

LIBER AMICORUM PER GIUSEPPE VETTORI

a cura di

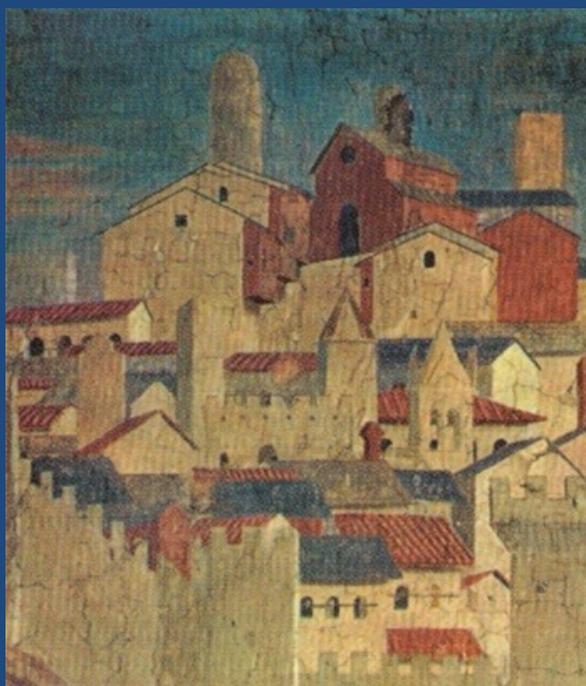
GIOVANNI PASSAGNOLI

FABIO ADDIS

GIUSEPPINA CAPALDO

ANTONIO RIZZI

SALVATORE ORLANDO



ESTRATTO PER L'AUTORE

www.personaemercato.it

ISBN 979-12-210-1540-9

Publicato a Firenze nel settembre 2022 da Giovanni Passagnoli, Fabio Addis, Giuseppina Capaldo, Antonio Rizzi e Salvatore Orlando

Comitato editoriale: Francesco Fantechi, Daniele Imbruglia, Mario Mauro, Edoardo Messineo, Federico Pistelli, Tommaso Polvani, Martina Rodovero.

© Author(s)

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

INDICE

<i>Presentazione</i>	p. IX
1. ADDIS F., <i>Autotutela contrattuale</i>	p. 3
2. ALESSI R., <i>Il controllo di vessatorietà come banco di prova del rapporto autonomia privata/legge: il percorso accidentato della Corte di Giustizia</i>	p. 49
3. ANGELONE M., <i>Giudici e Autorità indipendenti: concorrenza e sinergia tra rimedi</i>	p. 91
4. ASTONE M., <i>Right to be forgotten online e il discutibile ruolo dei gestori dei motori di ricerca</i>	p. 119
5. AZZARRI F., <i>I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico</i>	p. 133
6. BARBA A., <i>Capacità del consumatore e regolazione conflittuale del mercato</i>	p. 179
7. BARBA V., <i>Divieto di patti successori e contratto post mortem</i>	p. 219
8. BARENGHI A., <i>Precisazioni sull'attribuzione di opere d'arte</i>	p. 269
9. BARGELLI E., <i>Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza</i> ..	p. 287
10. BATTELLI E., <i>Il contratto di "pacchetto turistico" nei rapporti tra codice civile, codice del turismo e codice del consumo</i>	p. 313
11. BERTELLI F., <i>I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza</i>	p. 349
12. BILOTTI E., <i>Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della cd. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata</i>	p. 391
13. BONILINI G., <i>Prelazione, e «alienazione» di un diritto</i>	p. 449
14. BUCELLI A., <i>L'«algebra del diritto» (appunti per una ricerca)</i>	p. 461
15. BUSNELLI F.D., <i>Immagini vecchie e nuove nella tutela della salute del minore</i> ...	p. 495

16. CAMARDI C., <i>Mancata cooperazione all'adempimento e risoluzione del contratto</i>	p. 521
17. CAPALDO G., <i>Dalla governance degli enti privati alla regolazione del mercato unico sostenibile</i>	p. 551
18. CARAPEZZA FIGLIA G., <i>Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali</i>	p. 589
19. CARLEO R., <i>Responsabilità sanitaria e onere della prova: il ruolo della cartella clinica elettronica</i>	p. 611
20. CATERINI E., <i>Uso esclusivo, tipicità dei diritti reali e autonomia negoziale</i>	p. 631
21. CAVALLARO M., <i>Tutela dei risparmiatori e salvaguardia dell'interesse pubblico nella vicenda dei buoni postali trentennali</i>	p. 655
22. CENINI M., <i>Pandemia, sopravvenienze e globalizzazione</i>	p. 677
23. CIOFFI C.B.N., <i>La trasparenza della causa dei contratti derivati</i>	p. 695
24. CIPRIANI N., <i>Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto</i>	p. 741
25. CORDIANO A., <i>Cessazione, riduzione e aumento della prestazione alimentare tra funzioni solidaristiche e istanze di autoresponsabilità</i>	p. 767
26. CREA C., <i>Argomento morale, pluralismo 'culturale' e semantica dei marchi</i>	p. 803
27. D'AMICO G., <i>L'insostituibile leggerezza della fattispecie</i>	p. 837
28. DELFINI F., <i>Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto</i>	p. 865
29. DEPLANO S., <i>Dignità della persona e stati intersessuali</i>	p. 895
30. DI NELLA, <i>Smart Contract, Blockchain e interpretazione dei contratti</i>	p. 933
31. DI ROSA G., <i>La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo post mortem</i>	p. 995
32. EMILIOZZI E.A., <i>Le firme elettroniche</i>	p. 1029
33. FACCIOLO M., <i>La natura della responsabilità del medico dipendente nel dialogo fra legge, dottrina e giurisprudenza</i>	p. 1043
34. FARINA V., <i>Problemi vecchi e nuovi in tema di data certa e fallimento</i>	p. 1059
35. FEMIA P., <i>Opposizione ermeneutica ed effettività</i>	p. 1107

36. FICI A., <i>I “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa”: profili di diritto privato</i>	p. 1151
37. FOGLIA M., <i>Divagazioni sul diritto alla felicità (fra legge e giudice)</i>	p. 1185
38. FOLLIERI L., <i>Disposizione di un bene del fondo patrimoniale: appunti sul rapporto fra principio consensualistico e trascrizione</i>	p. 1203
39. FRANZONI M., <i>Il contratto d’accertamento: un paradosso</i>	p. 1235
40. FREZZA G., <i>Usucapione decennale e i rapporti fra trascrizione e buona fede</i>	p. 1259
41. GABRIELLI E., <i>Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell’operazione economica</i>	p. 1279
42. GALLARATI A., <i>Il «contratto» figurato ex articolo 23 tuf</i>	p. 1313
43. GALLO P., <i>Le restituzioni contrattuali tra retroattività ed irretroattività</i>	p. 1353
44. GAMBINO F., <i>Il problema della «certezza» nell’impiego della buona fede contrattuale</i>	p. 1395
45. GARACI I., <i>Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell’ambiente digitale</i>	p. 1405
46. GENOVESE A., <i>La clausola di recesso</i>	p. 1439
47. GIANNINI M., <i>Prodotti di finanza sociale ed effettività delle tutele</i>	p. 1465
48. GORASSINI A., <i>Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?</i>	p. 1495
49. GORGONI A., <i>Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita</i>	p. 1505
50. GRANELLI C., <i>Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della direttiva 2019/2161/UE</i>	p. 1569
51. GRISI G., <i>La quarantena dei contratti di durata</i>	p. 1593
52. GRONDONA M., <i>L’ermeneutica giuridica fra politica e diritto, ovvero: alla ricerca dell’ordine (premesse per una discussione)</i>	p. 1633
53. GROSSI P., <i>La storia del diritto in una facoltà giuridica, oggi</i>	p. 1665
54. IAMICELI P., <i>Nullità parziale e integrazione del contratto: riflessioni sul diritto del consumatore a un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo</i>	p. 1687

