

## IL FAVOR PER LO STATO DI FIGLIO TRA VERITÀ BIOLOGICA E INTERESSE DEL MINORE

Di Antonio Gorgoni

| 540

**SOMMARIO:** 1. *Oggetto dell'analisi: verità, responsabilità e interesse del minore nella conservazione e costituzione dello stato di figlio.* – 2. *Tre periodi della filiazione. I primi due: dal favor legitimatis al favor veritatis.* – 3. *(Segue) Il terzo periodo: relatività della verità biologica e interesse del minore allo stato di figlio.* – 4. *La conservazione dello stato di figlio quale conseguenza dell'assunzione di responsabilità e della tutela dell'identità personale del minorenne: l'art. 244 ultimo comma c.c.* – 5. *(Segue) L'art. 263 c.c. e il c.d. «riconoscimento di compiacenza».* – 6. *Specialità della disciplina della procreazione assistita: verità e assunzione di responsabilità.* – 7. *Dalla filiazione non biologica al valore della costituzione dello stato di figlio nella procreazione medicalmente assistita a prescindere dalla tecnica utilizzata e dal luogo di nascita.* – a) *La gestazione per altri e la prima sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (2019).* – b) *La seconda sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (2022) e il rafforzamento della posizione del nato.* – c) *La procreazione eterologa effettuata all'estero.* – 8. *Crisi del rapporto genitoriale, saldezza del legame genetico e doppia famiglia: la c.d. «adozione mite».* – 9. *Conclusione: la costituzione/conservazione dello status filiationis quale elemento essenziale dell'unicità dello stato di figlio e la proposta di regolamento europeo sulla genitorialità.*

**ABSTRACT.** *L'evoluzione della famiglia e della filiazione induce l'interprete a ravvisare oltre al favor veritatis anche un favor per la costituzione e la conservazione dello stato di figlio. Lo si deduce da diversi indici normativi: dalla nozione di vita familiare di cui all'art. 8 Cedu come enucleata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dagli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita, da alcune disposizioni sulle azioni di stato, dal diritto all'identità personale del minore e dalla rilevanza costituzionale della parentela posta in rilievo dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 79/2022. Il favore normativo per la costituzione dello stato di figlio assurge a elemento fondamentale per la soluzione delle problematiche relative soprattutto alla tutela del figlio nato dalla procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero per superare i limiti di accesso ad essa stabiliti dagli artt. 4 e 5 della legge 40/2004. Anche la conservazione dello stato di figlio è un valore ordinamentale che esige di contenere sia l'esercizio delle azioni di stato ablative dello status filiationis sia l'adozione piena a beneficio della c.d. «adozione mite». Lo stato di figlio è, dunque, una condizione da valutare e da promuovere rispetto non soltanto alla verità biologica, ma soprattutto all'interesse del minore. Se ne trae un'ulteriore conferma dalla proposta di regolamento dell'Unione europea sulla circolazione dello stato di figlio.*

*The evolution of the family and filiation leads the interpreter to recognize, in addition to the favor veritatis, also a favor for the establishment and preservation of the status of a child. This can be deduced from various regulatory indices: from the notion of family life referred to in art. 8 ECHR as enucleated by the European Court of Human Rights, by Articles 8 and 9 of the law n. 40/2004 on assisted procreation, by some provisions on state actions, by the right to personal identity of the child and by the constitutional relevance of kinship highlighted by the Constitutional Court in sentence no. 79/2022. The regulatory favor for the establishment of the status of a child becomes a fundamental element for the solution of the problems relating mostly to the protection of the child born from medically assisted procreation carried out abroad to overcome the limits of access to it established by Articles 4 and 5 of law 40/2004. Even the preservation of the status of a child is a legal value that is appreciated in the need to contain the exercise of ablative state actions of the status filiationis and the full adoption for the benefit of the so-called "mild adoption". The status of a child is, therefore, a condition to be evaluated not only with respect to biological truth but above all to the interest of the minor. Further confirmation can be drawn from the proposal for a regulation of the European Union on the circulation of the status of child.*



## 1. Oggetto dell'analisi: verità, responsabilità e interesse del minore nella conservazione e costituzione dello stato di figlio.

*Favor veritatis* e interesse del minore sono due sintagmi che, nella reciproca necessaria interazione, conformano la decisione giudiziale sullo stato di figlio. Il primo esprime la tendenziale predilezione dell'ordinamento per la derivazione genetica quale fondamento della filiazione; il secondo, perno della «EU Strategy on the rights of the child»<sup>1</sup>, relativizza tale fondamento, considerato che l'identità del minore di età si struttura in ragione dell'accudimento duraturo e non soltanto del mero legame biologico<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La Commissione europea nel 2022 ha pubblicato un importante documento intitolato «EU Strategy on the rights of the child» con due allegati: uno denominato «EU acquis and policy documents on the rights of the child», l'altro «EU and international framework». La Commissione propone una serie di azioni mirate rispetto a sei aree tematiche. Nella quarta area intitolata «Child-friendly justice: an EU where the justice system upholds the rights and needs of children» si afferma a pag. 14 quanto segue: «Judicial proceedings must be adapted to their age and needs, must respect all their rights and give primary consideration to the best interests of the child». Ancora: «national justice system must be better equipped to address children's needs and rights».

<sup>2</sup> Fondamentale è il richiamo dell'art. 3 Conv. New York («Sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza») del 1989 ratificata con legge n. 176/1991 che, da un lato, impone il perseguimento dell'interesse superiore del fanciullo in ogni decisione giudiziale, dall'altro, pone a carico degli Stati parti il dovere di «assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere». La protezione del fanciullo, come stabilisce l'art. 8 della medesima Convenzione, esige anzitutto che gli Stati parti rispettino «il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali [corsivo mio]». Rilevanti sono anche gli artt. 12 e 16 della Conv., rispettivamente sul diritto del fanciullo di vedere presa in considerazione la sua opinione e sul divieto di interferenze arbitrarie e illegali nella propria vita familiare. Si segnala anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2022 «Tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia», in cui si «esorta gli Stati membri a rispettare il diritto di ogni minore a mantenere contatti personali e diretti con ciascun genitore, indipendentemente dalla composizione del nucleo familiare o dal legame biologico, a meno che tali contatti non siano contrari all'interesse superiore del minore» [corsivo mio]. Vi è, insomma, un quadro normativo e programmatico in cui la verità genetica non domina la scena della filiazione, dovendo essa confrontarsi con il concreto interesse del minore e con i legami familiari in atto, i quali sono degni di considerazione anche se non basati sulla discendenza genetica. Si consideri che la questione dello stato di figlio e del fondamento della filiazione è interessata, come segnalato nella citata Risoluzione, da un incremento del numero dei bambini nati in famiglie con un elemento di carattere transfrontaliero. Il che induce, secondo il punto «O» della Risoluzione, a «stabilire norme armonizzate a livello dell'UE in materia di diritto civile e di famiglia transfrontaliero».

Se non vi è un'assoluta corrispondenza tra verità genetica e miglior interesse del minore<sup>3</sup>, è evidente che nelle azioni volte a eliminare lo stato di figlio – *id est*: disconoscimento della paternità, contestazione dello stato di figlio e impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità – il *favor veritatis* non è l'unico valore rilevante né quello decisivo, poiché l'affermazione della verità biologica è influenzata dal concreto interesse del minore a conservare lo stato di figlio (non genetico) esistente.

La rilevanza dell'interesse del minore nelle azioni di stato emerge non tanto dalla normativa specifica del codice civile, tant'è che è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ.<sup>4</sup>, quanto piuttosto dal sistema delle fonti sovraordinate alla legge ordinaria. Il quale sistema impone di bilanciare la verità biologica, quale criterio fondante dello *status filiationis*, con il diritto del minore al rispetto della propria vita familiare (art. 8 Cedu). Il cui significato si appunta, com'è noto, sulla stabile relazione affettiva non necessariamente basata sulla discendenza di sangue. Così vita familiare e identità personale, entrambi oggetto di attenzione giurisprudenziale crescente<sup>5</sup>, si intrecciano e

<sup>3</sup> L. LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2021, 214-218; M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della filiazione*, in *Fam. e dir.*, 2021, 7, 763 ss.; A. MENDOLA, *Le mobili frontiere della filiazione*, Pisa, 2020, 113 ss.; A.G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 757 ss.; ID., *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, 2022; A. C. NAZZARO, *Il difficile rapporto tra genitorialità e famiglia tra indicazioni giurisprudenziali e novità legislative*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 850 ss.; U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 552 ss.; A. SASSI, *Filiazione intenzionale e interesse del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 2, 531 ss.; R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 980 ss.; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1097 ss.; G. RECINTO, *La genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, 79 ss.; F. QUARTA, *Volontà e consolidamento della filiazione. A proposito del controllo di meritevolezza sull'impugnazione del riconoscimento consapevolmente falso*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 978 ss.

<sup>4</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corriere giur.*, 2018, 4, 446 ss., con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; in *Giur. it.*, 2018, 1830 ss., con nota di E. FALLETTI, *Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato surrogacy straniera*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 8-9, 4, 540 ss., con nota di A. GORGONI, *Art. 263 c.c.: tra verità e conservazione dello status filiationis*. Cfr. anche E. DEL PRATO, *Status di figlio: autore sponsabilità e verità*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 4, 742 ss.; B. CECCHINI, *L'interesse del minore nell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 1, 217 ss.

<sup>5</sup> A. AMENDOLA-M. R. MARELLA, *Identità e riproduzione sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, 1, 1 ss., sottolineano come l'emergere dell'identità personale, soprattutto nella giurispru-



fanno risaltare l'interesse del fanciullo a conservare i legami di parentela acquisiti a prescindere dalla linea biologica.

L'interesse del minore, insomma, impone talvolta di conservare lo stato di figlio non veridico. Ne consegue che, in tale eventualità, gli artt. 244 ult. co. cod. civ. e 263 cod. civ. sono da interpretare sistematicamente, recuperando la complessità della filiazione che rifugge dal bipolarismo semplicistico, esistito in passato, caratterizzato dall'alternativa secca verità/falsità della filiazione rispetto al solo parametro genetico. Piuttosto va sottolineato come il passaggio dal *favor veritatis* al *favor stabilitatis* implichi un'attenta valutazione del caso concreto da collocare nel rinnovato quadro assiologico e regolativo della filiazione<sup>6</sup>. Non si intende dire che il sistema ordinamentale si sia spostato bruscamente da un versante all'altro: dalla verità alla stabilità. Piuttosto occorre avere contezza che i diritti fondamentali e le *rationes* sottese a ciascun *favor* devono integrarsi e bilanciarsi ragionevolmente al fine di attuare il preminente interesse del minore.

Del resto, neppure nella filiazione c'è spazio per un valore che annichilisca gli altri valori potenzialmente confliggenti. Vi sono invece più posizioni giuridiche soggettive da bilanciare, sebbene l'interesse del minore abbia un peso maggiore<sup>7</sup>. Queste posizioni sono per quanto ci interessa: l'interesse del genitore non genetico nei cui confronti si è ugualmente costituito lo stato di figlio a far emergere la verità, l'interesse del genitore genetico che non figuri nell'atto di nascita a esercitare il proprio diritto a mantenere, educare e istruire il fi-

denza, rappresenti «l'emblema dell'evoluzione del diritto privato in senso personalistico»; un diritto che assumere doverosamente su di sé la «complessità della persona umana». Personalismo e complessità umana escludono l'ideologia della opposizione di una identità a un'altra, privilegiando, invece, la logica della relazione con gli altri e una «soggettività più larga e inclusiva». Ma allora – si può aggiungere – anche la filiazione deve essere ripensata in ragione di una soggettività, quella del minore di età, scevra da contenuti rigidi, dove il rapporto con il genitore assume, come vedremo, valore decisivo in funzione conservativa o costitutiva dello stato di figlio.

<sup>6</sup> G. VETTORI, *Il pensiero di Mario Nuzzo nell'unità plurale di una Grande Scuola*, in *Persona e mercato*, 2022, 1, 9, recupera l'invito di Mario Nuzzo al giurista di confrontarsi con i dati reali, dovendo la riflessione muovere non già dai concetti ma dai problemi, per riadattare i concetti al fine di individuare gli strumenti tecnici più adeguati al caso concreto secondo una ricostruzione coerente del sistema.

<sup>7</sup> Cass. ord., 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Banca dati-leggi d'Italia*. Secondo L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 89, deve ammettersi, traendo argomento dall'art. 3 co. 1, della Conv. sui diritti del fanciullo, che l'interesse del minore è «un parametro di giudizio, ma non l'unico parametro». Questa posizione è stata accolta dalle più recenti pronunce della Corte costituzionale (n. 272/2017, n. 127/2020 e 33/2021).

glio (art. 30, comma 1°, Cost)<sup>8</sup> e l'interesse del figlio stesso a salvaguardare la propria identità attraverso la conservazione del proprio status<sup>9</sup>, soprattutto, come vedremo, in alcuni casi del procreazione medicalmente assistita (PMA).

Lo scenario è, tuttavia, ancora più articolato, poiché oltre a esservi l'interesse del figlio a conservare il proprio *status filiationis*, potrebbe sussistere l'interesse a costituirlo. Si consideri la rilevanza che assume sia il rapporto tra il cosiddetto «genitore d'intenzione» e il nato dalla surroga biologica di maternità o dalla procreazione eterologa omosessuale sia il fenomeno della genitorialità sociale. Tutto questo si colloca in un contesto giuridico in cui la relazione affettiva ha valore normativo.

La filiazione, insomma, non è caratterizzata dal dominio del *favor veritatis*, ma dalla dialettica tra verità e interesse del minore alla conservazione o costituzione dello stato di figlio. Su questo si intende riflettere rispetto ad alcune fattispecie di procreazione naturale o medicalmente assistita. Sono la *conservazione* e la *costituzione* dello *status filiationis* i due profili oggetto di analisi, i quali esigono la presa d'atto del pluralismo dei valori fondativi della filiazione: verità e responsabilità declinati in funzione del preminente interesse del minore.

Ebbene, nel tentativo di interpretare sistematicamente talune disposizioni, come quelle contenute negli artt. 244 ult. comma cod. civ., 263 cod. civ. e 8 l. n. 40/2004 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»), è utile distendere un sintetico filo storico. La prospettiva diacronica rafforza la consapevolezza dello sviluppo ordinamentale e delle sue ragioni, favorendo soluzioni più armoniche con la cultura civilistica europea.

## 2. Tre periodi della filiazione. I primi due: dal *favor legitimitatis* al *favor veritatis*.

La linea storico-evolutiva della filiazione è essenziale per comprendere il presente e per orientare l'attività giudiziale e legislativa. Essa consente di cogliere il tratto più significativo della filiazione,

<sup>8</sup> Il padre vero non è legittimato ad agire in giudizio con l'azione di disconoscimento della paternità; dunque, egli non ha modo di superare la presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c. se non nei ristretti limiti dell'art. 244, ult. co., c.c. Sul punto si tornerà più avanti.

<sup>9</sup> È venuta meno – e la giurisprudenza lo ha riconosciuto – l'idea che identità personale si inveri solo nel legame genetico e quindi nello stato di figlio conforme a questo legame; in verità anche la conservazione del rapporto con il genitore non genetico può essere funzionale alla tutela dell'identità del figlio, il quale identifica il proprio genitore in quella figura. Ne sono consapevoli sia la Corte costituzionale sia la Corte di Cassazione.

ancora in parte inespresso. Lo si indentifica nella rilevanza dell'assunzione di responsabilità quale fondamento di rapporti giuridici familiari, cui si lega tendenzialmente lo stato di figlio<sup>10</sup>. Si fissino allora i tratti principali dell'itinerario normativo, ponendo la lente di ingrandimento retrospettiva sulla disciplina delle azioni di stato. È questo un angolo di osservazione ricco di ritorni concettuali, poiché la congerie di tutele restituiscono un'immagine nitida dei valori ordinamentali.

Sono distinguibili con un po' di approssimazione tre periodi in quasi 160 anni. Il primo si è sviluppato dal 1865 fino alla riforma del diritto di famiglia del 1975 esclusa, durante il quale sulla verità della procreazione – vera perché basata sul legame genetico tra generante e generato – ha prevalso la stabilità della filiazione legittima a tutela della saldezza del matrimonio. Il codice civile dell'epoca non attribuiva alcuna protezione ai figli adulterini, se non nel ristretto ambito alimentare; inoltre, soltanto il marito poteva agire con l'azione di disconoscimento della paternità. Vi erano, infine, ampie restrizioni all'accertamento della paternità/maternità naturale.

La finalità di quest'impianto normativo era, come si accennava sopra, non già di tutelare il figlio matrimoniale e la sua identità, ma di garantire l'onore familiare e l'intangibilità del matrimonio. Nell'idea del tempo soltanto il matrimonio assicurava una vita ordinata, svolgendosi così una funzione pubblica di salvaguardia dell'ordine sociale e morale. Di conseguenza la filiazione nata nel matrimonio era l'unica legittima, ossia approvata e favorita dalla legge, la quale finiva con l'incentivare le coppie a contrarre

matrimonio<sup>11</sup>. Lo Stato, tramite la disciplina della filiazione, induceva a sposarsi e a valutare negativamente la convivenza di fatto quale formazione sociale in cui crescere i figli.

L'entrata in vigore della Costituzione ha mutato radicalmente l'assiologia della famiglia e della filiazione<sup>12</sup>, ponendo le basi del secondo periodo che si dispiega dalla già richiamata riforma del 1975 fino alla riforma della filiazione 2012-2013 esclusa.

In questo torno di anni il *favor legitimitatis* è stato progressivamente sostituito dal *favor veritatis*, segno, questo, di un rafforzamento della persona rispetto alle ragioni di stampo pubblicistico che ammantavano l'istituto del matrimonio. Il legislatore e i giudici hanno attuato sempre più incisivamente il principio personalistico, dismettendo l'idea che qualsivoglia formazione sociale potesse conculcare i diritti della persona contro la sua personalità e identità.

<sup>11</sup> R. CATERINA-L. LENTI, *La famiglia*, in *Trattato del diritto privato*, diretto da S. Mazzamuto, Torino, 2022, 2 ss. sottolineano il legame «strettissimo», oggi «molto allentato», tra nascita e matrimonio. Sull'evoluzione della famiglia cfr. *amplius*: P. ZATTI, *Familia familiae – Declinazione di un'idea*. I. *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 13 ss.; P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Familia*, 2002, 11; F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 4, 509 ss.; F. D. BUSNELLI-M. C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, 767 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi, parte prima, Dalla famiglia-istituzione alla famiglia-comunità: centralità del rapporto e primato della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 1043 ss. e ivi 2013, 6, 1287 ss., parte seconda, *Pluralizzazione e riconoscimento anche in prospettiva europea*; V. SCALISI, «*Famiglia*» e «*famiglie*» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 7 ss.; T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove leggi, civ. comm.*, 2015, 3, 615 ss.; F. D. BUSNELLI, *Il diritto di famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, 1447 ss.; U. SALANITRO, *Per una riflessione sistemica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 3, 563 ss.; M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2021, 7, 763 ss.; ID., *Mezzo secolo di riforme*, in *Fam. e dir.*, 2021, 1, 17 ss.; S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 3, 507 ss.

