografia (*A discrezione del legislatore. La libertà della politica secondo il diritto vivente*, Modena, Mucchi, 2024) sul rapporto tra Corte costituzionale e legislatore e sulle nuove forme di genitorialità.

Stefania Pia Perrino ha conseguito il Dottorato di Ricerca nel 2021 presso l'Università di Milano - Bicocca, dove attualmente è Assegnista di Ricerca in Diritto privato. È autrice di due monografie, *Gli statuti giuridici degli embrioni umani* (Pisa, Pacini, 2023) e *L'inadempimento dell'obbligo informativo terapeutico* (Torino, Giappichelli, 2024), e di oltre 40 saggi pubblicati su riviste nazionali e internazionali. Le sue ricerche, condotte presso la *University of Edinburgh* e il *Max Planck Institute*, riguardano le sostanze di origine umana, le nuove configurazioni familiari, la responsabilità medica, la gestione delle sopravvenienze contrattuali e non, per le quali ha conseguito il premio Miglior Opera Prima 2024 dell'Associazione Civilisti Italiani e il Premio Giovani Talenti 2024 patrocinato dall'Accademia dei Lincei.

ISBN 9791281716490
Versione pdf *open access* al sito
www.mucchieditore.it