55. IMBRENDA M., *Persona e scelte di consumo fra conoscenze neuroscientifiche e nuove frontiere tecnologiche*p. 1753
56. IMBRUGLIA D., *Restituzioni ed effettività della tutela*p. 1783
57. LANDINI S., *Risarcimento mediante rendita. La funzione previdenziale della responsabilità civile* p. 1803
58. LASSO A., *Riflessioni su autonomia privata e persona umana*p. 1815
59. LECCESE E., *L'ambiente: dal codice ambientale alla costituzione, un percorso al contrario? (riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento dello sviluppo sostenibile e della tutela ambientale tra i principi fondamentali della costituzione)*p. 1843
60. LENZI R., *L'affidamento fiduciario tra tipo e categoria*p. 1891
61. LISELLA G., *Circonvenzione d'incapace: annullamento del testamento e inimpugnabilità post mortem del matrimonio? analisi di una significativa vicenda giudiziaria* p. 1921
62. LOBUONO M., *Garanzie fideiussorie dell'appaltatore e raggruppamenti di imprese*p. 1935
63. LONGOBUCCO F., *Interpretazione filoconcorrenziale ed efficienza regolativa degli istituti civilistici*p. 1967
64. LUCCHINI GUASTALLA E., *Emergenza Covid-19 e diritto privato: quali rimedi?..*p. 1985
65. LUCIFERO N., *Il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari nel contesto normativo riformato dal d. Lgs. 198/2021*p. 2005
66. MACARIO F., *Rinegoziazione del contratto e obbligo di rinegoziare: dai problemi dell'emergenza covid-19 alla 'modernizzazione' del diritto contrattuale ...*p. 2037
67. MAUGERI M., *Il contratto con il consumatore nell'UE fra ordoliberalismo e altri neoliberalismi* p. 2071
68. MAURO M., *La vendita online di prodotti alimentari: procedimento di conclusione del contratto e rimedi*p. 2093
69. MAZZAMUTO S., *Una lunga storia: i progetti di codificazione europea sul contratto*p. 2143
70. MELI M., *Persona, mercato e cambiamenti climatici*p. 2191
71. MESSINEO E., *Fenomenologia della gestazione per altri. Appunti per un approccio rimediabile*p. 2221

72. MESSINETTI R., <i>Salute, cura, libertà. Attualità della costituzione in tempo di pandemia</i>	p. 2261
73. MEZZANOTTE F., <i>Effettività delle tutele e funzioni della responsabilità civile (dalla prospettiva del 'danno antitrust')</i>	p. 2305
74. MICKLITZ H.W., <i>Diritto regolamentare e privato europeo – tra eleganza neo-classica e pasticche postmoderno</i>	p. 2347
75. MINERVINI E., <i>La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova</i>	p. 2385
76. MONTECCHIARI T., <i>Diritti della persona e responsabilità civile nell'era digitale</i>	p. 2415
77. MONTINARO R., <i>Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law</i>	p. 2443
78. MORACE PINELLI A., <i>È tempo di abrogare la separazione giudiziale</i>	p. 2495
79. MOSCATI E., <i>Rent to buy: un nuovo contratto tipico. luci e ombre della legislazione novellistica</i>	p. 2523
80. NAPPI F., <i>Enti no profit e regole di mercato: il progetto di un caso "in uso accademico"</i>	p. 2573
81. NERVI A., <i>Dalla disciplina delle emissioni inquinanti al ruolo del diritto privato nella tutela ambientale. appunti per una ricerca</i>	p. 2583
82. NICOLUSSI A., <i>Autonomia delle parti e degiurisdizionalizzazione in separazione e divorzio</i>	p. 2605
83. NIVARRA L., <i>Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale</i>	p. 2729
84. NONNE L., <i>"Le parole tra noi leggere": la topica dei rimedi e il problema della forma nel pactum fiduciae immobiliare</i>	p. 2757
85. ONORATO M., <i>Accordi a sfavore di terzo?</i>	p. 2795
86. ORLANDI M., <i>Silentium legis</i>	p. 2823
87. ORLANDO S., <i>Le figure sintomatiche nel diritto privato</i>	p. 2857
88. PAGLIANTINI S., <i>In memoriam del consumatore medio</i>	p. 2879
89. PALADINI M., <i>I contratti infettati dal Covid: ruolo e implicazioni della "buona fede"</i>	p. 2909

90. PARENTE F., <i>Ricerca scientifica, sperimentazione e brevetto biotecnologico: le ragioni di una tutela</i>	p. 2935
91. PASQUINO T., <i>I ritardi nei pagamenti della Pubblica Amministrazione al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea</i>	p. 2965
92. PASSAGNOLI G., <i>Liberalità indirette e patto di famiglia</i>	p. 3001
93. PATTI F.P., <i>Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione nel contesto europeo</i>	p. 3015
94. PATTI S., <i>Note in tema di presunzioni semplici</i>	p. 3041
95. PENNASILICO M., <i>Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza</i>	p. 3075
96. PERLINGIERI G., <i>Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo</i>	p. 3125
97. PESCATORE V., <i>Diritto all'identità personale e divieto dei 'trattamenti di conversione'</i>	p. 3187
98. PILIA C., <i>La responsabilità sociale nella crisi pandemica Covid-19</i>	p. 3221
99. PIRAINO F., <i>Garanzia per i vizi nella vendita e tempo: il nodo della durata e della prescrizione</i>	p. 3291
100. PIRILLI D., <i>Tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti: l'esempio di alcune clausole del contratto di assicurazione</i>	p. 3369
101. PISTELLI F., <i>Il controllo del rischio finanziario nel contratto</i>	p. 3389
102. PLAIA A., <i>Per una responsabilità medica "razionalmente credibile"</i>	p. 3419
103. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., <i>Il danno "da reato". Verso una nuova sistematica del danno risarcibile</i>	p. 3435
104. PROTO PISANI A., <i>Brevi note sull'art. 844 cc. e sul rilievo dei valori nell'interpretazione della legge</i>	p. 3475
105. PROTO M., <i>Garanzia per vizi della cosa venduta: onere probatorio e diritto a un rimedio effettivo</i>	p. 3485
106. PUTORTI V., <i>Patrimonio digitale e successione mortis causa</i>	p. 3507
107. RENDA A., <i>Il donation-based crowdfunding</i>	p. 3543
108. RENDE F., <i>Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale</i>	p. 3599

109. RICCI F., <i>Le nuove scritture nell'era del documento informatico</i>	p. 3639
110. RIZZI A., <i>L'autonomia privata nelle crisi di sistema</i>	p. 3677
111. RIZZO N., <i>Il problema delle concause dell'evento dannoso nella costruzione del modello civile di causalità giuridica: introduzione a una teoria</i>	p. 3729
112. ROBLES M., <i>Per una "grammatica" (negoziale) dei conflitti ambientali</i>	p. 3799
113. ROSSI CARLEO L., <i>La violazione del dovere di fedeltà fra «prisma della violazione del rapporto e dell'interesse leso» e prisma della violazione dei diritti fondamentali</i>	p. 3839
114. ROSSI F., <i>Contratti del minore e responsabilità per i danni prodotti alla parte capace</i>	p. 3853
115. RUSSO T.V., <i>L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della 'manutenzione' dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica</i>	p. 3877
116. SALANITRO U., <i>A Strange Loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale</i>	p. 3909
117. SARDINI A., <i>Se conoscere le proprie origini non è (sempre) possibile</i>	p. 3927
118. SARTORIS C., <i>Antitrust e rimedi contrattuali effettivi. Il banco di prova delle fideiussioni omnibus</i>	p. 3955
119. SCAFFIDI D., <i>Profili critici del sindacato di liceità e meritevolezza del patto parasociale con opzione put a prezzo predeterminato</i>	p. 3987
120. SCAGLIONE F., <i>Interessi della persona e tutela del credito</i>	p. 4027
121. SCOGNAMIGLIO C., <i>Per una lettura in chiave funzionale del 'sistema' delle invalidità</i>	p. 4051
122. SCOTTI A., <i>La disciplina della cartolarizzazione dei crediti tra esigenze di tutela dei debitori ceduti ed esigenze di tutela degli investitori</i>	p. 4081
123. SINISCALCHI A.M., <i>La responsabilità medica tra novità legislative e recenti indirizzi giurisprudenziali</i>	p. 4105
124. SIRENA P.– BRIZZOLARI V., <i>Surrogazione reale a seguito dell'impossibilità sopravvenuta della restituzione dell'indebitato</i>	p. 4151
125. SIRGIOVANNI B., <i>Revisione del contratto al tempo del Covid-19</i>	p. 4168
126. TAMPONI M., <i>L'educazione religiosa del minore nella società multiculturale</i>	p. 4197