<sup>12</sup> Diversi Autori hanno sottolineato il nesso tra la famiglia, nelle sue diverse declinazioni, e lo sviluppo della personalità umana, il che implica di valorizzare le esigenze individuali, temperate, però, dal principio di solidarietà, per cui l'interesse di ciascuno deve diventare anche interesse dell'altro in un sistema unitario di diritti, principi (quali quelli di democraticità, uguaglianza, pari dignità) e doveri. Cfr. *amplius* almeno: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo la italo-europea delle fonti*, Napoli, 2020, vol. III, 337 ss. in particolare sul significato da attribuire al sintagma «unità della famiglia» di cui all'art. 29, co. 2, Cost; F. PROSPERI, *La famiglia «non fondata sul matrimonio*, Napoli, 1980, 93 ss. soprattutto sull'applicazione analogica di disposizioni previste per i coniugi ai conviventi di fatto; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, *passim*.

<sup>10</sup> P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, Napoli, 2021, 91, afferma che «la compresenza della responsabilità nella libertà individuale richiede collaborazione e solidarietà. L'interesse individuale di ciascun familiare non è pensabile se non in relazione a quello degli altri familiari: l'interesse di ciascuno diviene in varia misura interesse degli altri, la convivenza (e i bisogni che il suo svolgimento volta a volta manifesta) è interiorizzata». Responsabilità e solidarietà interagiscono, allora, anche nel rapporto familiare di filiazione, rendendo giuridici profili non espressamente normati come quello del c.d. «secondo genitore sociale» o del «terzo genitore» (cfr. sul punto A. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margini di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale al banco di prova delle regole vigenti*, in *Dir. pers. fam.*, 2017, 2, 473 ss.). Se l'assunzione di responsabilità della crescita del figlio del partner da parte del nuovo compagno/companna rende rilevante a certe condizioni tale rapporto, è evidente che l'uccisione del figlio implica la risarcibilità del danno non patrimoniale subito non solo dal genitore giuridico ma anche dal genitore di fatto (Cass., 21 aprile 2016, n. 8037, in *Fam. e dir.*, 2017, 4, 329 ss., con nota di L. LA BATTAGLIA, *Il danno non patrimoniale da perdita del figlio del partner: variazioni sul tema della famiglia di fatto*; in *Danno e resp.*, 2017, 1, 30 ss., con nota di A. GARIBOTTI, *Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e nelle unioni civili*).



È la verità del legame genetico il nuovo valore espresso dall'ordinamento giuridico, l'asse portante della filiazione dove l'identità del figlio si salda con l'ascendenza biologica. Se lo stato di figlio dipende dal legame genetico, il quale fonda e impone i doveri genitoriali, dovevano progressivamente attenuarsi – ciò che è avvenuto – le diversità di disciplina tra filiazione legittima e filiazione naturale<sup>13</sup>.

Il ribaltamento di prospettiva emerge soprattutto da alcune novità contenute nella riforma del 1975. Sono stati aggiunti tra i legittimati all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità la madre e il figlio (art. 243-bis, comma 1, c.c.) maggiorenni (art. 244, comma 5, c.c.). Così si è accresciuta la possibilità che emergesse la verità del legame filiale, non essendo più il marito l'unico soggetto da cui dipendevano le sorti dello stato di figlio legittimo e la stabilità del matrimonio. La legittimazione del figlio e del curatore speciale ai sensi dell'art. 244, ultimo comma, c.c. hanno invertito la gerarchia dei valori: non era più la filiazione a essere subordinata al matrimonio, ma era quest'ultimo (non più governato dal marito-padre) a cedere il passo all'interesse del figlio ad affermare la verità delle sue origini.

Quanto alla filiazione nata fuori del matrimonio, definita «naturale» dalla riforma del 1975, la dichiarazione giudiziale di paternità non era più limitata a pochi eccezionali casi. Qualora i genitori non riconoscessero il figlio, quest'ultimo poteva e può agire giudizialmente in qualunque momento per far costituire lo *status filiationis* (art. 270, comma 1, c.c.) in conformità all'art. 30, comma 1, Cost. È stato introdotto in sostanza il diritto allo stato di figlio, di cui è titolare anche il figlio nato fuori del matrimonio.

In quella prima complessiva riforma della famiglia, il predominio della verità emergeva anche dal disposto dell'art. 263 c.c. («Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità») nella versione antecedente alla seconda riforma del 2012-2013. Esso prevedeva che tutti i legittimati attivi all'impugnazione per difetto di veridicità – *id est*: l'autore del riconoscimento, il riconosciuto e chiunque avesse interesse – potessero agire in qualunque tempo, essendo l'azione imprescrittibile. Dal 2013, com'è noto, non è più così, giacché la regola

<sup>13</sup> Si noti che il legislatore valorizzava il matrimonio a scapito di altri modelli familiari e della tutela del singolo individuo. L'art. 180 del codice civile del 1865 stabiliva, infatti, il divieto di riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio da due persone «di cui anche una soltanto fosse al tempo del concepimento legata in matrimonio con altra persona». Il codice civile del 1942 intitolava il capo II del titolo VII (filiazione) del libro I «Della filiazione illegittima e della legittimazione», a sottolineare che la filiazione fuori del matrimonio rappresentava un modello riprovato dall'ordinamento e per questo regolamentato in modo deteriore rispetto alla filiazione matrimoniale.

dell'imprescrittibilità rischiava di danneggiare il figlio, il quale anche dopo diversi anni rischiava di perdere la figura paterna in ragione della scoperta della mancanza del legame genetico. Un eccesso di rilevanza del canone della verità è nemico del bene, come si vedrà in seguito.

Adesso però va ricordato che il legislatore non è stato l'unico a sospingere la verità. Questo nuovo corso, di matrice personalistica e identitaria, si è intensificato in virtù della pregevole opera della Corte costituzionale, la quale, con pronunce sul disconoscimento della paternità<sup>14</sup>, sulla dichiarazione giudiziale<sup>15</sup> e sull'incesto<sup>16</sup>, ha consolidato il legame genetico quale fondamento della filiazione. Il che – preme sottolinearlo – è del tutto comprensibile, poiché la verità genetica, essendo legata all'identità personale del figlio, non doveva, nell'idea allora imperante, incontrare ostacoli né nelle azioni costitutive né in quelle ablative dello *status filiationis*.

Vero è che una filiazione dominata dal principio di verità è più agevole da ricostruire nei procedimenti giudiziari. Infatti, prima della riforma 2012/2013 e dell'ulteriore sviluppo da essa innescato, l'attività del giudice era più semplice, consistendo nel mero accertamento della presenza o meno del legame genetico. Il *decisum* sarebbe stato inevitabilmente conseguente. Ma questa prospettiva si è rivelata angusta, perché la genitorialità non è espressa soltanto dalla discendenza di sangue, bensì soprattutto dal prendersi cura del minore di età in ogni aspetto della sua vita a prescindere dalla generazione. Le situazioni in cui ciò accade sono diverse e tutte meritevoli di attenzione da parte del giurista,

<sup>14</sup> Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 7, 628 ss., con nota di M. D. BEMBO, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche: la svolta della Consulta, sull'illegittimità dell'art. dell'art. 235, comma 1, n. 3, c.c. che subordinava l'esame delle prove tecniche alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie.*

<sup>15</sup> Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Fam. e dir.*, 2006, 3, 237 ss., con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore?*, sull'incostituzionalità dell'art. 274 c.c. nella parte in cui prevede(va) una preliminare delibazione di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale.

<sup>16</sup> Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 6, 1209 ss., con nota di L. DI PAOLA, *Figli incestuosi: una connotazione destinata a scomparire*, sull'incostituzionalità dell'art. 278, comma 1, c.c. nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale e le relative indagini nel caso in cui, ai sensi dell'art. 251, comma 1, il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato. La Consulta ha inteso così slegare la posizione del figlio incestuoso, cui è stata riconosciuta l'azione volta alla dichiarazione giudiziale dello stato di figlio, da quella dei genitori di mala fede che avevano commesso il reato di incesto. Con la riforma del 2012, com'è noto, la disciplina è stata modificata consentendo ai genitori di mala fede di riconoscere il figlio previa autorizzazione giudiziale.

senza assolutismi. Qui l'interprete deve trarre indicazioni proprio dalla linea evolutiva della filiazione e sottolineare, anzitutto, l'elasticità del principio di verità, ossia la sua idoneità a essere compresso da altri principi<sup>17</sup>.

### 3. (Segue) Il terzo periodo: relatività della verità biologica e interesse del minore allo stato di figlio.

Dopo l'ascesa della verità genetica, necessaria per superare una più risalente impostazione socio-culturale incompatibile con i valori costituzionali<sup>18</sup>, due fattori hanno palesato l'insufficienza del criterio veritativo quale ragione preminente giustificatrice della filiazione. Essi sono: il diritto al rispetto della vita familiare e la diffusione di una maggiore varietà strutturale dei rapporti familiari. La derivazione genetica non esprimeva più, compiutamente, la fenomenologia della filiazione, caratterizzata non solo dalla procreazione ma anche, in alternativa, dal rapporto incentrato sull'affettività e sull'assunzione di responsabilità del minore all'interno di un progetto procreativo o di una famiglia c.d. ricomposta.

Si pensi pertanto alla rilevanza giuridica della genitorialità sociale<sup>19</sup> o dell'ascendenza di fatto<sup>20</sup>,

<sup>17</sup> L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 133 ss. sottolinea come la elasticità del principio di verità esista da secoli, come dimostra la dialettica con altri principi. L'Autore, in prospettiva diacronica, ne indica tre. Due ricordati con maggior frequenza: la difesa della famiglia legittima e il favore per la legittimità del figlio. Il terzo, ricordato più raramente, è l'ampia garanzia «dell'irresponsabilità maschile in caso di procreazione fuori dal matrimonio, fondamento dei limiti all'accertamento della paternità».

<sup>18</sup> La dottrina più risalente ha rimarcato questo passaggio. Cfr.: A. M. SANDULLI, *Sub art. 30*, in *Comm. al dir. it. della fam.*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1992, 62 ss., in particolare sul significato, già decisamente ridimensionato dall'Autore, del limite costituzionale della tutela della filiazione naturale costituito dalla compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima; M. GIORGIANNI *Problemi attuali di diritto familiare*, Prolusione letta in un'aula dell'Università di Bologna il 19.1.1956, in *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli, III, 2012, 2780 ss., si mostra sensibile alla rivoluzione introdotta dall'art. 30, comma 3, Cost.; ID, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del II Convegno di Venezia 11-12.3.1972, Padova, 1972, 123 ss.; P. RESCIGNO, *La tutela dei figli nati fuori del matrimonio*, in *Studi in memoria di L. Barassi*, 1966, 725 ss. e in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 277 ss.,

<sup>19</sup> Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Foro it.*, 2016, 11, 3329 ss., si è pronunciata a favore dell'applicabilità dell'art. 333 c.c. nel caso in cui il genitore impedisca la frequentazione del proprio figlio con l'ex partner, il quale, durante la relazione di coppia, si sia comportato come un secondo genitore. Quest'orientamento è stato confermato dal Trib. Como, 13 marzo 2019, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), stante l'interesse del minore alla stabilità dei legami affettivi con chi, di fatto, abbia svolto le

laddove, rispettivamente, chi si comporta come fosse genitore (rispetto al figlio del coniuge o del convivente di fatto) o nonno/nonna crea una relazione familiare la cui disciplina dovrebbe essere stabilita dal legislatore<sup>21</sup>.

Oltre alle famiglie ricomposte, anche la diffusione delle tecniche di PMA ha determinato un ampliamento del fondamento della filiazione. La procreazione eterologa e la surroga biologica di maternità, avendo disallineato la verità genetica dal nucleo familiare di partenza, hanno accresciuto le possibilità – oltre all'adozione - di dar vita alla filiazione a prescindere dal legame genetico.

In questo contesto si giustifica la revisione legislativa del 2012-2013 dei termini di proponibilità di talune azioni di stato, i quali nella previgente normativa finivano col pregiudicare l'interesse del figlio alla conservazione dello *status filiationis* quale elemento fondamentale della sua identità personale. Prima della riforma 2012-2013 l'azione di disconoscimento della paternità era proponibile anche se l'adulterio o l'impotenza fossero stati scoperti diversi anni dopo la nascita; inoltre, l'impugnazione per difetto di veridicità era sempre ammissibile. Sussisteva, pertanto, uno sbilanciamento di posizioni, di talché la Commissione presieduta dal Prof. Cesare Massimo Bianca, impegnata nella riforma appena ricordata, ha posto limiti temporali alle azioni ablativo dello stato di figlio, accrescendo, in un rinnovato bilanciamento tra verità e stabilità, il valore della relazione e l'effettività del diritto all'identità personale del figlio.

Si è avviato e si è consolidato così il terzo periodo della filiazione, connotato dall'unicità dello stato di figlio<sup>22</sup>; principio, quest'ultimo, che ha spostato il

funzioni genitoriali. Il Tribunale sottolinea due profili: non vi è un modello di genitorialità fondato esclusivamente sul legame biologico; 2) va valorizzata l'assunzione di responsabilità genitoriale (si noti che, nel caso di specie, la collocazione prevalente è stata disposta a favore del genitore sociale, sebbene il minore sia stato affidato ai Servizi sociali). Trib. Palermo, decr. 6 aprile 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), ha, invece, ritenuto applicabile alla genitorialità sociale l'art. 337-ter cod. civ. interpretato evolutivamente.

<sup>20</sup> Cass., 25 luglio 2018, n. 19780, in 2019, 4, 378, con nota di S. CAPPUCIO, *La rilevanza del rapporto affettivo con il nonno sociale: la lettura evolutiva dell'art. 317-bis c.c.*, sulla legittimazione della cosiddetta «nonna sociale» ad agire in giudizio ai sensi dell'art. 317-bis c.c. a tutela del suo diritto di conservare il rapporto significativo che ella ha instaurato, come seconda moglie del nonno (giuridico), con le nipoti di fatto.

<sup>21</sup> Un intervento legislativo agevolerebbe i giudici e tutelerebbe più efficacemente i minori di età. Non mancano i modelli cui attingere in prospettiva *de jure condendo* (cfr. sul punto la ricca analisi di M. CINQUE, *Quale statuto per il genitore sociale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, 1487 ss., in particolare sul modello francese).

<sup>22</sup> C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo i figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1 ss.



baricentro della filiazione dalla verità della procreazione allo stato unico. Si è assistito all'attenuazione del *favor veritatis* rispetto al rilievo di altri elementi quali il diritto al rispetto della vita familiare, l'assunzione della responsabilità della nascita o della crescita del figlio altrui<sup>23</sup>. Alcune disposizioni sono espressive di questa ulteriore e più matura linea evolutiva.

Anzitutto va richiamato l'art. 30, ultimo comma, Cost., il quale, attraverso la previsione secondo cui «la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità», sancisce la relatività del principio del *favor veritatis* come hanno rilevato la Cassazione<sup>24</sup> e la Corte costituzionale<sup>25</sup>. Se il Costituente è stato

<sup>23</sup> G. RECINTO, *Le genitorialità tra favor legitimitatis, veritatis e affectionis*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di R. Pane, Napoli, 2017, 61 ss.; ID., *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016; M. PORCELLI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016, 90 ss.; P. STANZIONE, *Le genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 668 ss.

<sup>24</sup> Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Corr. giur.*, 2017, 10, 845 ss., con nota di M. N. BUGETTI, *Favor veritatis, favor stabilitatis, favor mioris: disorientamenti applicativi*, sull'azione di disconoscimento della paternità promosso ai sensi dell'art. 244, ult. co., c.c., sostiene «l'assenza di ogni automatismo nel cogliere l'interesse del minore rispetto al principio di verità biologica della filiazione». Cfr. anche Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 851 ss., con nota di F. SCIA, *Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore*.

<sup>25</sup> Cfr.: Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in *Corr. giur.*, 2021, 8-9, 1034 ss., non 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 *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 956 ss., con nota di M. C. VENUTI, *Diritti dei figli vs. genitorialità same sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, in *Fam. e dir.*, 2021, 710 ss., con nota di G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme e di due papà ad avere due genitori*. La Consulta afferma che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia» e che «la tutela del preminente interesse del minore comprende la garanzia del suo diritto all'identità affettiva, relazione, sociale, fondato sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura e sul loro riconoscimento giuridico»; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, *Corr. giur.*, 2021, 8-9, 1034 ss. annotata sempre da Tonolo e Cecchini, su un caso di surroga biologica di maternità effettuato all'estero da una coppia di uomini, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, 609 ss., con nota di B. CECCHINI, *L'omogenitorialità ancora al vaglio della Corte costituzionale*; Corte cost., 25 giugno 2020, n. 127, in *Fam. e dir.*, 2021, 3, 253 ss., con nota di A. CORDIANO, *Legami affettivamente (in)sucuri e biologicamente (ir)reali: le regole per contestarli ancora all'esame della Corte costituzionale*, con riguardo alla fattispecie del c.d. riconoscimento di compiacenza impugnato ai sensi dell'art. 263 c.c., afferma che il giudice deve bilanciare il concreto interesse del minore con il *favor veritatis* e non già semplicemente decidere in base alla verità/falsità della filiazione; analogamente Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., secondo cui il *favor* dell'ordinamento per la verità biologica non è «un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento» in cui rilevi il preminente interesse del minore,

lungimirante nel negare assolutezza alla verità genetica, il valore della verità è comprimibile solo a tutela della persona.

Proprio in attuazione del disposto costituzionale, nel 2013 sono stati modificati gli artt. 244 e 263 c.c., prevedendo rispettivamente un termine di improponibilità sia dell'azione di disconoscimento della paternità (comma 4°) sia dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (commi 3° e 4°). Non si tratta però di un ritorno al *favor legitimitatis*, caratterizzante il primo periodo sopra descritto, ma dell'inveramento di una nuova assiologia delle azioni di stato, il cui esercizio è condizionato dalla durata del rapporto che induce a conservare lo stato di figlio a tutela dell'identità del minore. Quando è preclusa l'azione ablativa dello status, la filiazione si fonda non già sul legame genetico, ma sulla «verità sociale ormai formatasi»<sup>26</sup>, sul rapporto genitoriale esplicitatosi nel tempo.

Sempre lungo la linea temporale in esame, va richiamata la legge n. 173/2015 sul diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare, la quale, ora in funzione adottiva (art. 4, comma 5-bis) ora di mantenimento del rapporto con la famiglia affidataria (cfr. art. 4 comma 5-ter), ha valorizzato i legami affettivi significativi creati con il minore. Il che dimostra, una volta di più, come oltre la verità biologica vi sia la rilevanza giuridica del rapporto affettivo quale fatto giustificativo tanto dell'adozione piena (quella di cui agli artt. 6-28 l. n. 184/1983) quanto della continuità delle relazioni socio-affettive con gli affidatari.