127. TESCARO M., <i>La responsabilità civile dell'hosting provider e il dialogo fra le Corti</i>	p. 4217
128. TROIANO O., <i>Rinnovamento giuridico e riforma dei codici civili</i>	p. 4231
129. UDA G.M., <i>La buona fede nell'esecuzione del contratto tra clausole e principi generali</i>	p. 4251
130. VALONGO A., <i>Nuovi diritti per i minori stranieri non accompagnati alla luce della legge 7 aprile 2017, n. 47</i>	p. 4301
131. VENOSTA F., <i>Divisione ereditaria e nullità "urbanistiche"</i>	p. 4337
132. VENTURELLI A., <i>Violazione del principio di buona fede e rimedi in un recente progetto di codificazione latinoamericana</i>	p. 4365
133. VENUTI M.C., <i>Solidarietà post-coniugale, assegno di divorzio e autonomia privata</i>	p. 4405
134. VERDICCHIO V., <i>La permuta internazionale e il diritto uniforme della vendita</i>	p. 4451
135. VILLANACCI G., <i>La variegata disciplina rimediale nel riequilibrio contrattuale.</i>	p. 4487
136. VIRGADAMO P., <i>Ripudio subito o divorzio ricercato? La sostanza dei concetti e le insidie dei preconcetti</i>	p. 4507
137. ZACCARIA A., <i>L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19</i>	p. 4529
138. ZACCHEO M., <i>Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi</i>	p. 4541
139. ZOPPINI A., <i>Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio</i>	p. 4569

ANTONIO GORGONI
Professore associato di diritto privato
Università di Firenze

DIRITTI E PRINCIPI A PROPOSITO DELLO STATO DI FIGLIO DA PROCREAZIONE MEDI- CALMENTE ASSISTITA

SOMMARIO: 1. La genitorialità tra divieti, diritti e principi. Tra legge e diritto. – 2. Divieto di surroga biologica di maternità e diritto di conservare il rapporto genitoriale. – 3. (*Segue*) Le Sezioni Unite della Cassazione e l'insostenibilità di un bilanciamento legislativo in danno del minore. – 4. (*Segue*) Il parere consultivo della Corte EDU-Grande Camera e la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, l. n. 40/2004, 18 d.P.R. n. 396/2000 e 64, comma 1, lett. g) l. n. 218/1995. – 5. (*Segue*) Profili di incostituzionalità dell'interpretazione delle Sezioni unite come diritto vivente. – 6. Interesse pubblico e diritti fondamentali del minore: la prevalenza di questi ultimi. – 7. (*Segue*) Inadeguatezza dell'adozione in casi particolari e del rinvio all'art. 300 c.c. contenuto nell'art. 55 l. n. 184/1983. – 8. Procreazione eterologa effettuata all'estero con nascita in Italia: una sentenza discutibile della Cassazione e una pronuncia della Corte costituzionale. – 9. (*Segue*) Diversità di sistemi della filiazione e unitarietà dell'ordine pubblico. – 10. Fecondazione *post mortem* all'estero e nascita in Italia. – 11. (*Segue*) La questione dello stato di figlio nei confronti del genitore deceduto prima dell'utilizzo del seme. – 12. Considerazioni d'insieme: complessità della filiazione e famiglia che cambia.

1. *La genitorialità tra divieti, diritti e principi. Tra legge e diritto.*

C'è un dato con cui il giurista si confronta sempre più spesso a causa delle frizioni che esso determina nell'ordinamento giuridico: è il desiderio di avere un figlio che spinge a recarsi dove vi sia la

possibilità di realizzarlo mediante la procreazione medicalmente assistita (da ora PMA). In Italia si ingenerano controversie giudiziali in ragione del rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di riconoscere la filiazione nei confronti del genitore privo del legame genetico con il nato.

Le motivazioni di tale rifiuto albergano ora nella contrarietà all'ordine pubblico, cui darebbe luogo la pratica della surroga biologica di maternità (art. 12, comma 6, l. n. 40/2004), ora nei limiti soggettivi per l'accesso alla PMA preclusa alle coppie dello stesso sesso (art. 5 l. n. 40/2004), oppure ancora nel diritto di avere due genitori rispetto alla fecondazione *post mortem*.

Di certo, la normativa italiana, nel difendere una nozione tradizionale di famiglia e di filiazione, incentrata sul *favor veritatis*, sull'eterosessualità dei genitori, sulla necessità di avere un padre e una madre viventi alla nascita e sulla necessaria coincidenza della madre gestante con la madre giuridica¹, favorisce il cosiddetto "turismo procreativo". Un sintagma, questo, solitamente adoperato in

¹ La dottrina più attenta non ha mancato di porre in rilievo le novità del diritto di famiglia e della filiazione, le quali si innestano sugli elementi consolidati, tradizionali quali: la primazia del modello matrimoniale, il *favor veritatis*, la doppia figura genitoriale, la diversità di sesso dei genitori, l'inscindibilità tra gravidanza e maternità, l'adozione piena solo da parte di coppie di coniugi e la procreazione medicalmente assistita solo per la coppia eterosessuale in casi di sterilità/infertilità. Sono moltissimi i contributi che hanno mostrato come siffatti elementi siano stati intaccati, non superati, piuttosto arricchiti soprattutto mediante l'applicazione del principio del preminente interesse del minore e dei diritti fondamentali di quest'ultimo. Si richiamano solo alcuni scritti: BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 509 ss.; ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in Ferrando, Fortino e Ruscello (a cura di), in *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, Milano, 2011, pp. 3 ss. in part. pp. 42 ss. dedicate ai «Crinali evolutivi»; BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pp. 1105 ss.; SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, pp. 1007 ss.; ID. *Le stagioni del diritto di famiglia dall'unità d'Italia a oggi (parte prima)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, pp. 11043 ss. Cfr. anche di Scalisi la parte seconda intitolata «Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea», in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1287 ss.; AA. VV., *Nuove frontiere delle famiglie*, a cura di R. Pane, Napoli, 2014; AA. VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di R. Pane, Napoli, 2015. Più di recente: SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Europa e dir. priv.*,

tono spregiativo, per sottolineare l'egoismo di chi vi ricorra; eppure, la dimensione umana coinvolta è più sfaccettata del mero concentrarsi soltanto su sé stessi. Non va sottaciuta né sottovalutata la motivazione forte che spinge a diventare genitore, superando finanche gli ostacoli frapposti dal diritto nazionale. Di regola c'è la convinzione e la responsabilità delle proprie scelte, pre-condizioni essenziali per essere un buon genitore.

Si vuol dire che i problemi giuridici sollevati dalle nuove “strade” della procreazione non sono risolvibili formulando un giudizio sulle intenzioni altrui o confinando nell'inaccettabile tutto ciò che non sia “secondo natura”² e neppure – ciò che rende il discorso più interes-

2017, pp. 953 ss.; PICARO, *Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità*, Napoli, 2017; CORDIANO, *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Torino, 2018; SALVI, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Napoli, 2018; SASSI, SCAGLIONE e SEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Milano, 2018, pp. 93 ss. su procreazione e diritti fondamentali; STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, pp. 668 ss.; SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 563 ss.; AULETTA, *Riforme ed evoluzione del diritto di famiglia: riflessioni su un percorso di mezzo secolo*, in *Familia*, 2019, pp. 233 ss.

² La sociologia e l'antropologia hanno svelato come i modelli familiari e i generi (anche quello non maschile né femminile) si siano sviluppati nel mondo in più direzioni e con esiti politici molto diversi: laddove valorizzati o osteggiati. Quando nella storia si è voluto attribuire alla famiglia fondamenti di natura, si sono prodotte violenze, forzature e condanne superficiali. Ciò non implica che le istituzioni non possano scegliere quali debbano essere i modelli familiari da prediligere; piuttosto dovrebbe indurre i governi soprattutto ad apprezzare e non semplicemente a tollerare le diversità (cfr. REMOTTI, *Contro natura*, Roma-Bari, 2008, pp. 165 ss. e SARACENO, *Coppie e famiglia. Non è questione di natura*, Milano, 2016). Il giurista trae l'indicazione di non ragionare secondo lo schema regola/eccezione e di non categorizzare eccessivamente fino a “naturalizzare” le proprie categorie. Egli è chiamato, piuttosto, a valutare il fatto rispetto non già a una supposta naturalità ontologica calata nelle disposizioni di legge, ma ai principi e ai diritti fondamentali espressivi della cultura pluralista espressa dalla Costituzione e ravvivatasi nel fluire del tempo. Ed è proprio la Carta costituzionale a imporre al legislatore di riconoscere il fenomeno familiare emerso e consolidatosi nella società; in questo senso va inteso, com'è noto, il riferimento alla «società naturale» contenuto nell'art. 29, comma 2, Cost.: la famiglia viene prima dello Stato (cfr. BARCELONA, *Famiglia (Diritti di)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 782), essa «prima

sante – facendo leva sui divieti normativi di surroga biologica di maternità, di fecondazione *post mortem*, di avere due genitori dello stesso sesso (art. 5 l. n. 40/2004 e art. 6 l. n. 184/1983) e di adozione piena da parte degli uniti civilmente (art. 1, comma 20, l. n. 76/2016) o dei conviventi (art. 6 l. n. 184/183).

Ciascuno di questi divieti non è risolutivo per motivare la decisione giudiziale sulla questione dello stato di figlio originata da una tecnica di PMA vietata. Non lo è per la complessità del sistema delle fonti, composto da regole, diritti e principi che, nel loro insieme, evocano un livello di giuridicità da ricostruire quale involucro del caso concreto³.

In effetti chi affronta la tematica dello stato di figlio da PMA nota uno scollamento piuttosto marcato tra testo di legge e diritto; un diritto che vive, soprattutto in quest'ambito, più nelle interpretazioni dei giudici che nelle parole del legislatore⁴. Ciò dipende sia dalla

ancora che istituto giuridico è istituzione naturale» (BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2020, p. 1). Di conseguenza lo Stato – sempre secondo Bonilini – «deve disciplinare i rapporti di famiglia, non già in antitesi, però, con le norme comportamentali riconosciute dalla coscienza sociale, perché attente agli affetti» (p. 3). Insomma, la linea di tendenza è di un diritto che assecondi i fenomeni familiari incentrati sull'affettività. Cfr. anche le considerazioni di GAMBINO, *Matrimonio, famiglia e legge naturale*, Milano, 2015, pp. 42 ss., incentrate sul diritto del bambino di veder rappresentato ciò che è naturale.

³ VETTORI, *La fecondazione assistita tra legge e giudici*, in *Persona e mercato*, 2016, I, p. 6, osserva come il ruolo dei principi sia decisamente aumentato perché il Parlamento «non è in grado, da solo, di assicurare stabilità e completezza dell'ordinamento. L'interpretazione applicazione del diritto appare sempre più come fonte di evoluzione e completamento del sistema». Viene colta una dinamica giuridica essenziale per governare il presente: quella che scaturisce da una «normatività diffusa», integrata da fatti e principi «che spesso manifestano le rigidità delle soluzioni positive e contribuiscono a legare validità ed effettività». Fatto e principio rilevano, dunque, sul piano ermeneutico e, legando validità ed effettività, consentono di pervenire a una soluzione legittima, controllabile e giusta. I principi di ragionevolezza, proporzionalità ed effettività sono il perno di un'argomentazione valutativa della prevalenza di una posizione soggettiva su un'altra o di un interesse su un altro. Ciò sarà evidente in queste pagine.

⁴ VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Pers. merc.*, 2016, pp. 147-148, non vede una relazione gerarchica tra legislazione e giurisprudenza, ma un dialogo tra esse; un legame reciproco e funzionale ad attuare la promessa costituzionale di garantire a tutti una vita libera e dignitosa. Centrale è il

lentezza di quest'ultimo nel promuovere i diritti fondamentali, sia dal rinnovamento costante dell'esigenza di reinterpretare le disposizioni sotto la pressione dei fatti di vita. Così giurisprudenza e dottrina sono inevitabilmente stimolate a ridurre l'apparente antitesi che, sul nostro tema, si manifesta tra il caso concreto e il dettato letterale della singola previsione legislativa.

Al vuoto e alla carenza legislativa soccorre una legalità gerarchicamente sovraordinata, composta da diritti e principi di ordine costituzionale e sovranazionale che, nella singola vicenda, devono trovare attuazione. Tale vivificante prospettiva, di ampliamento ordinamentale, innesca una dinamica giuridica delicatissima tra regole e principi, giudizi di validità e di valore, indispensabile per governare un presente sempre più refrattario alla sussunzione e a una ricostruzione unitaria in cui qualsiasi norma si raccolga «in un tutto logico»⁵. Piuttosto nuovi diritti o applicazioni ragionevolmente più ampie di essi, grazie all'utilizzo di rinnovate tecniche argomentative⁶, arricchiscono l'ordinamento e ne rafforzano il principio personalistico.

caso concreto che ha una duplice azione: interroga l'ordinamento e al contempo lo influenza perché induce a reinterpretarlo e a riconsiderare i fondamenti del diritto. Il fatto non è di per sé diritto, ma lo diviene a seguito di un giudizio basato su regole, principi e precedenti giurisprudenziali. Cfr. anche ID., *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Pers. merc.*, 2017, 2, pp. 73 ss., in cui si ribadisce la sinergia tra legislatore, giudice e scienza giuridica nel pervenire, ciascuno secondo le proprie specificità, a soluzioni giuste.

⁵ IRTI, *Destino di Nomos*, in CACCIARI e IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019, pp. 130 ss., da tempo, osserva che «rotta la suprema oggettività dell'antico kosmos [...], anche l'inizio' del diritto si fa interno al singolo uomo e si risolve nella *decisione del soggetto*» (p. 132) e nel «controllo di validità formale» (p. 144). Da ciò deriverebbe l'indifferenza del contenuto normativo e l'assenza di una verità a fronte di tante instabili verità.

⁶ VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Pers. merc.*, 2015, 2, pp. 55-56, muovendo dal rilievo secondo cui il problema delle lacune e dell'impiego dell'analogia è stato in molti casi superato dall'irrompere dei principi, l'attenzione si sposta sulla giuridicità del fatto, da ricavare dalla pluralità delle fonti, e sulle tecniche argomentative «che conoscano e sappiano utilizzare *tutte le potenzialità del sistema integrato delle fonti e i precedenti della Corti nazionali ed europee*» (corsivo mio). Il riferimento dell'A. alle potenzialità del sistema è utile per svolgere il nostro tema, perché proprio di questo si tratta: di far emergere la capacità dell'ordinamento di accogliere e regolare certe fattispecie che, a una prima analisi,

Nei casi che tratteremo, contrassegnati da divieti legislativi, il ruolo dei principi risulterà particolarmente incisivo; non fosse altro perché i principi innescano una domanda di valore – rilevanza ed effetti – di una vicenda umana⁷, la cui risposta deve esprimere non certo l’aggiramento (*extra legem*) ma la chiarificazione del dettato normativo (*intra ius*). Ciò nella consapevolezza, sottolineata da un insigne giurista, che il vocabolo ‘legalità’ è «incapace di esprimere quella realtà polifonica che è oggi, anche sul continente, la dimensione giuridica», caratterizzata dal «primato del diritto»⁸.