Ancora: l'istituto dell'adozione in casi particolari esprime, tra le sue diverse *rationes* giustificatrici, la valorizzazione «dell'effettività di un rapporto instauratosi con il minore»<sup>27</sup>. La lett. a) dell'art. 44 l. n. 184/1983 stabilisce che il minore può essere adottato da persone a lui unite «da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento»; la lett. b) prevede, al fine di valorizzare il rapporto in essere,

il quale interesse è «immanente nell'ambito delle azioni di stato volte alla rimozione dello *status filiationis*»; Corte cost., 25 giugno 2021, n. 133, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 6, 1367 ss., con nota di L. LENTI, *Impugnazione del riconoscimento e termini di decadenza*, nella parte in cui considera costituzionalmente legittimo il termine quinquennale di cui all'art. 263, comma 3, c.c. È l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, anche europea, puntualmente illustrata in queste pronunce, che ha determinato un ampliamento dei rapporti familiari giuridicamente rilevanti; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, 8-9, 1062, con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*.

<sup>26</sup> R. CATERINA-L. LENTI, *La famiglia*, cit., 166.

<sup>27</sup> Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, § 5.2.2.

l'adottabilità da parte del «coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge»; la lett. d), grazie alla sua formula elastica - «impossibilità di affidamento preadottivo» -, è divenuta centrale nel sistema delle azioni, consentendo la *stepchild adoption* e la cosiddetta «adozione mite»<sup>28</sup>. Com'è noto la peculiarità dell'adozione in casi particolari sta, in armonia con il disposto di cui all'art. 1, comma 1, l. n. 184/1983, nella conservazione dello stato di figlio nei confronti della famiglia di origine, alla quale se ne aggiunge un'altra (quella adottiva).

Alla filiazione basata sulla verità può affiancarsi, dunque, una filiazione adottiva incentrata sul legame affettivo con l'adottante. Secondo la Cassazione un tale legame va favorito anche quando vi è un buon rapporto con il padre biologico, il quale, consapevole del «semiabbandono permanente» in cui si trova il figlio, presta il consenso all'adozione<sup>29</sup>. Vi sono, pertanto, casi di doppia famiglia, il che induce ad ammettere che l'idea dell'unicità della famiglia è un dogma e che l'adottato in casi particolari, come ha stabilito la Corte costituzionale, deve beneficiare

di una parentela completa come nell'adozione piena<sup>30</sup>.

Va rilevato che se le disposizioni di legge qui richiamate mostrano plasticamente la relatività del *favor veritatis*, la giurisprudenza ha il merito di aver colto questa terza linea evolutiva in cui la significatività, durevolezza e stabilità del rapporto di filiazione giustificano ora la conservazione ora la costituzione dello stato di figlio oltre la verità. Non fosse altro perché vi sono due affermazioni ricorrenti nelle pronunce della Cassazione e della Corte costituzionale. La prima: «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia»<sup>31</sup>. La seconda: «l'interesse del figlio, specie se minore, è immanente nell'ambito delle azioni di stato volte a rimuovere lo status di figlio»<sup>32</sup>.

È corretto allora che, in un tale sistema ordinamentale, la giurisprudenza abbia valorizzato nel singolo caso concreto e nell'interesse del minore il rapporto di filiazione non genetico attraverso la conservazione o la costituzione dello stato di figlio.

#### 4. La conservazione dello stato di figlio quale conseguenza dell'assunzione di responsabilità e della tutela dell'identità personale del minore: l'art. 244 ultimo comma c.c.

La verità biologica non è l'unico criterio che informa la decisione del giudice, adito con un'azione di stato ablativa dello stato di figlio. È insufficiente, a fini decisori, la mera equazione mancanza di verità = accoglimento dell'azione volta a eliminare lo *status filiationis*. Essa ignora il preminente interesse del minore e il diritto al rispetto della vita familiare. Inoltre, l'esistenza di quest'ultima cristallizza la responsabilità dei suoi protagonisti. Allora il problema si appunta piuttosto sui limiti entro cui il genitore possa elidere lo stato di figlio (non veridico).

L'essere diventato genitore attraverso la formalizzazione dello stato di figlio trascende l'interesse esistenziale del singolo, assumendo centralità il

<sup>28</sup> F. TROLLI, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2022, III, 609 sottolinea questo riposizionamento della lett. d) dell'art. 44 l. n. 184/1983 nel sistema delle adozioni: da disposizione residuale a strumento fondamentale di valorizzazione dei rapporti che appaiono nella sostanza di filiazione, ben oltre le fattispecie di cui alla lett. a), che richiede l'essere orfano di padre e di madre, e alla lett. b) limitata al coniugio. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, 1203 ss., con nota critica di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della step child adoption*, ha accolto la tesi secondo cui l'impossibilità di cui alla lett. d) è da riferirsi non solo a quella di fatto, ma anche a quella di diritto che si ha quando manchi lo stato di abbandono stante la presenza di un genitore titolare della responsabilità genitoriale.

<sup>29</sup> Cass., 5 aprile 2022, n. 10989, in *newsletter Ondif 2022*, ha chiarito che l'esistenza di un buon rapporto tra il padre biologico e il figlio non è di ostacolo all'adozione in casi particolari da parte del coniuge della madre, purché vi sia l'assenso del padre biologico (art. 46 l. n. 184/1983), manifestato nella consapevolezza di non poter esercitare compiutamente la responsabilità genitoriale. Nella sentenza si sottolinea che l'adozione in casi particolari è un istituto funzionale sia ad assicurare continuità con i genitori biologici – qui emerge il principio fondamentale dell'adozione piena (quella ex art. 6 ss. l. n. 184/1983) quale *extrema ratio* – sia a costituire una nuova famiglia attraverso lo *status filiationis*. Il fatto che l'adozione piena sia stata limitata a beneficio della conservazione della famiglia di origine nonostante la formalizzazione di nuovi legami genitoriali (e di parentela per effetto della sentenza della Corte cost. n. 79/2022) poggia anche sull'elaborazione concettuale del «semiabbandono permanente». Il quale si ha quando, pur mancando lo stato di abbandono, «i genitori biologici versano in condizioni che impediscono in maniera permanente l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale». In questo caso l'adozione in casi particolari consente al minore di sfuggire «al destino del ricovero in istituto o al succedersi di affidamenti temporanei».

<sup>30</sup> Corte cost. n. 79/2022, cit., ha eliminato un elemento pregnante di differenziazione tra l'adozione c.d. «piena» e quella in casi particolari. La prima, com'è noto, si differenziava dalla seconda per una maggiore ampiezza dei legami di parentela che acquisiva l'adottando. La Consulta, attraverso la dichiarazione di incostituzionalità (dell'art. 55 l. n. 184/1983 nel richiamo all'art. 300 c.c.), ha determinato l'ingresso dell'adottato in casi particolari nella famiglia dell'adottante. Così la differenza che residua tra i due tipi di adozione sta nella recisione dei legami con la famiglia d'origine che accade soltanto nell'adozione piena.

<sup>31</sup> Cfr. *supra* nota 19.

<sup>32</sup> Cfr. *supra* nota 24.





rapporto con il minore, soprattutto educativo<sup>33</sup>. Una funzione, quella educativa - sia consentita una parentesi - complicata da Internet e dai social network, i quali, nel loro utilizzo patologico, consegnano il minore a un'idea di relazione sterile e anaffettiva<sup>34</sup>. Occorre rimarcare allora che dal legame caratterizzato dalla interazione virtuosa tra la responsabilità genitoriale e i diritti del minore<sup>35</sup>, veicolo della for-

mazione della identità del figlio, non si può uscire *ad libitum*, semplicemente in ragione dell'assenza della derivazione genetica tra genitore e figlio. L'applicazione di due disposizioni del codice civile, apparentemente neutre rispetto al principio costituzionale del preminente interesse del minore (artt. 2, 30 e 31, comma 2°, Cost.), conferma quanto rilevato. Una è contenuta nell'art. 244 ultimo comma, l'altra nell'art. 263 del codice civile.

La prima attribuisce al curatore speciale la legittimazione ad agire in giudizio con l'azione di disconoscimento della paternità. Il curatore, com'è noto, è nominato dal tribunale ordinario su istanza del pubblico ministero o dell'altro del genitore ovvero del minore quattordicenne. Ciò che interessa è se il pubblico ministero, sollecitato a proporre istanza di nomina del curatore, e il tribunale debbano decidere esclusivamente in base al *fumus* della mancanza del legame genetico. È evidente che, per quanto rilevato fin qui, la risposta è negativa.

In un caso deciso dalla Cassazione<sup>36</sup> il padre naturale, soggetto non legittimato all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità, aveva sollecitato il PM a promuovere ricorso per la nomina del curatore speciale. Nominato il curatore e promossa l'azione, i giudici del merito, accertata la mancanza del legame genetico con il presunto padre, avevano eliminato lo stato di figlio senza svolgere alcun'altra valutazione. Ma secondo la Cassazione un siffatto automatismo decisionale non coglie la complessità del sistema della filiazione, perché nonostante «una progressiva e lenta affermazione [...] del *favor veritatis*, rimane coesistente all'ordinamento l'esigenza di un bilanciamento tra la verità e la necessità di garantire i valori inerenti alla certezza e alla stabilità dello status»<sup>37</sup> (emerge il terzo periodo della filiazione di cui si diceva). Questi valori - certezza e stabilità dello status - conseguono a una «sempre maggiore considerazione del diritto all'identità [del figlio], non necessariamente correlato alla verità biologica, ma ai legami affettivi e personali sviluppatasi all'interno della famiglia»<sup>38</sup>. In considerazione di ciò, anche il cura-

<sup>33</sup> P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., 94-95, sottolinea come la visione odierna della filiazione debba appuntarsi non tanto sull'assoluta centralità dei figli, ma piuttosto su «una concezione egualitaria, partecipativa e democratica della comunità familiare». Gli artt. 315-bis, 316 e 147 cod. civ., nel loro complesso, calano i diritti del figlio nella dinamica relazionale con i genitori. Il figlio sviluppa la propria personalità e conquista un equilibrio interiore tramite la relazione con i genitori e con i parenti caratterizzata dalla «partecipazione [del medesimo] al processo educativo (art. 315-bis, comma 2°, cod. civ.)». Anche L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 93 ss. sottolinea come l'interesse del minore debba sempre essere valutato all'interno delle sue relazioni familiari in una logica non già di contrapposizione ma di componimento. È evidente allora che se i diritti del minore prendono corpo nella relazione e se quest'ultima è governata dalla responsabilità genitoriale, l'eliminazione dello stato di figlio non può basarsi esclusivamente sulla mancanza di verità, dovendo essere valutata la posizione giuridica soggettiva del minore di età rispetto a quella del genitore.

<sup>34</sup> R. SENIGAGLIA, *Il dovere di educare i figli nell'era digitale*, in *Persona e mercato*, 2021, 3, 515, affronta il problema della difficoltà dei genitori di educare i figli i quali, utilizzando la rete Internet, rischiano di essere eterodiretti, tramite la degenerazione dell'algoritmo (p. 522-523), nella costruzione della propria identità personale che diviene aliena da sé e vuota. L'utente minore che resta ingabbiato (c.d. «*filter bubble*») in uno spazio ristretto di notizie e di contenuti reiterati, senza la dimensione salvifica e stimolante della pluralità dei diversi punti di vista, smarrisce se stesso. L'impegno delle Istituzioni - sottolinea puntualmente l'Autore - deve essere perciò quello di permettere al minore di «sapersi esprimere nello spazio digitale, vivendolo non come un mondo parallelo ma come estensione della propria vita sociale e opportunità di affermazione della propria identità, la quale deve, in ogni caso, rimanere integra e unitaria» (p. 519). Secondo gli studiosi della materia, la strategia da attuare è coinvolgere diversi soggetti, pubblici e privati, nell'attuazione di misure proattive tese soprattutto a evitare il rischio dell'isolamento del minore: una «rete flessibile di attori e strumenti regolativi» a supporto e completamento dell'attività educativa dei genitori (p. 523-525).

<sup>35</sup> Sulle implicazioni del passaggio dalla potestà alla responsabilità genitoriale e sulle nuove sfide educative cfr.: F. RUSCELLO, *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 12, 717 ss.; I. GARACI, *Il superiore interesse del minore nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 2021, 4, 800 ss.; R. SENIGAGLIA, *Il dovere di educare i figli nell'era digitale*, in *Persona e mercato*, cit., 511-518 ss.; B. AGOSTINELLI, *L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuove interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1, 155 ss.; C. RIMINI, *L'esercizio della responsabilità genitoriale al tempo dell'emergenza sanitaria*, in *Giur. it.*, 2020, 5, 1092 ss.; G. CASSANO, *La responsabilità genitoriale nell'uso dell'odierna tecnologia telematica*, in *Fam. e dir.*, 2020, 6, 631 ss.; A. THIENE, *Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali*, in *Fam. e dir.*, 2017, 2, 172

ss.; P. VIRGADAMO, *Minori e nuovi media*, in *Diritto civile minorile*, a cura di A. Cordiano e R. Senigaglia, Napoli, 2022, 357 ss.

<sup>36</sup> Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, cit.

<sup>37</sup> Così Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, cit., § 11. Cfr. analogamente Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 851 ss. Già Corte cost., 27 novembre 1991, n. 429, in *Foro it.*, 1992, I, 2908 ss., aveva affermato, in un caso di sospetta incostituzionalità dell'art. 244, ult. comma, c.c., che il tribunale adito dal p.m. deve valutare la sussistenza dell'interesse del minore all'esperimento di un'azione che lo spoglierebbe dello stato di figlio legittimo senza garantirgli l'acquisto dello stato di filiazione nei confronti del padre naturale.

<sup>38</sup> Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, cit.

tore speciale nominato dal tribunale deve valutare attentamente la posizione del figlio prima di proporre (o di proseguire) l'azione giudiziale, poiché la pronuncia di accoglimento o di rigetto è idonea a passare in giudicato anche nei confronti del figlio<sup>39</sup>.

In sostanza certezza e stabilità dello status possono frenare l'affermazione della verità, al fine di salvaguardare l'identità, lo sviluppo della personalità e l'equilibrio psichico del minore di età.

Il disconoscimento della paternità, dunque, pone una questione non solo di verità, ma soprattutto di tutela dei diritti fondamentali del figlio: il diritto al rispetto della propria vita familiare (art. 8 Cedu), il diritto all'identità personale e, in definitiva, il diritto del minore di età di essere protetto dalle Istituzioni della Repubblica attraverso provvedimenti appropriati che ne assicurino il benessere, come si desume anche dall'art. 3, comma 2, della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza<sup>40</sup>.

Occorre pertanto un bilanciamento giudiziale tra diversi interessi: del figlio alla conservazione dello status, del genitore alla verità, di colui che ritiene di aver generato alla costituzione dello stato di figlio e dell'ordinamento alla certezza dei rapporti. È un bilanciamento che ha fondamento nell'art. 30, ultimo comma, Cost. negli artt. 8 Cedu, 24 comma 2 CDFUE (interesse superiore del minore) e nell'art. 6 Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori che prescrive al giudice regole procedurali per giungere a una decisione effettivamente attuativa del concreto interesse del minore<sup>41</sup>. Ne con-

<sup>39</sup> A. SASSI, *Filiazione intenzionale e interesse del minore*, cit., 541.

<sup>40</sup> Possono essere richiamati, della stessa Convenzione, anche l'art. 6 secondo il quale gli Stati parti «assicurano in tutta la misura del possibile (...) lo sviluppo del fanciullo», l'art. 8 in cui si sottolinea l'impegno degli Stati di preservare l'identità del fanciullo, l'art. 12 che attribuisce rilevanza alle opinioni del fanciullo in considerazione della sua età e del grado di maturità e l'art. 24 che impegna gli Stati a garantire al minore il migliore stato di salute possibile (tra cui va ricompresa anche la salute psichica).

<sup>41</sup> L'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata dall'Italia con legge n. 77/2003, stabilisce che «Nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve: a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali; b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente: - assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti; - nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, permettere al minore di esprimere la propria opinione; c) tenere in debito conto l'opinione da lui espressa» (corsivo mio). Questa di-

segue che il giudice adito per la nomina del curatore speciale deve valutare, fin da subito, la posizione del minore, non potendosi ritenere tale valutazione assorbita dalla richiesta di nomina proveniente dal PM, non fosse altro perché è insufficiente una cognizione sommaria<sup>42</sup>. Come pure il giudice investito con la domanda di disconoscimento della paternità proposta dal curatore speciale dovrà stabilire se l'eliminazione dello stato di figlio attui o meno l'interesse del minore di età.

### 5. L'art. 263 c.c. e il c.d. «riconoscimento di compiacenza».

La seconda disposizione di cui si diceva, da interpretare in modo sistematico e costituzionalmente orientato, è quella contenuta nell'art. 263 c.c. che regola l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità.

Va subito rilevato che anche con riguardo alla filiazione nata fuori del matrimonio, la mancanza del legame genetico tra l'autore del riconoscimento e il soggetto riconosciuto non è condizione sufficiente per l'accoglimento della domanda giudiziale. Il giudice dovrà valutare se l'interesse a far valere la verità, propugnato dall'attore in giudizio, prevalga su quello del minore a conservare il proprio *status filiationis*.

Come si diceva, non deve ingannare il silenzio dell'art. 263 c.c. su tale valutazione, la quale è senz'altro da compiere giacché desumibile in via interpretativa. Secondo la Corte costituzionale «la necessità di valutare l'interesse alla conservazione della condizione identitaria acquisita, nella comparazione con altri valori costituzionali rilevanti, è già contenuta nel giudizio di cui all'art. 263 ed è imminente ad esso»<sup>43</sup>. Oltre alla verità biologica l'interesse del minore è, dunque, elemento imprescindibile della decisione sull'impugnazione per difetto di veridicità.

Non si tratta di forzare la natura del fatto filiazione, ma di coglierne la complessità e la variabilità. Così, da un lato, l'identità di una persona si lega con forza alle origini naturali, come ha sottolineato una recente sentenza della Corte costituzionale sul co-

sposizione pone in rilievo l'effettività dell'interesse del minore che la pronuncia giudiziale deve invero, il che postula la disponibilità da parte del giudice delle informazioni occorrenti per decidere, compresa, in caso di accertata maturità, l'opinione del minore.

<sup>42</sup> Il provvedimento di nomina o revoca del curatore speciale ai sensi dell'art. 244 ult. co. è revocabile ai sensi dell'art. 242 c.p.c. e non ricorribile in Cassazione.

<sup>43</sup> Corte cost., 25 giugno 2020, n. 127, cit.



gnome<sup>44</sup>. Dall'altro, però, l'identità e l'equilibrio del figlio possono dipendere dal rapporto, costruito nel tempo, con chi si sia comportato come fosse genitore pur mancando la derivazione genetica.

Il bilanciamento deve basarsi su circostanze di fatto pertinenti che consentano di ponderare gli interessi contrapposti. La Corte costituzionale ne ha indicate alcune, affermando che «la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare deve tenere conto di variabili più complesse della rigida alternativa vero o falso», quali: «il legame del soggetto riconosciuto con l'altro genitore; la possibilità di instaurare il legame di filiazione con il genitore biologico; la durata del rapporto di filiazione e del consolidamento della condizione identitaria acquisita per effetto del falso riconoscimento; l'idoneità dell'autore del riconoscimento allo svolgimento del ruolo di genitore»<sup>45</sup>. Siffatte variabili, ad avviso di chi scrive, andrebbero considerate anche rispetto all'azione di disconoscimento della paternità.

Si impone un interrogativo: come si coniuga la complessità del fondamento della filiazione con il c.d. «riconoscimento di compiacenza», ossia con quel riconoscimento effettuato nella consapevolezza di non essere il genitore? Va sottolineato che a seguito della riforma 2012/2013, il tema della disciplina del «riconoscimento di compiacenza» è divenuto meno problematico<sup>46</sup>. Com'è noto, ai sensi del comma 3 dell'art. 263 c.c., l'autore del riconoscimento – non si specifica se di compiacenza o meno

<sup>44</sup> Secondo Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, in *www.cortecostituzionale.it*, il nato fuori dal (o nel) matrimonio assume il cognome di entrambi i genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo per attribuire il cognome di uno di loro soltanto. Anche Corte cost., 21 dicembre 2016, in *Fam. e dir.*, 2017, 3, 213 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori ed identità personale del figlio*, sul cognome del figlio nato nel matrimonio, sottolinea il legame tra il doppio cognome, l'identità e la personalità sociale del nato e, naturalmente, l'eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi.

<sup>45</sup> Corte cost., 25 giugno 2020, n. 127, cit., § 4.2.3 Tali circostanze possono in concreto rendere ardua la loro ponderazione giudiziale. Si pensi al caso in cui l'identità del figlio si sia strutturata rispetto a una figura genitoriale, attore in giudizio ai sensi dell'art. 263 c.c., le cui capacità genitoriali siano problematiche e insufficienti. Andrà valutata la durata del rapporto di filiazione, il tipo di legame affettivo e relazionale instaurato con il genitore e anche la possibilità (e l'utilità concreta per il minore) di instaurare lo stato di figlio nei confronti del genitore biologico.

<sup>46</sup> Va ricordato, infatti, che il caso sotteso alla sentenza n. 127/2020 della Corte costituzionale era assoggettato all'art. 263 c.c. nella formulazione antecedente alla riforma 2012/2013, quando l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità era imprescrittibile per tutti i legittimati attivi. Poteva perciò accadere che la relativa azione fosse proposta dopo diversi anni dal riconoscimento «per compiacenza», quando ormai il soggetto riconosciuto aveva strutturato la propria identità e riconoscibilità sociale rispetto all'autore del riconoscimento attore in giudizio.

– può impugnare il proprio atto costitutivo dello stato di figlio nel termine di un anno dalla sua annotazione nell'atto di nascita. Occorre allora stabilire se la consapevolezza di non essere genitore genetico impedisca la decorrenza annuale.

Ebbene un fatto impeditivo è indicato espressamente dal comma 3° dell'art. 263 ed è l'ignoranza della propria impotenza *generandi*; in tal caso il *dies a quo* del termine di improponibilità decorrerà dal giorno della conoscenza di tale circostanza. Un altro impedimento al termine dell'azione è stato aggiunto dalla Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che il termine di decadenza annuale decorra dalla conoscenza dell'ulteriore relazione della madre con un altro uomo all'epoca del concepimento. Con questa pronuncia additiva la Consulta ha avvicinato l'art. 263 c.c. all'art. 244, comma 2°, c.c. nella parte in cui quest'ultimo, sempre ai fini della decorrenza del termine, dà rilievo all'adulterio della moglie al tempo del concepimento<sup>47</sup>.

Cosa si desume? Che i fatti impeditivi della decorrenza del termine di esercizio dell'azione hanno fondamento nell'impossibilità di esercitare il diritto di agire (artt. 24 Cost. e 2935 c.c.). Perciò, tornando al «riconoscimento di compiacenza», soltanto chi ignora di non essere padre per ragioni meritevoli di tutela beneficia del mancato decorso del termine annuale, ferma restando in ogni caso l'improponibilità dell'azione dopo cinque anni dall'annotazione del riconoscimento (art. 263, comma 3, c.c.). Diversamente, se si è certi di non essere il padre e ciononostante si sia effettuato il riconoscimento, il termine dovrebbe decorrere subito dalla data dell'annotazione del riconoscimento nell'atto di nascita. Il genitore che sa di non essere tale non merita di beneficiare della sospensione del termine di proponibilità dell'azione, disponendo egli di un anno di tempo per agire in giudizio. Opinando diversamente si avrebbe un ampliamento ingiustificato del termine annuale, al punto che l'autore del riconoscimento di compiacenza beneficerebbe di 5 anni per agire in giudizio. Ciò senza alcun fondamento né ragione giustificatrice meritevole di considerazione.

Con tale esito interpretativo sembra concordare la Corte costituzionale nella citata sentenza n. 133/2021 sull'incostituzionalità parziale dell'art. 263 c.c. In essa vi è un *obiter dictum* in cui si afferma che «può ritenersi non irragionevole che il termine annuale [di cui all'art. 263 comma, 3° cod. civ.] decorra dall'annotazione del riconoscimento per chi abbia

<sup>47</sup> Corte cost., 25 giugno 2021, n. 133, cit.

posto in essere l'atto [di riconoscimento] nella consapevolezza della non paternità biologica»<sup>48</sup>.

Il termine annuale – lo si sottolinea – vale solo per l'autore del riconoscimento di compiacenza e non anche per il genitore naturale, il quale, avendo interesse all'impugnazione, rientra tra i legittimati attivi dell'azione di impugnazione per difetto di veridicità. Il genitore naturale, pertanto, potrà impugnare il riconoscimento effettuato falsamente da un altro soggetto entro 5 anni dall'annotazione del medesimo.

### 6. Specialità della disciplina della procreazione assistita: verità e assunzione di responsabilità.

La conservazione dello *status filiationis* non veridico è giustificata dall'interesse del figlio alla stabilità del rapporto genitoriale; stabilità funzionale all'attuazione del diritto al rispetto della vita familiare, all'identità e al benessere psico-fisico del figlio stesso. Vita familiare e identità personale si intrecciano a prescindere dal legame biologico; ne è convinta la Corte Europea dei diritti dell'uomo<sup>49</sup>. Di conseguenza le azioni ablativo dello stato di figlio sono connotate dalla dialettica tra i due valori della verità e dell'interesse del minore, nel senso che l'attuazione del primo dipende da una valutazione giudiziale del secondo.

Se è legittima la conservazione dello stato di figlio non veridico, occorre chiedersi se sia giustificabile anche la costituzione di un tale stato di figlio per la stessa esigenza di tutela dei diritti fondamentali del minore. L'interrogativo si pone rispetto a quelle nascite avvenute attraverso la procreazione medicalmente assistita (PMA) effettuata all'estero per superarne i limiti di accesso posti dalla legge italiana. Non è infrequente che coppie di donne, spinte dal desiderio di avere un figlio, si rechino in un altro paese per ricorrere alla procreazione eterologa, ovvero che coppie omo o etero sessuali ricorrano alla surroga biologica di maternità fuori dall'Italia.

Ci si è interrogati, sul piano del diritto internazionale privato, sulla riconoscibilità in Italia del provvedimento straniero che attribuisca lo stato di figlio nei confronti del c.d. «genitore d'intenzione»,

ossia del membro della coppia non legato geneticamente al nato. Il problema è più ampio e, come vedremo, si spoglia del connotato dell'internazionalità qualora la nascita avvenga in Italia.

C'è un punto da cui muovere per sviluppare ogni successivo ragionamento: la filiazione naturale e quella assistita non sono state disciplinate allo stesso modo, perché diversi sono i fatti da cui promana la nascita e diversa è la rilevanza della volontà procreativa. Non a caso l'art. 8 della legge n. 40/2004 impone la costituzione automatica dello stato di figlio e l'art. 9 stabilisce il divieto di disconoscimento della paternità e di anonimato della madre. Ciò in quanto è soprattutto la scelta ponderata di avere un figlio (art. 6 l. n. 40/2004) piuttosto che la verità genetica a imprimere giuridicità alla filiazione; così il genitore non può *venire contra factum proprium* non riconoscendo il nato o chiedendo di non essere nominato nell'atto di nascita. L'assunzione di responsabilità fonda e costituisce irreversibilmente la filiazione da PMA a prescindere dal legame genetico.

L'esigenza di distinguere la procreazione naturale da quella assistita è risultata evidente in un caso giurisprudenziale di fecondazione *post-mortem* effettuata all'estero, ove è stato utilizzato il seme del marito<sup>50</sup>, con nascita in Italia ben oltre i trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio. La Cassazione ha ritenuto inapplicabile l'art. 232, comma 1, c.c., con conseguente attribuzione della paternità al genitore che, prima di morire, aveva acconsentito al congelamento del proprio seme e a utilizzarlo per la procreazione assistita dopo il proprio decesso<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> In Italia non è possibile utilizzare il seme congelato del marito o del convivente di fatto defunti, neppure se questi abbiano espresso il consenso all'impiego *post mortem*. Lo impedisce l'art. 5 l. n. 40/2004 come interpretato dalla dottrina maggioritaria, la quale individua quale momento in cui deve essere vivo l'uomo ai fini dell'accesso alla (e della prosecuzione della) PMA quello della fecondazione dell'ovulo (R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 181, A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, 48). Se il decesso dell'uomo avviene, invece, quando l'ovulo non è stato ancora fecondato, la procreazione assistita verrà interrotta pena l'applicazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 12, comma 2, l. n. 40/2004 (*contra* A. VALONGO, *Profili evolutivi della procreazione assistita post mortem*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 2, 538-541).

<sup>51</sup> Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 6, 1282 ss., con nota di M. FACCIOLI, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem*. Se fosse stato applicato l'art. 232 c.c., essendo trascorsi più di trecento giorni dalla data di scioglimento del matrimonio per morte del marito, non sarebbe stato possibile attribuire la paternità al soggetto defunto. Dopo la morte del marito la vedova ne aveva utilizzato il seme congelato in una clinica estera, stante il divieto espresso dalla legge italiana di applicare tecniche di procreazione medicalmente assistita «a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi» (art. 12 comma 2 e art. 5 l. n. 40/2004). Secondo la Cassazione il figlio va considerato

<sup>48</sup> Corte cost., 12 maggio 2021, n. 133, § 7.2.1.

<sup>49</sup> Corte EDU, 12 novembre 2020, *H. c. Francia*, ric. n. 19511/16; Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson e Labassee c. Francia*, ric. n. 65941/11; Corte EDU-Grande Camera, CEDU, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ric. n. 16318/07; Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12 e Corte EDU, *Grande Chambre*, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12.



In questa fattispecie ha prevalso il diritto di procreare di entrambi i genitori e l'interesse identitario del nato a essere ricondotto al genitore defunto e al di lui ramo parentale. Recessivo, invece, è apparso il diritto del nato di avere due genitori viventi, desumibile dalla legge n. 40/2004 (artt. 5 e 12, comma 2).

Si noti come l'attribuzione della paternità al genitore defunto è dipesa essenzialmente dall'assunzione di responsabilità di entrambi i soggetti della procreazione assistita, pur sussistendo il legame genetico con entrambi i genitori: quello vivente e quello defunto prima della PMA. Certo, a fronte di un dissenso dell'uomo alla fecondazione *post mortem*, non sarebbe stato possibile attribuirgli lo status di genitore nonostante il legame genetico.

La necessità di un ragionamento scevro dai principi della procreazione naturale e da perniciose astrazioni è palese anche in un altro caso, caratterizzato dalla revoca del consenso alla procreazione medicalmente assistita da parte dell'uomo dopo la formazione e il congelamento degli embrioni. La sopravvenuta separazione personale tra i coniugi aveva indotto l'uomo a desistere dal progetto genitoriale e la donna a perseverare, invece, nel proprio intento di diventare genitore attraverso l'utilizzo degli embrioni crioconservati (c.d. «impianto» *post mortem*)<sup>52</sup>.

I giudici hanno accolto le ragioni della donna, anzitutto in forza dell'art. 6, comma 3, l. n. 40/2004, che vieta la revoca del consenso dal momento della fecondazione dell'ovulo. Se nella procreazione naturale l'elemento della volontarietà del concepimento è irrilevante ai fini dell'assunzione della responsabilità della nascita – ciò che conta è il fatto in sé della procreazione ai sensi dell'art. 30 comma 1 Cost. – nella procreazione medicalmente assistita decisiva è proprio la volontà di accedere alle tecniche procreative. Anche in questo caso, pertanto, è stata l'assunzione della responsabilità, unitamente

---

nato nel matrimonio, poiché il consenso del coniuge defunto all'utilizzo del proprio seme *post mortem* è intervenuto durante il matrimonio quale atto di scelta consapevole della genitorialità. Si aggiunga, sempre secondo la Cass., che l'art. 8 della legge 40/2004 deve essere ritenuto applicabile anche alle ipotesi di PMA illecite; ciò a tutela del preminente interesse del minore. Va sottolineato, allora, che la disciplina di attribuzione dello *status filiationis* nella PMA «configura un sistema alternativo [a quello del codice civile] e speciale».

<sup>52</sup> Nel caso di specie gli embrioni erano stati congelati per motivi di salute della donna, il che è consentito stante la prevalenza della salute della donna sulla condizione giuridica dell'embrione. Il quale, a tutela della sua dignità, viene crioconservato in attesa che la donna superi l'impedimento (art. 14, comma 1, l. n. 40/2004). A. VALONGO, *Profili evolutivi della procreazione assistita post mortem*, cit., p. 528, distingue tra «impianto» *post mortem* e «fecondazione» *post mortem*.

alla rilevanza giuridica dell'embrione<sup>53</sup>, e non la verità a giustificare la costituzione dello stato di figlio.

Si vuole sottolineare come nella procreazione medicalmente assistita la verità biologica e l'assunzione espressa di responsabilità (art. 6 l. n. 40/2004) abbiano entrambe incidenza nella costituzione dello stato di figlio. Tuttavia, mentre la PMA deve essere voluta e consapevole (c.d. «procreazione da responsabilità»), nella procreazione naturale spicca la verità biologica a prescindere dalla presenza o meno del desiderio di un figlio (c.d. «responsabilità da procreazione»). Se nel primo tipo di procreazione l'assunzione di responsabilità è il presupposto imprescindibile dello stato di figlio e dei doveri genitoriali, nel secondo tipo i doveri genitoriali sono una conseguenza necessitata della sola procreazione.

Ora se nei casi di PMA sopra esaminati l'assunzione di responsabilità genitoriale si intreccia con la verità biologica, in altri, che esamineremo nel paragrafo successivo, è soltanto l'assunzione di responsabilità l'elemento decisivo della costituzione dello stato di figlio, stante la mancanza del legame biologico con chi ha voluto la nascita, condividendo un progetto procreativo di coppia.

## 7. Dalla filiazione non biologica al valore della costituzione dello stato di figlio nella procreazione medicalmente assistita a prescindere dalla tecnica utilizzata e dal luogo di nascita.

### a) La gestazione per altri e la prima sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (2019).

Se nelle fattispecie esaminate la responsabilità della procreazione fonda lo stato di figlio rispetto a una filiazione comunque genetica, in altre il progetto procreativo prevede la sussistenza del legame genetico soltanto con uno dei membri della coppia. L'altro membro, denominato «genitore d'intenzione» («*intended parent*»), si assume la responsabilità della nascita. Qui i casi sono differenti: la procreazione assistita tramite gestazione per altri o procreazione eterologa è effettuata all'estero e la nascita avviene nel paese straniero o in Italia.

Nell'ipotesi della gestazione per altri, la dottrina ha discusso vivacemente, con diversità di accenti, sugli effetti riconoscibili in Italia della surrogata biologica di maternità effettuata all'estero (art. 64 lett. g l. n. 218/2015) In particolare, è incerto il regime

---

<sup>53</sup> R. SENIGAGLIA, *Quale degno destino per gli embrioni sopranumerari?* in *Eur. e dir. priv.*, 2022, 2, 421 ss.

dello stato di figlio rispetto al «genitore d'intenzione», sebbene siano stati compiuti significativi progressi indotti dal principio del preminente interesse del minore e dall'unicità dello stato di figlio.

Si sono susseguite diverse pronunce della Cassazione, due delle Sezioni Unite<sup>54</sup>. Più di recente la Suprema Corte, con l'ordinanza n. 1842/2022, ha richiesto un nuovo pronunciamento della Cassazione a Sezioni unite, poiché, a suo dire, il diritto vivente come ricostruito dalle Sezioni unite nel 2019 confliggerebbe con il diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 Cedu) e con il diritto all'identità personale del nato (art. 2 Cost.).

Nell'ordinanza, ad avviso di chi scrive, è stata suggerita alle Sezioni Unite una soluzione più equilibrata della precedente, poiché si tiene conto, più

efficacemente, non solo dell'interesse del minore, ma anche delle esigenze giustificatrici del divieto di surroga biologica di maternità. Il riconoscimento in Italia dello stato di figlio nei confronti del «genitore d'intenzione» dovrebbe essere ammesso non già in ogni caso, ma solo ove non vi siano talune circostanze di fatto («negative»), la cui presenza determinerebbe ora una lesione della dignità della donna, ora un pericolo di sfruttamento del minore. Dette circostanze, individuate dalla Cassazione, sono: 1) la violazione da parte della coppia committente – la quale in Italia non integra i requisiti dell'adozione piena – della legge del Paese estero che disciplina la surroga biologica di maternità; 2) la conclusione di un accordo di surrogazione di maternità a titolo oneroso che postulerebbe, inevitabilmente, la mancanza di libertà e di consapevolezza della madre surrogata.

La Cassazione ha altresì indicato due circostanze «in positivo», le quali devono sussistere affinché sia riconoscibile lo stato di figlio nei confronti del «genitore d'intenzione»: il legame genetico di uno dei membri della coppia col nato; la previsione nella legge straniera della facoltà per la madre surrogata di revocare il consenso alla rinuncia allo status di genitore fino alla nascita del bambino.

In definitiva solo in mancanza dei predetti elementi negativi e in presenza di quelli positivi, il giudice italiano potrà delibare il provvedimento straniero che riconosca quale genitore anche quello non legato biologicamente al nato<sup>55</sup>. Altrimenti, qualora si ritenga che il giudice italiano debba in ogni caso delibare il provvedimento straniero, si favorirebbe lo sfruttamento del minore e della madre surrogata.