Il terreno di indagine è delicatissimo e divisivo, forse perché è forte la cesura tra alcune decisioni giudiziali sullo stato di figlio – quelle che hanno valorizzato di più l’interesse del minore – e singole disposizioni di legge. Ci si confronta con testi giuridici poco inclini a cogliere ciò che di nuovo emerge nella giurisprudenza che applica diritti e di principi, potenzialmente in grado di «sacrificare l’integrità della regola»⁹. Del resto dalla mera lettura del codice civile, delle leggi sull’adozione, sulla PMA e della stessa Costituzione¹⁰ si trae con più facilità l’idea della filiazione quale rapporto riconducibile

sembrano da respingere, negando loro l’effetto giuridico che reclamano. È realistica l’affermazione dell’A. secondo cui «il diritto stenta ad afferrare il nuovo» (p. 54) – il nostro tema ne è un esempio emblematico – ma anche, e forse soprattutto, è la politica a essere in difficoltà.

⁷ VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, cit., p. 55, sottolinea in particolare un aspetto: il principio non è solo, non vive di sé stesso di fronte a uno specchio. Esso interagisce con la giuridicità del fatto grazie all’argomentazione giuridica. Così L’A. affronta anche la problematica degli antidoti all’abuso dei principi.

⁸ GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, pp. 30-31.

⁹ VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 20.

¹⁰ BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 5, rileva come la pluralità dei modelli familiari che trova riscontro nella legge (n. 76/2016) e l’introduzione del principio della unicità dello stato di figlio (l. n. 219/2012) sollevino l’interrogativo circa l’opportunità di modificare gli artt. 29, comma 1 (che lega la famiglia al matrimonio, anche se non esclusivamente) e 30, comma 3, Cost. (che, nel suo tenore letterale, non sembra compatibile con l’unicità dello stato di figlio di cui all’art. 315 c.c.) per adeguarli al mutato contesto sociale e normativo (cfr. rapporto dell’Eurofound intitolato *Quality of life. Household composition and well-being*, 2019, in www.eurofound.europa.eu).

esclusivamente a due genitori di sesso diverso cui si è legati geneticamente¹¹.

Si stabilisce a chiare lettere, senza eccezioni, che è madre colei che ha partorito (art. 269, comma 3 c.c.), che i genitori devono essere due e di sesso diverso e che, in mancanza del legame genetico, il genitore (falso) può sempre impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.). Eppure, in ragione di alcune disposizioni - come ad es. gli artt. 244, comma 4, e 263 comma 3 ult. periodo e comma 4 c.c.¹² - e dei principi del preminente interesse del minore (art. 24, comma 2, CDFUE, art. 3 *Conv. sui diritti dell'infanzia* ratificata con l. n. 176/1991 e artt. 8 e 14 Cedu come interpretati dalla Corte EDU), di ragionevolezza (art. 3 Cost.)¹³ e di non discriminazione (art. 3 Cost., art. 14 Cedu e art. 21 CDFUE), la giurisprudenza e la dottrina hanno delineato uno scenario più variegato rispetto a quello caratterizzato da situazioni per così dire “naturali”, in cui vi sono fattispecie meritevoli di tutela se solo si guardi oltre (e non contro) la lettera delle singole disposizioni di legge.

La sfida sta nel confrontarsi con «la ricchezza e la complessità delle relazioni umane nell'epoca attuale»¹⁴, il che esige di inserire la

¹¹ VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività: chi e come*, in *Pers. merc.*, 2017, pp. 191 ss., ravvisa la necessità di una riforma del codice civile, com'è avvenuto in Germania e in Francia, poiché esso «consolida idee in parte logore e non anticipa le nuove». Quest'assenza di prospettiva è particolarmente evidente nel diritto di famiglia dove diverse leggi si sono affiancate al codice e dove l'interpretazione adeguatrice, sistematica o costituzionalmente orientata si è resa spesso necessaria. In questo quadro, l'Autore osserva che «l'interpretazione applicazione del diritto appare sempre più come fonte di evoluzione e completamento del sistema».

¹² Per una ricognizione in chiave sistematica delle disposizioni da cui si evince l'assunzione di responsabilità quale ulteriore fondamento della filiazione, rispetto anche a casi giurisprudenziali cfr.: MENDOLA, *Le mobili frontiere della filiazione*, in *Quaderni di Familia*, a cura di Patti, 2020, 2, pp. 113 ss. e SALVI, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, cit., pp. 55 ss.

¹³ DEL PRATO, *I principi nell'esperienza civilista: una panoramica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2014, pp. 274-276, sui diversi impieghi della ragionevolezza, anche in funzione di applicazione di una norma. Per una trattazione più ampia e rivelatrice dell'importanza di tale principio per una soluzione adeguata cfr. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

¹⁴ Trib. min. Bologna, 25 giugno 2020, in *www.ilcaso.it*.

legge ordinaria nazionale nel sistema multilivello delle fonti (art. 117 Cost.). In tal modo si arriva a sostenere, come si vedrà, che la madre non è sempre colei che ha partorito, che la verità della filiazione è talvolta sostituita dall'assunzione della responsabilità (*favor stabilitatis*), che i genitori non devono essere sempre entrambi viventi al momento della procreazione e che, nell'adozione in casi particolari, la parentela va ampliata a tutela del minore, nonostante il richiamo – da reinterpretare – dell'art. 300 c.c. contenuto nell'art. 55 l. n. 184/1983¹⁵.

Si esamineranno le fattispecie della surroga biologica di maternità, della procreazione eterologa da parte di una coppia di donne e della fecondazione *post mortem*; tecniche, queste, di PMA effettuate all'estero cui segue una richiesta di produzione di effetti in Italia quanto allo *status filiationis* che sia corrispondente al progetto procreativo. I dinieghi degli ufficiali dello stato civile hanno innescato giudizi di rettificazione dell'atto di nascita volti a ottenere il riconoscimento dello stato di figlio nei confronti di entrambi i membri della coppia di coniugi, di uniti civilmente o di conviventi di fatto. Vedremo che un elemento di diversificazione ulteriore delle fattispecie e delle soluzioni accolte dalla giurisprudenza è dato dalla nascita in Italia o all'estero del figlio, poiché solo in quest'ultimo caso si pone un problema di diritto internazionale privato di riconoscimento di un provvedimento straniero (*id est*: l'atto di nascita o l'atto giudiziale).

2. Divieto di surroga biologica di maternità e diritto di conservare il rapporto genitoriale.

La surroga biologica di maternità è vietata e il divieto è presidiato dalla reclusione e dalla multa per «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza» tale pratica (art. 12, comma 6, l. n. 40/2004). Non è stata prevista una disposizione sullo stato di figlio nato in violazione della prescrizione normativa. Questa scelta non ha giovato, tant'è che in giurisprudenza non c'è ancora un orientamento consolidato sulla disciplina dello stato di figlio nato in un paese che, diversamente dall'Italia, ammetta una tale pratica.

¹⁵ Trib. min. Bologna, 25 giugno 2020, cit.

Prima di entrare nel merito indicando una soluzione, occorre fissare qualche aspetto che perimetra il discorso.

La surroga biologica di maternità consiste nel coinvolgimento di una donna disposta a condurre la gravidanza per conto di una coppia “committente” desiderosa di avere un figlio; coppia alla quale la madre surrogata consegnerà il nato subito dopo la nascita. Il divieto italiano è ampio poiché riguarda tanto la surroga a titolo oneroso, in coerenza con l’art. 3, comma 2, lett. c) CDFUE sul divieto di fare del corpo umano una fonte di lucro, quanto quella per spirito di solidarietà.