L'esito ermeneutico è pregevole: attraverso le circostanze positive e negative, la Cassazione ha

<sup>54</sup> Cass. Sez. un. n. 12193/2019, in *Fam. e dir.*, 2019, 7, 653 ss., con nota di G. FERRANDO, *Maternità di sostituzione all'estero: le Sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, 737 ss., con nota di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surroga di maternità*; in *Corr. giur.*, 2019, 10, 1198 ss., con nota di D. GIUNCHEDI, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*. Questa sentenza è stata posta in discussione da Cass. ord. 21 gennaio 2022, n. 1842, cit., la quale ha rimesso gli atti al Primo Presidente al fine di una nuova rimessione della questione alle Sezioni Unite della Cassazione. Secondo le Sezioni semplici il diritto vivente come ricostruito dalle Sezioni unite del 2019 non è idoneo a impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore. È intervenuta Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in [www.osservatoriofamiglia.it](http://www.osservatoriofamiglia.it), la quale, pur confermando la soluzione accolta dai precedenti Sezioni Unite del 2019, ha rafforzato la tutela del nato dalla tecnica procreativa della gestazione per altri. Cfr. per completezza: Cass. ord. 29 aprile 2020, n. 8325, in *Corr. giur.*, 2020, 7, 902 ss., con nota di U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni unite: la prima sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*; in *Fam. e dir.*, 2020, 7, 675 ss., con nota di G. RECINTO, *Un inatteso revirement della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*; in *Fam. e dir.*, 2020, 7, 675 ss., con nota di G. FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà: la questione va alla Corte costituzionale*. Qui la Suprema Corte solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, dell'art. 18 d.P.R. n. 396/2000 e dell'art. 64, comma 1 lett. g) l. n. 218/1995 nella parte in cui non consentono il riconoscimento dello stato di figlio nei confronti del «genitore d'intenzione». In risposta è intervenuta Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., la quale, pur avendo dichiarato la questione di costituzionalità inammissibile, ha richiesto un intervento del legislatore. Quale pronuncia più risalente sulla surrogazione materna cfr. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2015, 4, 471 ss., con nota adesiva, sebbene con un ragionamento più articolato, di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 3, 10235 ss., con nota di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, con riferimento a un caso di surroga di maternità effettuato in Ucraina in cui nessuno dei genitori committenti era legato biologicamente al nato.

<sup>55</sup> Sull'attività di bilanciamento quale competenza non esclusiva del legislatore ma propria del giudice ed imprescindibile nel momento applicativo in ragione «delle ineliminabili e imprevedibili peculiarità del caso concreto» cfr. G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di d. c. d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 2, 343-344, il quale critica, sotto questo profilo, le Sezioni Unite del 2019. Analogamente tramite un discorso più ampio sull'incidenza del principio di sussidiarietà nel diritto di famiglia cfr. M. PARADISO, *Sussidiarietà e limiti all'autoregolazione dei rapporti familiari*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 1, 163-164. In tema, più di recente, G. VETTORI, *Il pensiero di Mario Nuzzo nell'unità plurale di una grande scuola*, cit., 9-10, il quale, nel ricostruire il pensiero di Nuzzo, afferma che il giudice, rispetto al legislatore artefice degli interessi rilevanti, bilancia questi ultimi «al fine di stabilire la prevalenza e la misura della tutela» e dunque di porre la regola della decisione. Occorre però, continua Vettori, un controllo dell'esito ermeneutico sulla base di tre criteri: 1) coerenza tra mezzi impiegati e fine perseguito; 2) «minimo sacrificio degli interessi incisi»; 3) commisurazione della tutela in forza dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità, così da salvaguardare la certezza del diritto attraverso il vincolo del precedente.



coniugato l'identità del nato e il diritto al rispetto della vita familiare, da un lato, con la protezione del minore e della donna, dall'altro, nel rispetto della legge e dell'unità dell'ordinamento. Inoltre, la Cassazione, esigendo che la legge straniera preveda la revocabilità del consenso da parte della madre surrogata, ha valorizzato uno dei punti qualificanti del nostro sistema della filiazione secondo cui è madre colei che ha partorito.

Non vanno nascoste le difficoltà di accertamento delle già menzionate condizioni, come ha rilevato la Procura Generale della Corte di Cassazione nelle sue recenti osservazioni<sup>56</sup>.

La pronuncia della Cassazione n. 1842/2022 è comunque più convincente di quella emanata dalle Sezioni unite della Cassazione del 2019<sup>57</sup>, poiché è indubbio che l'interesse del minore di età giustifica, a certe condizioni, il riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti del «genitore d'intenzione»<sup>58</sup>. Lo stato di figlio è strumento di tutela ottimale del nato, in quanto attuativo della bigenitorialità e costitutivo dei legami di parentela con entrambi i rami genitoriali. Quest'ultimo aspetto è di particolare rilievo, come si evince da una condivisibile pronuncia della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 l. 184/1983 nella parte in cui rinvia all'art. 300 comma 2° c.c.<sup>59</sup>. Nella motivazione si è sottolineato che la rete dei legami di parentela è uno degli istituti necessari su cui la Repubblica fa leva, ai sensi dell'art. 31, comma 2, Cost., per proteggere l'infanzia e la gioventù.

<sup>56</sup> Rileva la Procura Generale della Corte Suprema di Cassazione, osservazioni del 21 ottobre 2022, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), che il potere di accertare la sussistenza delle condizioni positive e negative spetterebbe in prima battuta all'ufficiale di stato civile, il quale non riuscirebbe a pervenire ad alcuna certezza sul se sia stata violata o meno la dignità della gestante. L'accesso al giudice sarebbe solo eventuale in seconda battuta a seguito di impugnazione dell'atto di trascrizione da parte del pubblico ministero o di chi ne ha interesse. Ma il giudice, secondo la Procura, non potrebbe compiere il bilanciamento caso per caso tra la posizione del minore e quella della gestante, spettando, l'attività di bilanciamento, come ha chiarito la Corte costituzionale, al legislatore.

<sup>57</sup> È di avviso contrario la Procura Generale della Corte Suprema della Cassazione, osservazioni 21 ottobre 2022, cit., secondo la quale le Sezioni Unite, investite dall'ordinanza della Cass. n. 1842/2022, dovranno ribadire quanto affermato da Cass. Sez. un. n. 12193/2019, cit.

<sup>58</sup> A. MALOMO, *Divieto di maternità surrogata in Italia, nascita all'estero mediante tecnica di gestazione per altri e riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore "intenzionale"*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, 2, 409 ss., sostiene che il legislatore non debba intervenire prevedendo una regola rigida, generale e astratta. Spetta, invece, al giudice individuare volta a volta, nel momento applicativo, la soluzione normativa più rispondente alle specificità del caso concreto (p. 410-421).

<sup>59</sup> Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit.

E allora se la parentela ha rilievo costituzionale, ne consegue che gli ostacoli al suo sorgere devono avere un fondamento parimenti costituzionale, attuativo di un interesse prevalente rispetto a quello del minore di età a vedersi riconosciuto lo stato di figlio nei confronti del «genitore d'intenzione». Un tale interesse diverso da quello del minore difetta (salvo il caso in cui vi sia stato uno sfruttamento economico), poiché la parentela garantisce al nato un'esistenza più ricca e protetta anche sul piano patrimoniale (art. 316-bis e 433 ss. c.c.).

Va sottolineato che il problema della riconoscibilità in Italia dello stato di figlio nei confronti del «genitore d'intenzione» non può dirsi risolto adeguatamente dalla sentenza della Corte costituzionale sull'incostituzionalità parziale dell'art. 55 l. n. 184/1983. Si considerino, infatti, due aspetti. Il primo: il genitore biologico committente, cessata la relazione affettiva con il coniuge/convivente/unito civile, potrebbe negare l'assenso all'adozione in casi particolari richiesto dall'art. 46, comma 1, l. n. 184/1983, precludendo così la costituzione dello stato di figlio. Il secondo: i tempi lunghi del procedimento adottivo contrasterebbero con l'urgenza e la delicatezza degli interessi del nato. Entrambi questi profili sono stati stigmatizzati dalla Corte costituzionale<sup>60</sup>.

Il mancato assenso da parte del genitore biologico, quale impedimento alla costituzione dello stato di figlio, determina, secondo la Corte costituzionale, una «disarmonia di sistema», cagionando al nato un pregiudizio irrimediabile<sup>61</sup>. L'ordinamento finisce con l'accettare i riflessi negativi sul nato delle dinamiche interne alla coppia<sup>62</sup>, il che non è accettabile sul piano della gerarchia dei valori<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Corte cost. n. 32/2021, cit., § 2.4.1.3, rileva come l'adozione in casi particolari sia impraticabile proprio «nelle situazioni più delicate per il benessere del minore» come quelle in cui vi sia la crisi della coppia o la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale; assenso richiesto dall'art. 46 l. n. 184/1983. Anche la lunghezza del procedimento adottivo in casi particolari è un aspetto disfunzionale alla tutela del minore, come ha rilevato anche la Corte EDU-Grande Camera nel parere consultivo del 10/04/2019.

<sup>61</sup> Corte cost. n. 32/2021, cit., § 2.4.1.4.

<sup>62</sup> Il caso sotteso alla citata pronuncia della Corte cost. n. 32/2021 riguardava la nascita in Italia di un figlio da una coppia di donne che avevano procreato all'estero con la procreazione eterologa. È accaduto che, a seguito della crisi di coppia, il genitore biologico abbia negato l'assenso all'adozione; diniego, questo, insuperabile per via giudiziaria qualora provenga dal genitore esercente la responsabilità genitoriale. Da qui la «disarmonia di sistema» di cui ha parlato la Consulta.

<sup>63</sup> P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., 54-55, da tempo sottolinea come la gerarchia dei valori scaturente dalla gerarchia delle fonti sia indispensabile nel procedimento ermeneutico e nel controllo della soluzione cui perviene l'interprete. È evidente allora che la posizione giudica del minore, caratte-

Si aggiunga anche l'eventualità, pregiudizievole per il minore di età, della mancata proposizione della domanda di adozione da parte del «genitore d'intenzione», il quale potrebbe così sfilarsi dal progetto procreativo inizialmente condiviso.

**b) La seconda sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (2022) e il rafforzamento della posizione del nato.**

La soluzione proposta dal giudice rimettente – *id est*: la Corte di Cassazione – non è stata accolta dal nuovo atteso pronunciamento della Cassazione a Sezioni Unite<sup>64</sup>, la quale ha ribadito che il provvedimento straniero, giudiziale o atto di nascita, non è riconoscibile dallo Stato italiano nella parte in cui preveda lo stato di figlio nei confronti del «genitore d'intenzione», perché l'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004 è norma espressiva dell'ordine pubblico internazionale.

rizzata dalla centralità dell'identità personale e dall'interesse alla conservazione del legame affettivo familiare, non possa recedere rispetto alle pulsioni soggettive del genitore legale. *Quid iuris* allora? Soccorre, come autorevolmente rilevato da V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, 414-417, il principio del preminente interesse del minore utilizzato anche a «fini integrativi o più propriamente correttivi per mitigare la rigidità del principio di legalità o anche a volte per giustificare la disapplicazione, giungendo in molti casi ancora a ergersi al rango di vero e proprio principio fondativo della stessa legittimità e giuridicità di situazioni di fatto coinvolgenti il minore, che diversamente resterebbero non giustiziabili sul piano giuridico e senza un'appropriata tutela [corsivo mio]». L'A. ricorda come il superiore interesse del minore sia stato applicato «in funzione derogatoria di regole generali anche poste a tutela degli stessi minori (...) quante volte ad esigerlo è la particolare e specifica condizione in cui versi il singolo minore di che trattasi» (p. 420); si pensi ai casi di disapplicazione del principio di bigenitorialità, alle modalità agevolate per la madre di espiazione della pena, all'ingresso del minore extracomunitario in Italia sebbene affidato in kafalah, ai limiti all'espulsione dell'immigrato irregolare con prole e alla sottrazione internazionale di minore. Insomma, secondo Scalisi, l'interesse del minore, come è emerso anche dalla giurisprudenza della Corte Europea, è in grado di trasformare il fatto in diritto ove ciò sia necessario a scopo di tutela, anche imponendosi sulla singola norma di legge (p. 422). Affronta questo punto anche L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 98 ss., in un paragrafo intitolato «l'interesse del minore e il principio di legalità», denunciando il rischio di scardinamento degli «strumenti di protezione del minore previsti in via generale e astratta dal sistema legislativo. Il *caveat* è giusto, ma il principio del preminente interesse del minore è funzionale proprio a non cadere nelle angustie della decisione astratta (cfr. G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2015, 2, 53 e 56, il quale lega l'interpretazione all'effettività del rimedio, perseguibile attraverso un'argomentazione basata «non solo sul metro della conformità a una regola, ma da criteri di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, imposti dal nuovo ordine giuridico»). Sia le regole che i principi, dunque, «vanno sottratti all'astrattezza», il che è particolarmente necessario nel diritto minorile.

<sup>64</sup> Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.

Sebbene l'esito ermeneutico sia il medesimo di quello espresso dalla precedente sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, la posizione del nato ne esce rafforzata. Ma si proceda con ordine, spendendo anzitutto qualche parola di sintesi sull'articolata motivazione della sentenza del 2022.

Il divieto della surroga biologica di maternità, sanzionato penalmente, tutela – lo si ribadisce – la dignità della donna e l'istituto dell'adozione o, più esattamente, il principio secondo cui lo stato di figlio slegato dalla derivazione genetica non dipende da un accordo di genitorialità se non nei casi espressamente previsti dalla legge: adozione e procreazione medicalmente assistita eterologa. Non vi è, dunque, un diritto assoluto di diventare genitore.

La dignità della donna è lesa, continuano le Sezioni Unite, anche se la surroga di maternità è stata effettuata a titolo gratuito, perché «la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una 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»<sup>65</sup>. Viene in rilievo un'accezione oggettiva della dignità, giustificata dall'intento *legis* general-preventivo di evitare una «china scivolosa» verso l'abuso e lo sfruttamento delle condizioni di fragilità della persona<sup>66</sup>.

All'argomento, invero decisivo, sulla natura dell'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004, sono state aggiunte dalle Sezioni Unite due constatazioni. La prima: la Corte EDU ha negato che gli Stati siano obbligati a tutelare il nato attraverso il riconoscimento del provvedimento straniero, essendo appropriata anche l'adozione, purché questa sia disposta celermente e sia idonea a garantire all'adottato una parentela completa in attuazione dell'art. 8 della Cedu. La seconda: la Corte costituzionale, nella convinzione che la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» ha invocato, nello spirito della leale collaborazione tra i poteri dello Stato, un intervento del legislatore affinché il nato non sia esposto a vuoti di tutela.

Ancora: secondo le Sezioni Unite i suggerimenti del giudice rimettente sui criteri (positivi e negativi) da seguire nel procedimento di delibazione del provvedimento straniero sarebbero creativi del diritto e, perciò, invasivi dello spazio della politica<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 18.

<sup>66</sup> Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 18.

<sup>67</sup> Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 6, afferma che «la valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore. La giurisprudenza non è fonte del diritto».



Inoltre, si verrebbe a creare una sorta di automatismo del riconoscimento, poiché il primo a essere chiamato a valutare l'atto straniero sarebbe soprattutto l'ufficiale dello stato di civile rispetto alla domanda di trascrizione dell'atto di nascita formato legittimamente in un altro paese.

556 Le Sezioni Unite non potevano fermarsi qui: dovevano altresì valutare se l'adozione in casi particolari, scelto quale strumento per costituire eventualmente lo stato di figlio, avrebbe fornito una tutela davvero effettiva al nato dalla gestazione per altri. Ed è su questo aspetto che la sentenza ha compiuto un passo avanti significativo rispetto a quello già effettuato dalla Corte costituzionale con la sentenza che ha esteso all'adottato in casi particolari la parentela completa propria dell'adozione piena<sup>68</sup>. È stata prospettata la praticabilità dell'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 46, comma 2° e 57 l. n. 184/1983, nel senso di ammettere l'intervento sostitutivo del giudice qualora il genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale abbia negato ingiustificatamente - solo per una ripicca dettata dalla crisi di coppia - l'assenso previsto dall'art. 46, comma 2°, l. n. 184/1983 all'adozione in casi particolari<sup>69</sup>. Con questa correzione interpretativa, il nato non incorre nell'inattuazione del principio di bigenitorialità a causa di un sopravvenuto contrasto tra i responsabili della sua nascita.

Per le Sezioni Unite, quindi, l'adozione in casi particolari è uno strumento di tutela divenuto oramai idoneo a tutelare adeguatamente il nato, poiché rispetta i requisiti di disciplina richiesti dalla Corte

<sup>68</sup> Corte cost., 22 febbraio 2022, n. 79 cit.

<sup>69</sup> Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 11, sostiene che «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». Da questo angolo di osservazione le Sezioni Unite aggiungono che «è possibile superare la rilevanza ostensiva del dissenso all'adozione in casi particolari ai sensi della lettera d), tenendo conto che il contrasto [ndr tra il genitore biologico e il genitore d'intenzione] rischia, non di vanificare l'acquisto di un legame ulteriore rispetto a quello che il minore ha con la famiglia di origine [ndr fattispecie in cui si giustifica l'assenso], ma proprio di sacrificare uno dei rapporti sorti all'interno della famiglia nella quale il bambino è cresciuto, privandolo di un apporto che potrebbe invece essere fondamentale per la sua crescita e il suo sviluppo». Perciò «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». Se l'assenso è negato senza alcuna giustificazione a tutela dell'interesse del minore, il giudice potrebbe pertanto emanare un provvedimento che tenga luogo dell'assenso mancante, quale presupposto indispensabile dell'adozione in casi particolari.

europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte costituzionale.

Questo nuovo pronunciamento è senz'altro equilibrato poiché sviluppa - va riconosciuto - una (non l'unica) linea interpretativa ragionevole e coerente; esso esprime una concezione del diritto quale scienza in evoluzione, contrassegnata non già da rotture ma da acquisizioni progressive quali riflesso di una corrispondenza virtuosa tra esigenze sociali e regole giuridiche in chiave ricostruttiva di sistema. Nel rispetto delle competenze di ciascun potere dello Stato e con l'intento di assicurare la leale collaborazione tra le Corti<sup>70</sup>, le Sezioni Unite, pur avendo contezza delle aperture di altri paesi<sup>71</sup>, hanno rifiutato la tesi della riconoscibilità del provvedimento straniero, preoccupandosi però - va apprezzato - di rafforzare la tutela del nato: la vera novità è l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 46, comma 2°, l. n. 184/1983.

Proprio quest'ultima, tuttavia, fa sorgere il dubbio di una forzatura, scontrandosi con il tenore letterale dell'art. 46, comma 2°, l. n. 184/1983, il quale stabilisce chiaramente che qualora il diniego dell'assenso provenga dal genitore esercente la responsabilità genitoriale non sussiste il potere sostitutivo del giudice. Se, come hanno ritenuto le Sezioni Unite, l'assenso si giustifica solo per evitare che si costituisca una seconda famiglia - quella tra adottante e adottato - e non già quando la famiglia è una soltanto - come nel caso del progetto procreativo comune - allora non dovrebbe proprio applicarsi l'art. 46 l. n. 184/1983; invece le Sezioni Unite lo ritengono applicabile evocando il potere sostitutivo del giudice nell'interesse del minore. Sarebbe apparso più coerente sostenere l'illegittimità costituzionale dell'art. 46, comma 2° cit. nella parte in cui prevede l'assenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale anche nell'ipotesi in cui vi sia una sola famiglia nella quale è maturato il progetto procreativo.

Ad ogni modo la critica più penetrante, di cui le Sezioni Unite sono consapevoli<sup>72</sup>, attiene al fatto che l'adozione da parte del «genitore d'intenzione», fondandosi sull'iniziativa di quest'ultimo, offre una comoda via per dismettere la propria responsabilità: è risolutivo non proporre alcuna domanda di adozione. E allora la soluzione delle Sezioni unite, da

<sup>70</sup> Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., sottolinea la necessità metodologica di «un progredire nel dialogo con i precedenti» (§ 7). Così le Sezioni Unite non intendono vanificare l'impostazione della Corte costituzionale, la quale, con la sentenza-monito di inammissibilità n. 33/2021, ha avviato un dialogo istituzionale con il legislatore, per adesso non proseguito da quest'ultimo.

<sup>71</sup> Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., §18, in particolare del Bundesgerichtshof.

<sup>72</sup> Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., §12.

un lato, lascia aperto un *vulnus* nella tutela del nato, dall'altro, non assicura la tutela della dignità della gestante poiché le coppie, verosimilmente, continueranno a ricorrere alla gestazione per altri in paesi laddove è consentita.

Ad avviso di scrive c'era lo spazio, forse più stretto, per un'altra soluzione che non avrebbe contrastato né con il sistema né con quanto affermato dalla Corte Costituzionale e dalla Cassazione a proposito della legittima prerogativa del legislatore di avversare la surroga di maternità quale pratica contrastante con valori fondamentali della Repubblica: occorre tenere separati il piano della valutazione della tecnica procreativa da quello della tutela del nato. Seguendo questa impostazione si svolgono le seguenti considerazioni.

La procreazione medicalmente assistita – lo si ribadisce – si fonda essenzialmente sul principio dell'assunzione di responsabilità della nascita non revocabile *ad nutum* (artt. 6, comma 3°, 8° e 9° l. n. 40/2004). Tale principio connota, come rilevato sopra, anche la procreazione naturale, sebbene “a valle” di questa. Allora se lo stato di figlio si giustifica a prescindere dalla verità biologica, se la parentela è un istituto protettivo del minore i cui diritti devono essere effettivamente garantiti, ne consegue che soluzioni preclusive in assoluto dello stato di figlio non appaiono soddisfacenti. Non lo è quella suggerita dalla Corte costituzionale<sup>73</sup> di applicare l'art. 333 c.c. a fronte della condotta del genitore che impedisca ogni frequentazione del figlio con il «genitore d'intenzione»; non lo è neppure quella che reinterpretata l'art. 279 c.c. sulla responsabilità per il mantenimento e l'educazione al fine di ammettere la relativa azione contro il «genitore d'intenzione» che rifiuti di adottare il nato<sup>74</sup>. Entrambe le tesi eludono la rilevanza costituzionale della parentela: un risultato, questo, non in linea con il preminente interesse del minore che si traduce nel diritto alla bigenitorialità quale valore da salvaguardare, come ha più volte sottolineato la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Corte cost., 25 ottobre 2016, n. 225, cit.

<sup>74</sup> La prima soluzione si limita a garantire una mera frequentazione tra il genitore sociale e il minore di età, senza che vi sia titolarità della responsabilità genitoriale di esclusiva spettanza del genitore biologico. La seconda inverte il diritto del nato di essere mantenuto, istruito ed educato, tenendo però il medesimo fuori dalla famiglia del genitore non biologico. Su queste posizioni cfr. l'ampia analisi di G. CHIAPPETTA, *Tutela del minore e continuazione della responsabilità genitoriale de facto*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, a cura di F. Pesce, Napoli, 2022, 83 ss.

<sup>75</sup> Cfr. più di recente Corte EDU, 22 novembre 2022, *caso D.B. e altri c. Svizzera*, ric. n. 58817/15 e 58252/15, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int), la quale, in un caso di gestazione per altri effettuata da una coppia di uomini, da un lato ribadisce che lo Stato Membro deve necessariamente prevedere una misura

Si dovrebbe, invece, valorizzare l'assunzione di responsabilità della nascita quale fondamento della filiazione, impermeabile al ripensamento da parte del genitore biologico e del «genitore d'intenzione». Chi ha determinato la nascita non può revocare *ad libitum* il proprio consenso, come si evince dai termini di improponibilità delle azioni di stato, dal diritto al rispetto della vita familiare e dagli artt. 6, comma 3, 8 e 9 della legge n. 40/2004. Altrimenti si determina una violazione del principio del preminente interesse del minore e dell'unicità dello stato di figlio, posto che lo *status filiationis* dipenderebbe dalla oscillante volontà del «genitore d'intenzione» o del genitore esercente la responsabilità genitoriale. Certo, il preminente interesse del minore non implica supremazia assoluta su gli altri valori e interessi in conflitto (ciò che non sarebbe conforme alla Costituzione), ma esso è pur sempre centrale nel sistema della filiazione, di talché il bilanciamento non può pervenire a esiti che mettano a rischio il benessere psico-fisico del minore. È stato acutamente rilevato in dottrina che si tratta di un «bilanciamento ineguale»<sup>76</sup>.

In questo quadro normativo si giustifica la trascrizione del provvedimento straniero che indica una doppia genitorialità da gestazione per altri<sup>77</sup>,

volta alla costituzione dello stato di figlio anche nei confronti del genitore d'intenzione (§ 81), dall'altro, sottolinea che il minore non può né essere lasciato nell'incertezza giuridica quanto alla sua identità nella società, né essere privato della possibilità di vivere ed evolvere in un ambiente stabile (§ 89).

<sup>76</sup> V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., 433-434, rileva come l'interesse del minore rispetto ad altri interessi stia in rapporto di «preferenzialità nel senso che, nei casi dubbi o di difficile soluzione (ad es. di interessi difficilmente conciliabili), il superiore interesse del minore beneficia pur sempre, in linea di principio, di una considerazione determinante e prevalente ai fini della più appropriata decisione da adottare». Il che deve avvenire sempre, secondo una valutazione non già aprioristica, ma a posteriori, personalizzata e contestualizzata.

<sup>77</sup> *Contra* V. CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 3, 478 ss., il cui elegante ragionamento fa leva essenzialmente sull'indisponibilità dello status (cfr. in part. p. 500). Si può replicare che le ragioni sottese a quest'ultimo principio vanno bilanciate con il preminente interesse del minore, le cui applicazioni giurisprudenziali nelle azioni di stato hanno finito con l'oltrepassare l'indisponibilità dello stato proprio a tutela il minore. All'Autrice non sfugge la centralità del minore nel diritto di famiglia; Ella propende per l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 46 l. n. 184/1983, così da ritenere insussistente il potere in capo al genitore esercente la responsabilità genitoriale di negare l'assenso all'adozione ove ciò sia contrario all'interesse del minore. Rimarrebbe però il problema della mancata iniziativa giudiziale da parte dell'adottante, il quale, non richiedendo l'adozione, avrebbe una comoda via per dismettere le proprie responsabilità. Lo rileva giustamente 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.*,



previa verifica di conformità all'interesse del minore da parte del giudice adito<sup>78</sup> anche da parte del genitore biologico qualora quello d'intenzione non intenda più dare seguito al progetto procreativo inizialmente condiviso.

È comunque difficile trovare un punto di equilibrio tra l'intenzione del legislatore di ostacolare la gestazione per altri e la tutela del preminente interesse del minore, il quale non può subire una privazione ingiustificata dello stato di figlio, né perdere all'improvviso una figura genitoriale di riferimento a seguito del trasferimento familiare in un altro paese europeo. Il problema andrebbe più compiutamente affrontato, come si dirà meglio in seguito, a livello europeo.

### c) La procreazione eterologa effettuata all'estero.

2021, 4,923-924, il quale, a tutela dell'interesse del minore, propone *de jure condendo* di estendere tutte le norme del Titolo IX del libro primo del codice civile al rapporto tra il nato e il genitore committente non biologico, senza però - se si è ben compreso - la costituzione dello *status filiationis* (p. 923) e a iniziativa processuale del nato. Ciò appare problematico sotto il profilo di una discriminazione dei nati da gestazione per altri rispetto a chi è nato da altre partiche di procreazione assistita legittime o illegittime. Bilotti estende la sua proposta di reclamare la responsabilità genitoriale e non già lo stato di figlio anche nei confronti del genitore committente biologico, che pure - non va sottaciuto - ha posto in essere una pratica riprovata dall'ordinamento italiano. Si può replicare che scindere la titolarità della responsabilità genitoriale dallo stato di figlio appare lesivo dell'identità personale del nato, il quale verrebbe sminuito nei diversi contesti sociali, non avendo la dignità giuridica di figlio. Altra è la prospettiva di B. CECCHINI, «*Vita familiare*» vs «*maternità surrogata*»: il nuovo punto di equilibrio della Corte europea. *Quale rilevo all'identità del nato?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 2, 396 ss., più centrata sul nato e sulla necessità di individuare un «fondamento minimo della filiazione». Si sostiene che, valorizzando il diritto alla vita privata del nato di cui all'art. 8 Cedu, la mancanza del legame genetico nei confronti del «genitore d'intenzione» non ostacolerebbe il riconoscimento dello stato di figlio a tutela dell'identità personale di chi è nato da una PMA vietata in Italia (p. 401).

<sup>78</sup> Trib. Bari, 20 luglio 2022, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), respinge la domanda di cancellazione del «genitore d'intenzione» proposta ai sensi dell'art. 95 d.P.R. n. 396/2000, argomentando come segue: dal diritto alla continuità del legame affettivo del nato con entrambe le madri, le quali avevano condiviso un progetto di genitorialità tramite gestazione per altri negli Stati Uniti dove è avvenuta la nascita; dalla rilevanza dell'assunzione di responsabilità nella legge 40/2004; dall'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari quale strumento di attuazione del principio della bigenitorialità. Occorre, secondo il Trib., un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 l. 40/2004, che agevoli lo *status filiationis*, soprattutto quando non vi è «stata alcuna concreta lesione della dignità della gestante [per altri] che possa prevalere sulla tutela dei diritti del nato».

Ci si chiede se siffatti argomenti valgano anche nel caso della procreazione eterologa effettuata all'estero da una coppia di donne con nascita del bambino in Italia, così da ammettere la legittimità della formazione dell'atto di nascita con l'indicazione di due madri: la donna che ha partorito e quella che si è assunta la responsabilità della nascita<sup>79</sup>. La risposta affermativa non è affatto agevole, poiché la tesi negativa vanta argomenti significativi che muovono da un dato: con la nascita in Italia è da escludere l'inquadramento della fattispecie nel diritto internazionale privato, pertanto è applicabile il diritto italiano e non il parametro dell'ordine pubblico internazionale quale limite all'ingresso di provvedimenti stranieri nel nostro ordinamento. Di conseguenza la Corte di Cassazione ha negato la legittimità della doppia maternità: solo la donna che ha partorito è da indicare nell'atto di nascita che si forma in Italia<sup>80</sup>.

A sostegno la Suprema Corte ha addotto i seguenti argomenti: il divieto di accesso alla PMA da parte delle coppie omosessuali (art. 5 l. 40/2004); il requisito della sterilità/infertilità non altrimenti rimoscibile quale presupposto oggettivo di accesso alla PMA (art. 4 l. n. 40/2004), al quale non è riconducibile l'infertilità (non patologica) della coppia omo-affettiva; l'impraticabilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 l. n. 40/2004, il quale, secondo l'impostazione accolta dalla Cassazione, imporrebbe la costituzione dello stato di figlio solo a fronte dell'espletamento di tecniche di PMA consentite dalla legge<sup>81</sup>. La donna che non ha partorito potreb-

<sup>79</sup> Nella coppia, la donna non gestante potrebbe aver donato i propri ovuli alla propria compagna in modo che entrambe le donne siano coinvolte nella procreazione. Il nato sarà figlio genetico della donna donatrice, sebbene egli sia stato partorito dall'altra donna, la quale è comunque madre ai sensi della normativa vigente.

<sup>80</sup> Cass., 13 luglio 2022, n. 22179, in *newsletter Ondif 2022*. Analogamente: Cass., 23 agosto 2021, n. 23320, in *Fam. e dir.*, 2022, 2, 154 ss., con nota adesiva di C. DIQUATTRO, *Lo status del minore nato in Italia da una coppia di donne*. Secondo la Cass. la deroga al legame genetico quale fondamento della filiazione è consentita dalla legge 40/2004 solo rispetto alla coppia eterosessuale che abbia avuto accesso alla procreazione eterologa (cfr. anche Cass. n. 23321/2021 identica nella motivazione). Cfr. anche Cass. 22 aprile 2020, n. 8029, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, in *Corr. giur.*, 2020, 8-9, 1041 ss., con nota critica di A. G. GRASSO, *Nascita in Italia e PMA da coppia di donne: la Cassazione nega la costituzione del rapporto filiale*, secondo la quale è contrario alla legge n. 40/2004 il riconoscimento della doppia maternità, poiché il legislatore ha inteso garantire al nato da PMA «le migliori condizioni di partenza» date dalla presenza di un padre e di una madre.

<sup>81</sup> Cass., 13 luglio 2022, n. 22179, cit., § 2.3, afferma che l'esegesi costituzionalmente orientata è praticabile solo quando vi è un'alternativa ermeneutica che si palesi in contrasto con norme o principi costituzionali. Ora, secondo la Cassazione e la

be, tuttavia, ricorrere all'adozione in casi particolari per formalizzare il legame di fatto esistente con il nato<sup>82</sup>.

Questo orientamento della Suprema Corte, avvertato da qualche giudice di merito<sup>83</sup> e da alcuni Autori<sup>84</sup>, sembra inattaccabile poiché consonante alle scelte di fondo della legge 40/2004, le quali postulano l'adesione al modello tradizionale della filiazione: quello con due genitori di sesso diverso («famiglia *ad instar naturae*»)<sup>85</sup>. Tuttavia, qualche dubbio sulla correttezza dell'esito ermeneutico si insinua se si scinde la posizione giuridica del nato rispetto all'interpretazione unitaria della legge 40/2004 in punto di requisiti di accesso alla PMA.

Corte costituzionale, la disposizione che vieta l'accesso alla PMA alle coppie dello stesso sesso non è affatto in contrasto con la Costituzione; dunque, mancherebbe proprio quell'alternativa incostituzionale da correggere con un'altra interpretazione conforme alla Costituzione. Spetta, dunque, al legislatore stabilire se nei confronti della seconda madre (c.d. «genitore d'intenzione») possa essere costituito lo stato di figlio. La Cassazione è convinta che, in forza di un'interpretazione unitaria della legge 40/2004, non si possa scindere il piano dei requisiti di accesso alla PMA rispetto al piano delle regole di costituzione dello stato di figlio, perciò se i requisiti soggettivi e oggettivi sono stati violati non è possibile riconoscere lo stato di figlio. Concorda Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 21.2, secondo la quale gli artt. 8 e 9 l. n. 40/2004 si applicano solo alla procreazione eterologa cui abbiano avuto accesso coppie formate da soggetti di sesso diverso.

<sup>82</sup> Cass., 13 luglio 2022, n. 22179, cit., § 2.4.

<sup>83</sup> È interessante leggere le motivazioni della Corte d'Appello di Roma e della Corte d'Appello di Perugia, riportate rispettivamente da Cass. n. 23320/2021 e da Cass. n. 23321/2021 cit., favorevoli alla costituzione dello stato di figlio anche nei confronti del «genitore d'intenzione».

<sup>84</sup> In particolare da V. BARBA, *Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenze della Cassazione*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, 3, 819 ss.

<sup>85</sup> Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corr. giur.*, 2019, 12, p. 1460 ss., con nota di G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" e alcuni "revirement, sottolinea come come la legge 40/2004 si basi su due architravi: 1) l'ammissibilità della PMA solo per superare sterilità/infertilità; 2) l'accoglimento del modello di genitorialità caratterizzato da due genitori di sesso diverso. Il caso riguarda l'accesso alla PMA negato da un centro italiano a una coppia di donne. Sulla stessa linea interpretativa si pone Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237, in *Fam. e dir.*, 2020, 4, 325 ss., con nota di M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*, secondo la quale la norma desumibile da diverse disposizioni di legge che esclude la doppia maternità non determina né una discriminazione basata sull'orientamento sessuale né un'ingiustificata disparità di trattamento delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali. Il caso è quello di due donne, una cittadina italiana l'altra americana, che hanno effettuato la procreazione eterologa in Danimarca con nascita del figlio in Italia. L'una è madre gestazionale (l'unica riconosciuta dal diritto italiano), l'altra, cittadina italiana, è «genitore d'intenzione» esclusa dall'ufficiale dello stato civile dall'atto di nascita.*

Sono plurime le considerazioni da svolgere. Anzitutto non è possibile escludere la rilevanza del preminente interesse del minore nelle questioni statutarie<sup>86</sup>, ciò che accadrebbe se l'art. 5 della legge 40/2004 impedisse all'ufficiale dello stato civile di indicare due madri nell'atto di nascita. L'interesse del minore esige una tutela effettiva del nato, funzionale a garantirgli sicurezza e sviluppo armonico della personalità, come emerge dalle fonti sovranazionali e dalle politiche dell'Unione Europea. Un tale obiettivo, a ben vedere, è stato perseguito dal legislatore nell'art. 9 della legge 40/2004, il quale impedisce a ciascun membro della coppia di dismettere la propria responsabilità genitoriale. Va richiamato anche l'art. 6 l. 40/2004 che detta regole sul procedimento di formazione del consenso informato e prescrive al comma 3 l'irrevocabilità del consenso dal momento della fecondazione dell'ovulo.

Se il legislatore ha inteso garantire la costituzione dello *status filiationis*<sup>87</sup>, si ha la conferma che, sul piano assiologico, la posizione del nato è superiore agli interessi della coppia e alle ragioni di politica del diritto sottese ai limiti di accesso alla PMA. L'interprete non deve smarrire il rilievo costituzionale primario dell'interesse del minore, «sovraordinato a valori confliggenti espressi dalla legislazione nazionale ordinaria»<sup>88</sup>. Di conseguenza il riferimento letterale dell'art. 8 l. 40/2004 ai «nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita» deve essere inteso in senso ampio, ossia comprensivo anche di quei nati mediante tecniche procreative illecite<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> Perspicua è la sottolineatura di V. BARBA, *op. ult. cit.*, 833, secondo cui il superiore interesse del minore è non solo un principio e una regola procedurale, ma anche un diritto sostanziale, come ha affermato il Comitato dei Diritti del Fanciullo, istituito dalla Convenzione Onu sui diritti del fanciullo.