Questa tecnica di PMA costituirebbe una soluzione appetibile soprattutto per quella coppia in cui la donna, pur non sterile, non sia comunque in grado di portare a compimento la gravidanza fino al momento della vitalità fetale. In tal caso, ove la surroga fosse ammessa, si consentirebbe a quella coppia di aver avere un figlio geneticamente proprio. Tuttavia, il divieto penale, caricando di disvalore la surroga in ogni caso, lascia aperta a quella coppia, se coniugata, soltanto la facoltà di adottare; ai conviventi di fatto e agli uniti civilmente (art. 1, comma 20, l. n. 76/2016 e art. 6 l. n. 184/1983) si preclude, invece, ogni possibilità di avere un figlio.

Ciononostante, i divieti di surroga di maternità e di adozione omosessuale non hanno arginato il progetto di diventare genitori. Uno spazio si apre in altri paesi in cui vigono leggi diverse, favorevoli sia alla surroga sia all’accesso alla PMA per le coppie dello stesso sesso. Recarsi altrove per avere un figlio ha reso necessario stabilire quali siano gli effetti ammissibili nell’ordinamento italiano quanto allo *status filiationis* e segnatamente se possa essere riconosciuto lo stato di figlio nei confronti del genitore intenzionale non genetico.

L’attività ermeneutica è piuttosto articolata perché, da un lato, si scontra con la natura di ordine pubblico delle regole sulla costituzione ed eliminazione dello stato di figlio, dall’altro, evoca regole, diritti e principi potenzialmente confliggenti. Il tentativo deve essere

allora quello di ridurre la complessità ad unità¹⁶ per eliminare il contrasto apparente tra la soluzione favorevole al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore non genetico e il divieto di surroga biologica materna.

Si muova da questo dato: la richiesta all'ufficiale dello stato civile italiano di trascrivere o integrare l'atto di nascita con la menzione del genitore intenzionale, talvolta accolta in passato¹⁷, viene oggi rigettata a seguito di una recente pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite¹⁸. La ragione risiede essenzialmente nelle finalità perseguite dal divieto di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 di tutelare la dignità della madre surrogata e di proteggere il nato da una pratica che lo rende oggetto di un contratto, sottraendolo alle garanzie del

¹⁶ PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, pp. 189 ss.

¹⁷ Corte App. Trento, 23 febbraio 2017, in *www.ilcaso.it* e già Trib. Napoli, decr. 1 luglio 2011, in *Giur. merito*, 2011, p. 2695. *Contra* Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, 3, p. 1235 ss., con nota di BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*; in *Corr. giur.* 2015, 4, pp. 471 ss., con nota di RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*; in *Foro it.* 2014, I, c. 3414 ss., con nota di CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*

¹⁸ Cass. Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Giur. it.*, 2020, pp. 543 ss., con nota di VALONGO, *Gestazione per altri e ordine pubblico internazionale. La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*; in *Corr. giur.*, 2019, pp. 1198 ss., con note di WINKLER, *Le Sezioni unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto partenza?* e di GIUNCHEDI, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*; in *Fam. e dir.*, 2019, pp. 653 ss., con note critiche di DOGLIOTTI, *Le Sezioni unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, e di FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni unite dichiarano l'inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 737 ss., con nota adesiva di SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*.

procedimento di adozione¹⁹. La surroga – afferma la Corte costituzionale²⁰ – «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

Se quanto affermato sembra spingere a ritenere legittimo il rifiuto della trascrizione dell'atto di nascita straniero o della delibazione della pronuncia straniera, vi sono altri elementi che depongono, invece, per la soluzione opposta. Essi sono rinvenibili nel diritto alla continuità affettiva del minore con le figure genitoriali di riferimento, nel diritto all'identità personale e nel principio del preminente interesse del minore. Si aggiunga che, secondo la Corte costituzionale, «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia»²¹.

Due soluzioni opposte, insomma, si contendono il campo dominato dalla nozione di ordine pubblico internazionale quale limite al riconoscimento degli effetti di un provvedimento di un altro paese [artt. 16 e 64 lett. g) l. n. 218/1995]. Una nozione oramai chiarita dalla giurisprudenza di legittimità.

¹⁹ Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001, § 3.1, cit., con riguardo a un caso di surroga biologica di maternità effettuato in Ucraina da due coniugi italiani di cui nessuno è risultato legato geneticamente al nato, ha affermato che soltanto l'adozione può costituire legittimamente lo stato di figlio, stante il divieto della maternità surrogata. L'adozione è l'istituto «governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, cui l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato». Il divieto di surroga esclude che la filiazione possa fondarsi sul mero accordo delle parti. Questo argomento che lega strettamente la filiazione non genetica all'adozione non è decisivo perché non tiene conto, da un lato, del principio del preminente interesse del minore, dall'altro della rilevanza in diversi casi del legame genitoriale non genetico.

²⁰ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, § 4.2, in *Corr. giur.*, 2018, 4, pp. 446 ss., con nota di FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 4, pp. 540 ss., con nota di GORGONI, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis*; in *Giur. it.*, 2018, 8-9, pp. 1830 ss., con nota di FALLETTI, *Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato da surrogacy straniera*.

²¹ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corriere giur.* 2014, pp. 262 ss., con nota di FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale*; in *Fam. e dir.*, 2014, pp. 753 ss., con nota di CARBONE, *Sterilità di coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, legge n. 40 del 2004.

Secondo l'orientamento consolidato, soltanto i principi e i diritti fondamentali delimitano tale categoria. Così appare particolarmente difficile pronunciarsi a favore o contro la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero. Non fosse altro perché, fronteggiandosi principi e valori di rilievo costituzionale potenzialmente contrastanti, occorre bilanciare ed enucleare le ragioni a fondamento della prevalenza degli uni sugli altri.

Una cosa è certa: la tesi favorevole alla trascrivibilità dell'atto nascita straniero non si basa sul diritto di procreare, né su ragionamenti che tengano conto della posizione di chi abbia attuato all'estero un progetto di genitorialità. L'argomentazione si incentra, invece, tutta, sullo statuto giuridico del nato. Com'è stato rilevato in dottrina²², uno dei tratti identitari del diritto di famiglia è la centralità e la stabilità del legame genitoriale. Il matrimonio non influenza più la filiazione, essendo quest'ultima divenuta insensibile, sotto ogni profilo giuridico, al tipo di rapporto esistente tra i genitori (artt. 315, 74 e 258, comma 1, c.c.).

È sulla conservazione del rapporto genitoriale che si attua più spesso la tutela del minore e della famiglia. Un'esigenza, questa, di cui il legislatore ha mostrato consapevolezza; basti richiamare la disciplina già evocata sui limiti temporali all'accertamento della verità nelle azioni di stato (artt. 244, comma 4, e 263, comma 3 e 4, c.c.), la legge n. 173/2015 intitolata «*Sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare*»²³ e, più di recente, la legge n. 107/2020 che ha istituito una Commissione parlamentare di inchiesta al fine di valutare, tra l'altro, se in base alla legislazione vigente «sia effettivamente garantito il diritto del minore a crescere

²² SESTA, *Ultima lezione del corso di diritto di famiglia*, 23 aprile 2020, inviata da *Associazione Civilisti Italiani*, ha svolto molte delle riflessioni qui contenute nello scritto precedente intitolato «*Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*», in *Fam. dir.*, 2019, pp. 1049 ss.

²³ Questa legge è stata richiamata per rafforzare la tesi che ammette l'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d) l. n. 184/1983 disposta a favore della compagna della madre biologica. Da tale tipo di adozione consegue, nonostante qualche errata pronuncia in senso contrario, la titolarità e l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale (così Corte App. Napoli-Sez. minori, 4 luglio 2018, in *Banca dati-One legale*).

ed essere educato nella propria famiglia» e se l'allontanamento da questa costituisca «un rimedio residuale»²⁴.