<sup>87</sup> Già Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in 1999, I, 1834 ss., commentata da diversi Autori, ha negato l'azione di disconoscimento della paternità da parte del marito che aveva acconsentito alla procreazione eterologa, poiché la mancanza del legame genetico è sopperita dall'assunzione di responsabilità della nascita.

<sup>88</sup> Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, in *Giur. it.* 2017, 11, 2365 ss., con nota di A. DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 3, 362 ss., con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *Corr. giur.*, 2017, 2, 181 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, § 8.4.

<sup>89</sup> *Contra* E. BILOTTI, *op. ult. cit.*, p. 928 e *contra* Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit. Invece A. SASSI, *Filiazione intenzionale e interesse allo status*, cit., 552, sottolinea come la legge 40/2004 abbia valorizzato l'assunzione di responsabilità «posta dal sistema a fondamento del divieto di accertamento negativo contenuto nell'art. 9 l. n. 40/2004 e, specularmente, del diritto del figlio ad acquisire lo stato su di essa fondato». V. BARBA, *op. ult. cit.*, 831, ritiene applicabile l'art. 250 c.c. per analogia.

L'acquisizione dello stato di figlio nonostante l'illegittimità della tecnica procreativa è inoltre coerente con l'unicità dello stato di figlio (art. 315 c.c.), principio da cui si desume il tendenziale rilievo dello *status filiationis* per tutti i nati. Si può dunque desumere un *favor* per la costituzione dello stato di figlio in tutti i casi in cui si sia stata determinata la nascita; *favor* proteso a realizzare una tutela piena del nato anche in ragione della rilevanza costituzionale della parentela qui più volte sottolineata.

Un tale quadro giuridico mal si concilia, come invece ha sostenuto la Cassazione<sup>90</sup>, con una diversità di regole applicabili allo stato di figlio a seconda del Paese in cui sia avvenuta la nascita<sup>91</sup>: se all'estero lo Stato italiano delibera il provvedimento straniero<sup>92</sup>, se in Italia l'organo giudiziario riconosce come madre solo la donna che ha partorito. Si determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra nati da PMA, oltre ad aversi un effetto sanzionatorio di un soggetto debole. Di più: si svaluterebbe il legame affettivo familiare tutelato a prescindere dalla derivazione biologica<sup>93</sup> e la rete parentale quale dimensione strutturale del diritto minorile<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit. e Cass. 13 luglio 2022, n. 22179, cit. Nella prospettiva di V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., 418, il principio del preminente interesse del minore opererebbe in funzione adeguatrice e correttiva del principio di legalità.

<sup>91</sup> *Contra* M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero* (...), cit., 331, il quale concentra l'argomentazione sul disegno costituzionale che sarebbe estraneo all'idea «che possano costituire coppia genitoriale due genitori dello stesso sesso». La Corte costituzionale è giunta tuttavia a una determinazione diversa, ossia che la Carta costituzionale non impone la genitorialità di sesso diverso, lasciando il legislatore libero di stabilire se due persone dello stesso sesso possano adottare o accedere alla PMA.

<sup>92</sup> Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit., afferma che la delibazione del provvedimento straniero (atto di nascita spagnolo) da cui risultano due madri – una gestazionale, l'altra fornitrice degli ovuli – nell'ambito di un progetto genitoriale condiviso non contrasta con l'ordine pubblico internazionale, poiché la disposizione di cui all'art. 269, comma 3, c.c. non è imposta dalla Costituzione. Ciò in quanto l'art. 31, comma 2, Cost. non «tutela esclusivamente la maternità che si manifesta con il parto, relegando nel mondo dell'irrelevanza giuridica la trasmissione del patrimonio genetico racchiuso nell'ovulo donato dalla donna» (cfr. § 11.1). L'art. 269, comma 3, c.c., continua la Suprema Corte riprendendo il pensiero della dottrina, è solo «una norma riguardante la prova della maternità» e non già il fondamento di essa.

<sup>93</sup> V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., 426, sottolinea come l'interesse del minore possa fondare «un vero e proprio rapporto di filiazione».

<sup>94</sup> V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., p. 432-433, richiama, quale sostrato normativo della rete familiare in cui si inserisce il minore, gli artt. 317-bis e 337-ter comma 1, c.c. sul legame con gli ascendenti. Cfr. *amplius* R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazione dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013.

Di tutto questo occorre tener conto anche rispetto alla tecnica procreativa vietata dalla legge; ne va della tutela del diritto del nato al pieno e integrale sviluppo della sua persona<sup>95</sup> e della sua sicurezza rispetto a eventi quali la crisi di coppia o il decesso del genitore biologico.

## 8. Crisi del rapporto genitoriale, saldezza del legame genetico e doppia famiglia: la c.d. «adozione mite».

Si è sottolineato che la costituzione dello *status filiationis* è la soluzione che tutela maggiormente il nato, anche quando la procreazione medicalmente assistita è effettuata all'estero e a prescindere dal paese di nascita del figlio. Non ne deriva una svalutazione del *favor veritatis* causata, secondo una voce diffusa, da un individualismo esasperato che tutto subordina al benessere psichico dell'adulto. Non è questione di «fare un processo alle intenzioni»<sup>96</sup>: la verità resta un valore di primo piano, pur essendo influenzata da fatti che evocano altri valori e diritti da bilanciare. Non fosse altro perché la costituzione dello stato di figlio attua più compiutamente l'impegno degli Stati, assunto ai sensi dell'art. 8 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, «di rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa (...) le sue *relazioni familiari*, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali».

Le «relazioni familiari», oltre a innestarsi sulla discendenza biologica, scaturiscono dal rapporto stabile e duraturo che riproduce quello genitoriale. Il che può verificarsi non solo rispetto alla genitorialità sociale o al progetto procreativo condiviso, ma anche rispetto a quella relazione significativa consolidatasi tra il minore di età e soggetti diversi dai genitori in un contesto di difficoltà socio-economica di questi ultimi nell'adempiere ai propri doveri. Su quest'ultima fattispecie si intende soffermarsi.

<sup>95</sup> Cfr. artt. 18, comma 1, 27, comma 1 e 29 comma 1 lett. a) Conv. Onu 1989. Se il principio del preminente interesse del minore è connotato al personalismo costituzionale, nelle decisioni giudiziali non può prevalere una logica astratta né un singolo divieto di legge non riguardante direttamente e specificamente il minore. Altrimenti cosa ne sarebbe del principio? Verrebbe spesso sacrificato in antitesi con la sua preminenza.

<sup>96</sup> Il fatto che non vi sia un diritto alla genitorialità esteso anche al *quomodo* oltre che all'*an* e al *quando*, come ha rilevato la Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit., non implica che, a fronte di una PMA riprovata dall'ordinamento, non si debba attuare il principio del preminente interesse del minore nel quadro dei diritti e dei valori costituzionali rilevanti. Nella dinamica giuridica che coinvolge la filiazione pesa fortemente la necessità costituzionale – lo si sottolinea in questa sentenza (§ 8.3) – di tutelare l'identità del minore.

Essa evoca due esigenze confliggenti: 1) proteggere l'identità personale del figlio legata al rapporto, da salvaguardare prioritariamente<sup>97</sup>, con i propri genitori biologici; 2) garantire al medesimo una protezione adeguata anche attraverso l'allontanamento dai genitori e l'adozione. La questione principale attiene ai limiti entro cui la prima esigenza contenga la seconda. È questo un problema che coinvolge il diritto del minore di «crescere e di essere educato nell'ambito della propria famiglia» (art. 1 legge n. 184/1983). Si tratta di un diritto fondamentale, evocativo della costruzione del Sé, che esige di considerare l'adozione «piena» quale *extrema ratio*. Ciò implica che l'interruzione definitiva dei rapporti con la famiglia d'origine, effetto dell'adozione «piena» (art. 27, comma 3, l. 184/1983), postuli un «endemico e radicale stato di abbandono», conseguenza «dell'irreversibile incapacità del genitore» di allevare e curare il proprio figlio «per totale inadeguatezza»<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> M. MORETTI, *L'affidamento familiare*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini. Milano, 2022, III, 484, sottolinea come l'istituto dell'affidamento familiare, espressione dell'art. 31 Cost., sia strumento di attuazione del diritto del minore di crescere nella propria famiglia di sangue (art. 1 l. n. 184/1983). Di conseguenza, qualora vi sia incertezza sulla recuperabilità della famiglia dui origine, occorre disporre comunque l'affidamento familiare, essendo l'adozione un'*extrema ratio*.

<sup>98</sup> Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, in *Corr. giur.*, 2021, 8-9, 1066 ss., con nota di U. SALANITRO, *L'adozione mite tra vincoli internazionali e formanti interni*. Cfr. anche: Cass., 17 maggio 2021, n. 23797, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, la quale afferma al § 10.1 che lo stato di abbandono è subordinato all'individuazione, «rigorosamente accertata e provata» di «gravi ragioni» concrete e non astratte in proiezione futura, le quali impediscono alla famiglia di origine «di garantire una normale crescita ed adeguati riferimenti educativi»; Cass., 17 maggio 2019, n. 13408, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, al § 6 si sofferma sulle indagini cui è tenuto il giudice sui genitori, sul minore e sui nonni prima di disporre lo stato di adottabilità; Cass., 30 giugno 2016, n. 13435, in *Foro it.*, 2016, 7-8, 1, 2319 ss., sulla non essenzialità di un solo episodio di abbandono; Cass., 13 febbraio 2020, n. 3643, in *Fam. e dir.*, 2020, 11, 1063 ss., con nota di A. THIENE, *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 4, p. 830 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra Cedu e Corti nazionali*, ribadisce l'eccezionalità dell'adozione piena e afferma che solo una volta escluso lo stato di abbandono il giudice può verificare se vi sono le condizioni per l'adozione ai sensi dell'art. 44 l. n. 184/1983. Che l'adozione piena abbia natura eccezionale lo si evince dall'art. 11, comma 1°, l. n. 184/1983, il quale impedisce la dichiarazione dello stato di adottabilità qualora vi siano parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore. La giurisprudenza ha chiarito che l'adozione piena va disposta non al fine di consentire al minore di età di essere accolto in un ambiente più favorevole, sottraendolo così alle cure dei suoi genitori biologici, «ma solo quando si siano dimostrate impraticabili le altre misure, positive e negative, anche di carattere assistenziale, volte a favorire il ricongiungimento con i genitori biologici, ivi compreso l'affidamento familiare di carattere temporaneo, ai fini della tutela del premi-

Siffatto livello di gravità dello stato di abbandono, assoluto e irrimediabile, non sussiste in caso di «*semiabbandono permanente*»; una locuzione, questa, di conio giurisprudenziale che indica una situazione di «grave fragilità genitoriale, pur in presenza di un rapporto affettivo significativo», anche «a carattere ciclico (com'è nel caso di alcuni figli di genitori tossicodipendenti)»<sup>99</sup>. Il altri termini, se i genitori non sono in grado, nel lungo periodo, di assolvere a sufficienza ai loro doveri a causa di gravi problemi personali, psichici e caratteriali, e ciononostante residui un legame affettivo con il figlio, l'adozione «piena» non può essere disposta. Ci devono essere, tuttavia, soggetti disposti ad adottare il minore ai sensi della lett. d) dell'art. 44 l. n. 184/1983.

In tal caso è applicabile la cosiddetta «adozione mite», la quale consente all'adottato, ai sensi dell'art. 44 lett. d) l. n. 184/1983, di «conserva[re] tutti i diritti e i doveri» nei confronti dei genitori naturali (art. 55 l. n. 184/1983 e art. 330, comma 1, c.c.), diversamente dall'adozione «piena» (art. 27, comma 1, l. n. 184/1983)<sup>100</sup>.

Indubbiamente la fattispecie dell'inadeguatezza genitoriale, scevra dal disinteresse per il figlio, non giustifica l'adozione piena, ma è difficile da valutare; vi è il rischio di conservare figure genitoriali negative, le quali, nella prosecuzione del rapporto, potrebbero continuare a destabilizzare il figlio, abbandonandolo del tutto. Un tale rischio, però, non deve oscurare il duplice interesse del minore: da un lato a non subire, attraverso l'adozione «piena», l'estromissione dalla propria vita di genitori naturali con i quali permane comunque un significativo legame familiare<sup>101</sup>, dall'altro, a costituire al contem-

nente interesse del figlio» (Cass. n. 1476/2021, cit., § 2.1). Lo Stato parte, secondo la Corte Europea dei Diritti dell'uomo, in ossequio ai suoi obblighi positivi scaturiti dall'art. 8 Cedu e in forza del diritto al rispetto della vita familiare, deve adottare rapidamente tutte quelle misure idonee a sostenere la genitorialità (Corte EDU, 22 giugno 2017, *Barnea e Caldaru c/Italia*, ric. n. 37931/15; Corte EDU-Grande Camera, 10 settembre 2019, *Strand Lobben e altri c/Norvegia*, ric. n. 37283/13). Il giudice, nel decidere sulla dichiarazione dello stato di adottabilità, «deve accertare la sussistenza dell'interesse del minore a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali» (Cass. n. 1476/2021, cit. § 2.4).

<sup>99</sup> Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, cit. § 2.3.

<sup>100</sup> L'«adozione mite» è stata ricondotta dalla giurisprudenza all'art. 44 lett. d) l. n. 184/1983, contenente una «clausola di chiusura del sistema», in forza della quale si costituisce lo stato di figlio nei confronti di chi abbia coltivato un rapporto stabile e duraturo con il minore, salvaguardando al contempo la vita familiare con la famiglia di origine. L'adottato assume il cognome dell'adottante in casi particolari e lo antepone al proprio (art. 55 l. n. 184/1983 e art. 299 c.c.).

<sup>101</sup> Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, l'autorità italiana, pur nell'esercizio di un potere discrezionale, deve ado-



po, non essendo egli accaduto adeguatamente, un ulteriore stato di figlio mediante «l'adozione mite» da disporre nei confronti di chi si sia preso cura di lui (un parente o la famiglia affidataria ai sensi dell'art. 2 l. n. 184/1983).

Il giudice dovrà valutare, con l'ausilio dei Servizi sociali, se vi è l'interesse del minore a conservare il legame con i genitori biologici, sebbene questi siano fortemente deficitari nelle capacità genitoriali. In caso affermativo il minore avrà due famiglie e, per effetto della sentenza della Corte costituzionale già ricordata<sup>102</sup>, accrescerà i vincoli di parentela, entrando a pieno titolo nella famiglia dell'adottante. Al contempo la famiglia d'origine manterrà un ruolo significativo nella vita del figlio, anche se decaduta dalla responsabilità genitoriale (art. 50 l. n. 184/1983). La decadenza non impedisce *sic et simpliciter* al decaduto di coltivare il rapporto con il figlio, sebbene sia la coppia adottante ad assicurargli quelle cure e attenzioni necessarie per una vita serena e regolare. Decisive saranno la relazione dei Servizi sociali e la consulenza psicologica disposte dal

perarsi «mediante *strumenti* giuridici adeguati [l'adeguatezza esige rapidità] e sufficienti» (*Zhou c. Italia*, § 47, *infra*) per far rispettare il diritto del genitore di vivere con il figlio, evitando di incorrere nella violazione del diritto al rispetto della vita familiare (Corte EDU, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*, ric. n. 33773/11; Corte EDU, 13 ottobre 2015, S. H. c. Italia., ric. n. 52557/14, in *www.hudoc.echr.coe*). Questo sforzo delle Istituzioni – lo si sottolinea nel caso *Zhou c. Italia* – è tanto più rilevante quanto più il genitore è vulnerabile per problemi di salute. Occorre perciò che lo Stato offra al genitore concrete «possibilità di riallacciare dei legami con il figlio», attraverso «un'assistenza sociale mirata» (cfr. *Zhou c. Italia*, § 59). Qualora gli interventi di sostegno alla genitorialità non abbiano prodotto l'esito sperato, non si deve necessariamente recidere ogni legame con il genitore biologico. Merita tutela il legame genitoriale deficitario – per ragioni diverse dalla violenza o dal maltrattamento fisico o psichico – che esprime comunque interesse e affetto per il figlio. In tal caso giova, secondo la Corte EDU, quella forma di adozione c.d. «semplice» (*Zhou c. Italia*, § 60), praticata in Italia come «adozione mite». Questa giurisprudenza origina dal dato normativo secondo cui la dichiarazione di adottabilità costituisce un'ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare. Una tale ingerenza è legittima solo se necessaria a perseguire quei fini indicati dall'art. 8 Cedu. Ma la necessità, secondo la Corte EDU, implica un «bisogno sociale imperioso e che sia in particolare proporzionato al legittimo scopo perseguito» (*S.H. c. Italia*, § 38); occorre che i genitori siano «particolarmente indegni». Il legame genitoriale non deve però essere conservato – ne è consapevole la Corte EDU – contro il preminente interesse del minore, il quale interesse, anzi, «può prevalere su quello del genitore» (*S.H. c. Italia*, § 39). Certo è che le autorità italiane sono spesso apparse alla Corte EDU come carenti di un sufficiente impegno nel mantenere il legame con il genitore non violento ma malato e in difficoltà economiche e familiari. Nutre qualche riserva sulla giurisprudenza della Corte EDU di condanna dell'Italia per violazione del diritto alla vita familiare L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 93 ss., stante il diverso contesto di riferimento della decisione della Corte europea.

<sup>102</sup> Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit.

giudice per conoscere la condizione e le intenzioni dei genitori biologici.

L'aggiunta di una nuova famiglia a quella di origine è confacente al sistema. L'unicità della famiglia non è imposta dal legislatore: l'istituto dell'adozione in casi particolari, le famiglie originate dallo scioglimento di un matrimonio in cui si è procreato e la figura del terzo genitore fanno sì che ulteriori compagini familiari si innestino su una famiglia preesistente, determinando piuttosto problemi di disciplina applicabile<sup>103</sup>.

L'«adozione mite» è una risposta appropriata in grado di bilanciare il diritto di crescere nella propria famiglia, il diritto di avere un futuro e il diritto al rispetto della propria, nuova, vita familiare.

## 9. Conclusione: la costituzione/conservazione dello *status filiationis* quale elemento essenziale dell'unicità dello stato di figlio e la proposta di Regolamento europeo sulla genitorialità.

È emerso che la costituzione o la conservazione dello stato di figlio tutela più compiutamente il minore di età. Il legame giuridico con il genitore e con gli altri parenti è decisivo per lo sviluppo dell'identità del minore e per una crescita più sana, equilibrata e protetta<sup>104</sup> anche sul piano economico. Opportunamente la Corte costituzionale ha sottolineato – lo si ribadisce – che la parentela (art. 74 c.c.) è un istituto necessario attraverso cui la Repubblica protegge l'infanzia, come prescrive l'art. 31, comma 2°, Cost.<sup>105</sup>

Questa linea di policy del diritto che si sostanzia in un *favor* per la costituzione dello stato di figlio, pur percepita dalla giurisprudenza e da alcuni studiosi<sup>106</sup>, non si è ancora sviluppata compiutamente.

<sup>103</sup> A. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa: il concetto di genitorialità sociale al banco di prova delle regole vigenti*, in *Dir. pers. fam.*, 2017, 2, 473 ss.

<sup>104</sup> La Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit., § 9 richiama la giurisprudenza della Corte EDU, in particolare una pronuncia del 1979 in cui si afferma come i legami parentali rappresentino «una parte considerevole della vita familiare» di cui all'art. 8 Cedu.

<sup>105</sup> Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit., § 7.1.2, afferma che «la rete dei legami parentali incarna ... uno dei possibili istituti che la Repubblica è chiamata a favorire al fine di proteggere, con una proiezione orizzontale dell'obiettivo costituzionale, l'interesse del minore». La formazione della parentela è, dunque, l'istituto che il legislatore deve favorire per attuare al meglio la protezione del minore, che si attua garantendo un complesso di relazioni parentali («proiezione orizzontale» della disposizione costituzionale) e perciò la formazione di una rete familiare.

<sup>106</sup> La dottrina più sensibile ha segnalato come la costituzione dello stato di figlio tuteli più efficacemente il minore. Cfr: E. DEL PRATO, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*,

Si pensi, infatti, alla regola che esige il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio da parte della madre, diversamente dall'automatica costituzione del rapporto giuridico di filiazione prevista in altri paesi europei, il cui effetto è una maggiore tutela del nato rispetto a eventi patologici durante il parto<sup>107</sup>. C'è di più: ciò che rischia di pregiudicare irrimediabilmente il nato è legato a una prospettiva interpretativa che non considera appieno la preponderante coincidenza tra il preminente interesse del minore e la costituzione/conservazione dello stato di figlio. Il problema è sovranazionale e ne è consapevole la Commissione europea, la quale, dopo aver annunciato una proposta legislativa al fine di facilitare il riconoscimento reciproco della genitorialità tra gli Stati Membri<sup>108</sup>, ha pubblicato il 7.12.2022 la proposta di Regolamento «*on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenood and on the creation of European Certificate of parenthood*».

Le premesse giuridiche di questo provvedimento, auspicabile e condivisibile nella finalità di assicurare la libera circolazione dello stato di figlio, sono così sintetizzabili: c'è un nesso forte tra la genitorialità e l'identità del nato tale da giustificare la tendenziale permanenza della prima in tutti gli Stati dell'UE; dalla genitorialità costituita («*parenthood established*») in uno Stato Membro scaturiscono diritti imprescindibili, funzionali alla migliore crescita del nato (cfr. considerando 11 proposta di reg.); il

diritto al rispetto della vita familiare deve valere non solo nello Stato Membro in cui è avvenuta la nascita, ma in tutti gli Stati dell'Unione europea, altrimenti si determina una discriminazione basata sulla nascita (considerando 16, 20 e 21 proposta di reg. e art. 21 CDFUE).

Ai fini di garantire la conservazione dello stato di figlio nell'Unione europea, la proposta di Regolamento prevede disposizioni sulla giurisdizione competente, sulla legge applicabile, sul riconoscimento o accettazione sia delle decisioni delle Corti degli Stati Membri («*court decision*») sia degli atti autentici sullo stato di figlio («*authentic instrument*»); la proposta detta altresì disposizioni che regolano il «Certificato europeo della genitorialità» («*European Certificate of Parenthood*»). Perciò se, ad esempio, uno Stato europeo riconosce la doppia genitorialità, che sia omosessuale o esistente rispetto a una nascita avvenuta con una tecnica procreativa vietata in Italia, lo Stato italiano deve recepire il provvedimento straniero «*without any special procedure being required*» (art. 24 proposta di reg.), salvo nei casi tassativamente indicati dall'art. 31 della proposta di regolamento. Tra questi si prevede, come di consueto, la *manifesta contrarietà del provvedimento straniero all'ordine pubblico* (internazionale); tuttavia, in tale eventualità, occorre tenere comunque conto dell'interesse del minore. Dunque neppure la tutela dell'ordine pubblico può volgere a totale discapito del minore.

È questo un elemento di civiltà giuridica che conferma la necessità di tenere separati i piani attinenti alla condotta degli adulti, alle *policies* statali sulla procreazione medicalmente assistita e alla sfera giuridica del minore di età. Perciò, ad avviso di scrive, non è da ritenersi contrario all'ordine pubblico internazionale il riconoscimento da parte dell'Italia del provvedimento straniero da cui risulti lo stato di figlio nei confronti del genitore intenzionale<sup>109</sup>.

Ancora: la proposta di regolamento istituisce, come si diceva, lo «*European Certificate of Parenthood*», da richiedere all'autorità giudiziaria preposta dello Stato Membro in cui la genitorialità è stata stabilita, affinché esso possa valere, nella parte in cui attesta il rapporto di genitorialità<sup>110</sup>, in un altro

in *Famiglia*, 2001, 1035 ss.; G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore*, ordine pubblico, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, 815 ss.; M. R. MARELLA, *Fra status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità*, in AA.VV., *Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, 1213 ss.; A. SASSI, *Filiazione intenzionale e interesse del minore*, cit., p. 540. Anche la giurisprudenza interna ed europea ha sottolineato, come abbiamo rilevato sopra, la necessità di pervenire alla costituzione dello stato di figlio del nato con la PMA.

<sup>107</sup> L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 127, rileva esattamente che tale regola, nella sua diversità rispetto a quella sulla filiazione nata in costanza di matrimonio dove opera l'automatismo della costituzione dello stato di figlio, non è giustificabile, essendo le due situazioni – filiazione matrimoniale ed extramatrimoniale uguali con riferimento alla madre. Tale diversità regolamentare confligge con il principio dell'unicità dello stato di figlio, oltre a determinare conseguenze gravi qualora, nel corso del parto, la madre non coniugata muoia o entri in coma. In entrambi queste eventualità lo *status filiationis* potrà essere costituito soltanto attraverso la dichiarazione giudiziale della maternità naturale. L'Autore propone, invece, una regola unica: la costituzione di diritto del rapporto di filiazione materna a prescindere dallo stato civile della donna, nubile o sposata, salvo che ella dichiari di non voler restare anonima.

<sup>108</sup> Risoluzione del Parlamento europeo sulla «*Tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia*», cit. § 25.

<sup>109</sup> Di contrario avviso è, come si diceva *supra*, Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.

<sup>110</sup> L'art. 53 co. 2 proposta di reg. consente la circolazione dello stato di figlio stabilendo che «*the Certificate shall be presumed to demonstrate accurately elements which have been established under the law applicable to the establishment of parenthood. The person mentioned in the Certificate as the child of a particular parent or parents shall be presumed to have the status mentioned in the Certificate*». La proposta disciplina in modo dettagliato il procedimento di emanazione del Certificato europeo (artt. 48-50) e il suo contenuto (art. 52).





Stato Membro senza alcuna speciale procedura di validazione (art. 53 proposta di reg.).

Questa proposta di legge, è bene chiarirlo, non impone un modello di genitorialità – ciò sarebbe estraneo alle competenze dell’Unione – piuttosto intende tutelare il minore di età e i suoi diritti fondamentali ovunque egli viva<sup>111</sup>. Ciononostante la proposta, verosimilmente, non avrà un percorso istituzionale agevole poiché la sua entrata in vigore e la conseguente circolazione di diversi modelli familiari influenzeranno il dibattito sui caposaldi delle politiche su famiglia e procreazione medicalmente assistita. Nel frattempo l’interprete deve trovare una soluzione che garantisca il nato<sup>112</sup>.

Le diverse pronunce giurisprudenziali succedutesi nel tempo e la pluralità di posizioni dottrinali sugli effetti della gestazione per altri segnalano la complessità del problema. Come si diceva, le Sezioni unite del 2019 hanno ritenuto in contrasto con l’ordine pubblico internazionale il riconoscimento in Italia dello stato di figlio nei confronti del «genitore d’intenzione». Quest’orientamento, confermato dal secondo intervento delle Sezioni Unite nel 2022, sottovaluta il *favor* per la costituzione dello stato di figlio, il valore della parentela e il principio di responsabilità quale cardine dei rapporti familiari<sup>113</sup>; elementi, questi, che pure contribuiscono a formare l’ordine pubblico internazionale. Non si ravvisa, pertanto, una rottura del sistema ove si ammetta la delibazione del provvedimento straniero che ricono-

<sup>111</sup> Nell’«*explanatory memorandum*» della proposta di regolamento si chiariscono le basi legali dell’intervento normativo. Anzitutto a proposito delle misure da introdurre sulle questioni di genitorialità con implicazioni trans-nazionali, si afferma che «*these measures will not lead to the harmonisation of the Member States’ substantive law on the definition of family or on the establishment of parenthood in domestic situations*». Vi sono però i presupposti legali affinché l’Unione intervenga: quanto ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità, si sottolinea rispettivamente che «*the consequences of the non-recognition of parenthood also have a Union dimension, as families may be deterred from exercising their right to free movement for fear that the parenthood of their child will not be recognised in another Member State for all purposes*», e che, con le misure previste non si oltrepassa la finalità di garantire il riconoscimento della genitorialità nelle questioni transnazionali.

<sup>112</sup> P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., 47, nell’affrontare il tema delle tecniche interpretative, afferma che «in un sistema costruito sui principi, specie se di natura identitaria, il tema delle lacune non esiste in quanto la questione concreta, in assenza di una regola di dettaglio che la preveda, trova comunque riscontro per la decisione in uno o più principi».

<sup>113</sup> M. PARADISO, *Sussidiarietà e limiti all’autoregolazione dei rapporti familiari*, cit., 175-177, sottolinea come la libertà e la responsabilità siano due principi legittimatisi ontologicamente nel fenomeno familiare, da reputare come una concreta specificazione del principio di sussidiarietà. Nella filiazione, però, la responsabilità assume un particolare rilievo, stante il coinvolgimento del nato.

sca lo stato di figlio nei confronti del genitore d’intenzione.

Un’altra soluzione giurisprudenziale, sopra esaminata, che suscita perplessità riguarda il caso della procreazione eterologa effettuata da una coppia di donne all’estero con nascita del figlio in Italia. Secondo la Cassazione nascere in Italia, poiché comporta l’applicazione della normativa interna con conseguente esclusione dell’ordine pubblico internazionale, impedirebbe di dichiarare esistente lo stato di figlio nei confronti della donna che non ha partorito<sup>114</sup>.

In verità questi orientamenti giurisprudenziali, incentrati su disposizioni di legge limitative di tecniche procreative e non sempre espressive di principi identificativi della Repubblica<sup>115</sup>, espongono il minore al rischio di vedersi preclusa la costituzione dello stato di figlio nei confronti del «genitore d’intenzione» o comunque di rimanere per lungo tempo con un secondo genitore solo di fatto, il quale non avrà poteri nelle questioni più rilevanti riguardanti il figlio. L’adozione in casi particolari non è una risposta appagante, soprattutto a fronte dell’eventualità di dismissione della responsabilità da parte del «genitore d’intenzione», il quale, per sopraggiunti contrasti nella coppia, decida di non ricorrere all’adozione.

Il giudice potrebbe valorizzare i seguenti elementi: il rispetto della normativa dello Stato estero come suggerito dalla Cassazione nell’ordinanza n. 1842/2022, la gratuità dell’intervento della madre surrogata (se si tratta di gestazione per altri), il divieto di disparità di trattamento rispetto a situazioni accomunabili<sup>116</sup>, il diritto al rispetto della vita familiare, l’alto valore dello stato di figlio e della parentela, il legame genetico quando presente nei con-

<sup>114</sup> Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, cit.

<sup>115</sup> Secondo la Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit., l’art. 269, comma 3°, c.c. «non costituisce un principio di rango costituzionale» preclusivo del riconoscimento della maternità anche alla madre genetica ma non gestazionale. Tale articolo non impone che madre sia sempre e solo quella che ha partorito e che non vi possa essere un’altra madre, genetica o non genetica. La possibilità della doppia maternità trova risposta, come si è cercato di dimostrare, in un quadro più ampio delle fonti del diritto.

<sup>116</sup> Nascere all’estero o nascere in Italia in conseguenza di una procreazione assistita effettuata in un paese diverso dall’Italia non può condurre a una disciplina diversa dello stato di figlio. L’interesse del nato alla costituzione dello stato di figlio è il medesimo indipendentemente dal luogo della nascita. Non solo: in entrambi i casi la nascita origina da una PMA nella quale spicca l’assunzione di responsabilità quale fondamento dello stato di figlio. Il criterio di decisione giudiziale andrebbe allora ribaltato: lo stato di figlio si costituisce nei confronti di entrambi i membri della coppia, salvo eccezionali ragioni impeditive.

fronti della madre non gestante<sup>117</sup> e il principio della unicità dello stato di figlio. A tutto questo si aggiunga un altro dato rilevante: l'unitarietà della famiglia nonostante il pluralismo delle strutture familiari. Se il legame affettivo stabile e duraturo e la reciproca assistenza morale a materiale connotano la famiglia<sup>118</sup> e se l'assunzione di responsabilità imprime giuridicità alla filiazione<sup>119</sup>, occorre accogliere soluzioni che valorizzino il legame familiare<sup>120</sup> e, per quanto ci interessa, di filiazione.

Tutti questi elementi contribuiscono a delineare il sistema della filiazione<sup>121</sup>. Di conseguenza vi potrà essere la delibazione del provvedimento straniero che riconosce la doppia genitorialità originata dalla maternità per sostituzione o, nel caso di nascita in Italia, l'ordine all'ufficiale dello stato civile di formare l'atto di nascita con l'indicazione dei due genitori dello stesso sesso. Ciò in coerenza anche con

l'assunzione di responsabilità quale principio cardine della legge n. 40/2004, cui si lega la costituzione dello stato di figlio (arg. ex artt. 6, 8 e 9)<sup>122</sup>.

Un'ultima riflessione: ostacolare il desiderio della coppia di avere figli a scapito del principio del preminente interesse del minore è un'operazione illegittima. Non perché la posizione del minore sia esclusa dal bilanciamento, ma perché l'impedimento alla costituzione dello *status filiationis* deve essere giustificato dalla necessità di tutelare un diritto o un valore costituzionale pertinente e preminente<sup>123</sup>, invero difficile da individuare nelle fattispecie qui esaminate.

<sup>117</sup> L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 193, ammette che si possa costituire lo stato di figlio nei confronti di entrambe le donne: quella che ha condotto la gravidanza e l'altra che ha fornito i propri ovuli per la formazione dell'embrione, ritenendo che l'art. 269, comma 3°, c.c. non sia d'ostacolo.

<sup>118</sup> S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, cit., 516, rileva che il fondamento del «principio famiglia si rinviene nella carta costituzionale europea, come pure in sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia». Vi è, secondo l'A., un unico concetto di famiglia che dovrebbe indurre, in chiave sostanzialistica, «a parlare di tipicità della famiglia» oltre il matrimonio (p. 522). Egli, a sostegno dell'unità e di un «comune denominatore» (p. 518) dei diversi modelli familiari, richiama gli artt. 7, 9, 24 e 25 della CDFUE e ritiene che «non è stata una scelta felice quella del legislatore italiano che nella legge sulle unioni civili (...) ha evitato – con un'eccezione – di parlare di famiglia e di rapporti familiari, utilizzando l'espressione formazione sociale» (d'accordo P. ZATTI, *Introduzione al convegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 12, 1663 ss.).

<sup>119</sup> P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., 92 afferma che «la famiglia è sempre tale se risponde all'esigenza educativa dei figli e di sviluppo delle persone che vi fanno parte». Il che porta l'Autore ad affermare in un'altra sua opera *Il diritto civile nella legali costituzionale*, cit., p. 340, che il «profilo consensuale e l'affetto costante e spontanea fungono sempre più da denominatore comune di qualsiasi nucleo familiare».

<sup>120</sup> È da apprezzare Cass. Sez. un. pen., 26 novembre 2020, n. 10381, in *Dir. pen e proc.*, 2021, 8, 1078 ss., con nota di R. BARTOLI, *Con una lezione di ermeneutica le Sezioni unite parificano i conviventi ai coniugi*, in *Giur. it.*, 2021, 7, 1725 ss., con nota di G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco overruling delle sezioni unite*. Cfr. anche V. VELLUZZI, *L'analogia giuridica presa sul serio: osservazioni su Cass., Sez. un. penali, 17.3.2021, n. 10381*, in *Discrimen*, 30.7.2021.

<sup>121</sup> P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., 36, insiste sull'inveramento del sistema quale garanzia di correttezza dell'esito ermeneutico. Quando Egli afferma che «il problema va risolto nel sistema», vuol sottolineare che vi è un limite alla discrezionalità dell'interprete. Il sistema, però, è non già un predato immutabile che soffoca l'interpretazione e argina l'evoluzione sociale, ma un faro che indica all'interprete di confrontarsi con le coordinate valoriali, con i principi e i diritti fondamentali dell'ordinamento.

<sup>122</sup> La disposizione di cui all'art. 8 l. n. 40/2004 si interpreta traendo argomento dall'art. 9, per cui deve ritenersi che il riconoscimento nella PMA non va effettuato, essendo implicito nel consenso espresso all'accesso alle tecniche procreative; consenso preceduto dall'informativa di cui all'art. 6. Alcuni Autori hanno per l'appunto parlato di «consenso anticipato» (C. M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2017, 2, 403 e M. SEGNI, *Conviventi e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 7-11; *contra* L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 188-189, il quale ritiene comunque necessario il riconoscimento in caso di filiazione extra-matrimoniale, dunque, qualora tale riconoscimento espresso dovesse mancare, occorrerà agire con la dichiarazione giudiziale di paternità/maternità.

<sup>123</sup> Cass. ord., 21 gennaio 2022, n. 1842, cit., si sofferma sull'attività valutativa volta ad accertare la compatibilità della delibazione (o della trascrizione) del provvedimento straniero con i valori sottesi al divieto di surrogazione di maternità. Le seguenti considerazioni valgono però in generale. Decisivo è il «criterio della inerenza nell'individuazione dei valori costituzionali in potenziale conflitto», unitamente ai «principi di proporzionalità e ragionevolezza nella formulazione del bilanciamento, cui deve pervenire il giudicante, senza che vi sia un'aprioristica definizione di prevalenza di un interesse in gioco, neanche di quello del minore, sia pure non disattendendo il principio ribadito dalla Corte costituzionale della preminenza degli interessi del minore declinato nella direzione della ricerca della soluzione ottimale in concreto da privilegiare».