Anche la giurisprudenza ha colto l'importanza di salvaguardare, in taluni casi, il rapporto di filiazione; si pensi alle pronunce sul genitore sociale²⁵, sulla trascrivibilità dell'atto di nascita, sia pur non da surroga biologica di maternità, da cui risultino due genitori dello stesso sesso²⁶, sulla riconoscibilità di provvedimenti stranieri che dispongono l'adozione piena a favore della coppia omosessuale o di uno dei membri di essa²⁷ e sulle azioni di stato in cui il principio del

²⁴ La legge 29 luglio 2020, n. 107 («Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività connesse alle comunità di tipo familiare che accolgono i minori. Disposizioni in materia di diritto del minore ad una famiglia») è stata occasionata dai supposti illeciti connessi ai fatti di Bibbiano.

²⁵ Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Corr. giur.* 2017, pp. 175 ss., con nota di DE MARZO, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice biologica*; in *Fam. dir.* 2017, pp. 305 ss., con nota di TOMMASEO, *La Corte costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*; Trib. Palermo, decr. 6 aprile 2015, in *Fam. dir.* 2016, pp. 40 ss., con nota di ARDIZZONE, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*.

²⁶ Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, pp. 181 ss., con nota di FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2017, pp. 362 ss., con nota di PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*. Il caso riguardava due donne ammesse in Spagna alla PMA. Il nato era legato biologicamente a entrambe, avendo l'una partorito, l'altra fornito gli ovuli. Cfr. anche Cass. civ. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Fam. dir.* 2018, pp. 5 ss., con nota di LONGO, *Le "due madri" e il rapporto biologico*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2107, pp. 1708 ss., con commento di PALMERI, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*. In questa vicenda, sebbene una delle due donne non fosse legata biologicamente al nato, il parto era avvenuto nell'ambito della coppia che aveva condiviso il progetto di genitorialità.

²⁷ Trib. Bologna, 8 maggio 2018, in www.articolo29.it, dichiara efficace nella Repubblica italiana un provvedimento dello Stato dell'Oregon (Usa) che aveva disposto l'adozione a favore della coniuge della madre della bambina e ordina l'annotazione di detto provvedimento nei Registri dello Stato civile del Comune di Bologna. Secondo il trib. sussistono tutti requisiti del riconoscimento di cui all'art. 64 l. n. 218/1995, compresa la non contrarietà all'ordine pubblico dell'adozione omosessuale, non contrastando, quest'ultima, con alcun principio fondamentale. Anzi, il principio europeo e internazionale del preminente interesse del

preminente interesse del minore, ad esse immanente, ne governa l'accoglimento o il rigetto rispetto al *favor veritatis*²⁸.

minore impone il riconoscimento del provvedimento straniero in parola, trattandosi di una famiglia formatasi da molti anni con riguardo alla quale non era mai stato rilevato alcun problema per la minore. Sulla base di tali circostanze si giustifica il provvedimento del giudice italiano conservativo dell'ambiente affettivo originario. Una diversificazione dello status dei membri della famiglia rispetto alla minore determinerebbe – stigmatizza il Trib. – «una destrutturazione identitaria, individuale e sociale, data dalla diversità di status americano e italiano», oltre a indurre i genitori a revocare la loro scelta di vivere in Italia (si consideri che la capacità genitoriale delle due madri era stata accertata nello Stato straniero dal giudice competente). Cfr. anche: Trib. min. Firenze, decr. 17 marzo 2017, in www.ilcaso.it, il quale, inquadrato il caso concreto nell'ambito dell'adozione internazionale da parte di cittadini italiani residenti all'estero, riconosce l'efficacia della sentenza emessa dalla *Family Court* del Regno Unito; Corte App. Milano, 5 ottobre 2016, in www.articolo29.it, il quale, ricondotta la fattispecie concreta all'adozione nazionale straniera (non già all'adozione internazionale), riconosce il provvedimento della *Surrogate's Court* dello Stato di New York che aveva disposto l'adozione (*adoption order*) a favore di una coppia di coniugi dello stesso sesso.

²⁸ Cfr.: Cass. civ., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Fam. dir.*, 2017, 10, pp. 845 ss., con nota di BUGETTI, *Favor veritatis, favor stabilitatis, favor minoris: disorientamenti applicativi*; Cass. civ., 15 febbraio 2017, n. 4020, in *Corr. giur.*, 2017, 4, pp. 450 ss., con nota di CARBONE, *Azione di disconoscimento della paternità: il favor veritatis prevale sul favor legitimitatis*; Cass. civ., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, tutte sulla competenza del giudice (e non del p.m.) a valutare l'interesse del minore all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità (art. 244, ult. co., c.c.); Cass. civ., 21 febbraio 2020, n. 4791, in *Fam. dir.*, 2020, pp. 346 ss., con nota di TOMMASEO, *Sulla tutela dell'interesse del figlio nei giudizi di stato: osservazioni in margine a un riconoscimento non veridico*, sull'art. 263 c.c.; Corte cost., n. 272/2017, cit.; Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 119 ss., con nota di DOGLIOTTI, *La filiazione interviene a metà sulla filiazione incestuosa*; Corte cost., 25 giugno 2020, n. 127, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non esclude la legittimazione a impugnare il riconoscimento in capo a colui che l'abbia compiuto nella consapevolezza della sua non veridicità, conferma che, nell'impugnazione del riconoscimento ai sensi dell'art. 263 c.c., il giudice deve bilanciare il concreto interesse del minore con il *favor veritatis* (si trattava di un caso cui era applicabile l'art. 263 c.c. nel testo precedente alla riforma del 2013 che prevedeva l'imprescrittibilità dell'azione anche per l'autore del riconoscimento).

3. (Segue) *Le Sezioni Unite della Cassazione e l'insostenibilità di un bilanciamento legislativo in danno del minore.*

Il passaggio a una nozione più ristretta di ordine pubblico internazionale ha dato uno slancio ulteriore alla «Lunga marcia della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea»²⁹, favorendone una maggiore effettività. A fronte di una questione di diritto internazionale privato, se il singolo Stato difende non già ogni scelta discrezionale del legislatore, ma soltanto i diritti e i principi costituzionali, compresi quelli contenuti nella CEDU e nella CDFUE se ne incrementa la loro applicazione e diffusione.

Certamente – ed è un punto decisivo – il tema della trascrivibilità/riconoscimento del provvedimento straniero coinvolge il principio del preminente interesse del minore - che emerge nello specifico dagli artt. 13, comma 3 e 33, commi 1 e 2, l. 218/1995 - e il diritto alla conservazione dello stato di figlio cui è correlato il diritto del all'identità personale. Vi è uno statuto giuridico del nato refrattario a un ragionamento astratto che deduca, *sic et simpliciter*, dal divieto di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 l'inammissibilità in ogni caso della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero. Piuttosto, com'è stato sottolineato in dottrina, l'ordine pubblico internazionale richiede un bilanciamento effettuato volta per volta³⁰, soprattutto quando è coinvolto un minore, dovendo la decisione perseguire

²⁹ VETTORI, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*, in *Pers. merc.*, 2007, 4, pp. 1 ss., nel constatare attraverso plurimi riferimenti alla Corte di Giustizia le potenzialità espresse dalla Carta di Nizza «nel delineare i tratti di un diritto privato europeo» (p. 9), rimarca, in definitiva, l'attitudine dei diritti fondamentali e dei principi a generare ulteriori diritti, con conseguente ampliamento delle situazioni giuridiche soggettive rilevanti. Questa capacità espansiva dell'ordinamento, propiziata dai diritti e dai principi fondamentali che entrano in contatto con la giuridicità del fatto, è essenziale nel tempo presente per evitare fratture tra «norma e realtà» (qui è ripreso il pensiero di Luigi Mengoni). Cfr. anche CAMARDI, *Diritti fondamentali e «status» della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, I, pp. 7 ss.

³⁰ G. PERLINGIERI e ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 47, sottolinea il carattere relativo del limite dell'ordine pubblico, essendo «necessario non valutare astrattamente la disposizione straniera, ma prendere in considerazione quelli che sono gli effetti della stessa nel caso concreto e l'incidenza che l'applicazione di tale legge

il suo (concreto) preminente interesse, il che evoca anche il principio di ragionevolezza.

Si ricordava sopra che l'ordine pubblico internazionale è costituito, secondo la Cassazione³¹, dai «*principi fondamentali* caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico», desumibili dalla Costituzione, dalle fonti sovranazionali e dai «*diritti fondamentali dell'uomo* comuni ai diversi ordinamenti». Le Sezioni Unite della Cassazione hanno aggiunto la necessità di considerare come quei principi «si siano incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti», sulla base dell'«interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel *diritto vivente* dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»³².

Queste parole evocano l'interazione tra diritti e principi fondamentali con la disciplina ordinaria, la quale, tramite l'interpretazione giurisdizionale, si consolida come diritto vivente.

Se quest'orientamento è condivisibile, altrettanto non può dirsi quanto all'impostazione delle Sezioni unite sulla surroga biologica di maternità all'estero. Non convince l'aver cristallizzato il diritto vivente cui si è legata una soluzione – la non trascrivibilità – potenzialmente contraria al preminente interesse del minore. Le Sezioni Unite, rappresentando soggetti astratti da tutelare³³ – *id est*: la madre surrogata e il minore nel procedimento adottivo – hanno capovolto la scala dei valori, al cui vertice sta non già un valore astratto, ma il preminente interesse di un minore in carne ed ossa.

abbia sui principi identificativi del sistema giuridico nazionale». Da tale impostazione deriva una significativa valorizzazione del fatto, così espressa dall'Autore: «Ben può accadere che una disposizione astrattamente contraria all'ordine pubblico trovi applicazione ora perché in concreto non lesiva di alcun principio fondamentale, ora perché, pur se contraria a un principio fondamentale, la sua non applicazione comporterebbe, in via di ragionevole bilanciamento, la lesione di un altro principio fondamentale ancor più significativo o in concreto prioritario».

³¹ Cass. civ., n. 19599/2016, cit.

³² Cass. Sez. un., n. 12193/2019, cit.

³³ Cass. Sez. un., n. 12193/2019, cit.

Oltretutto, sempre le Sezioni Unite non si sono avvedute che, invocando un bilanciamento legislativo prestabilito, hanno compiuto esse stesse un'operazione ermeneutica³⁴, giungendo alla conclusione di doversi preferire la tutela della madre surrogata straniera e del minore, astrattamente considerati, rispetto alla tutela del nato. Il che, come si diceva, non è conforme al diritto, anche perché viola il principio di ragionevolezza, avendo poco senso negare lo stato di figlio e al contempo ammettere l'adozione in casi particolari.

Si potrebbe replicare che le Sezioni Unite abbiano ragione, poiché, da un lato, non si può collocare lo *status filiationis* su un piano meramente potestativo, dall'altro, il divieto legislativo di maternità surrogata presidia valori fondamentali della filiazione quali l'inscindibilità tra gravidanza e maternità [(art. 269, comma 3, c.c.), salvo l'adozione] e la primazia della tutela del nascituro. Il quale diverrebbe, altrimenti, oggetto di un accordo antiggiuridico poiché contrario al principio della genitorialità naturale³⁵ e foriero di sfruttamento e di commercio.

³⁴ G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 2, rileva come costituisca «attività di bilanciamento, non prevista dal legislatore ma compiuta dall'interprete nel momento applicativo, tanto decidere se e come coniugare due norme distinte – come il divieto di maternità surrogata ex art. 12, comma 6, l. 40 del 2004 e l'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 2, lett. d), l. n. 184 del 1983 – tanto comprendere la portata di una norma e il suo grado di inderogabilità e operatività, in particolare se in concorso con altre norme, quanto analizzare se un rimedio, come l'adozione ex art. 44, comma 2, lett. d), cit., sia o non idoneo a soddisfare gli interessi e i valori normativi coinvolti». L'Autore sostiene che, nel momento applicativo, «sfumi la distinzione, apparentemente inconfutabile, tra bilanciamento del giudice e bilanciamento del legislatore». Sulla stessa linea si pone FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 831, il quale nega che, in presenza di una disposizione di legge specifica, non sia possibile effettuare un «nuovo e diverso bilanciamento tra principi rilevanti»; questo è invece giustificato dall'inadeguatezza funzionale di tale disposizione, la quale, proprio in ragione di ciò, non può considerarsi disapplicata.

³⁵ BILOTTI, *Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della c.d. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata*, in *Nuovo dir. civ. passim*, incentra il suo fine ragionamento sulla finalità del principio della genitorialità naturale, consistente nella salvaguardia della dignità del nascere, i cui strumenti attuativi si colgono, tra l'altro, nei limiti oggettivi

Questi rilievi, seppur significativi, non appaiono tali da giustificare la soluzione delle Sezioni Unite, giacché incapaci di cogliere la dimensione dell'effettività del preminente interesse del minore. Piuttosto – è bene sottolinearlo – il giudice non deve applicare una disposizione di legge se questa, nel suo tenore letterale, confligga con un principio costituzionale, qual è quello della centralità dell'interesse del minore. Ove ciò accada o vi è la possibilità di effettuare un'interpretazione costituzionalmente orientata, funzionale alla ricostruzione della regola conforme al principio, oppure andrà sollevata questione di legittimità costituzionale.

La chiave di volta sta, insomma, nel principio del preminente interesse del minore, talvolta sottovalutato dalla giurisprudenza e da una parte della dottrina, forse per quel timore di trarre da esso posizioni soggettive azionabili o di determinare un conflitto con altri principi fondamentali dell'ordinamento³⁶. In verità il principio in parola, da un lato è qualificato come preminente/superiore, dall'altro, va coordinato con il dato positivo espresso dal diritto alla conservazione dello stato di figlio, dall'identità personale e, più in generale, dal fondamento della Repubblica «solidaristico-personalistico del pieno e integrale sviluppo della persona umana» (art. 3 Cost.)³⁷.

e soggettivi alla PMA. Questo principio attuerebbe, nella prospettiva dell'A., l'interesse del minore attraverso l'impedimento di ulteriori – rispetto a quelle legali – figure di genitorialità puramente volontarie.

³⁶ Su questo punto del conflitto tra principi cfr. le ampie e convincenti riflessioni di G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 840 ss. e di MONTINARO, *Identità culturale e diritti della persona nelle relazioni familiari: la clausola generale dell'ordine pubblico internazionale ed il ruolo del giudice*, in *Jus*, 2020, 1, pp. 22-27. Quest'ultima Autrice considera il principio monogamico recessivo rispetto al principio del preminente interesse del minore nella questione del ricongiungimento con i figli (ad es. nati da mogli diverse); ugualmente rispetto all'interesse pubblico al contenimento dell'immigrazione nei casi dei ricongiungimenti familiari giustificati dalla *kafalah*. Per ulteriori approfondimenti cfr. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016.

³⁷ SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 415, nell'indicare le diverse funzioni svolte dal principio del preminente interesse del minore, fa presente che «se in alcuni casi esso è servito ad una più puntuale specificazione o addirittura al rafforzamento di tutele già normativamente previste, in altri casi è stato invece utilizzato a fini integrativi o più

Il principio, in generale, non incontra limiti ontologici; l'arbitrio sta nella semplificazione argomentativa, da evitare attraverso la tessitura di una solida trama giuridica.

Vedremo che, sebbene gli Autori si siano divisi rispetto alla sentenza della Cassazione a Sezioni unite sulla surroga di maternità³⁸,

propriamente correttivi per *mitigare la rigidità del principio di legalità* o anche a volte per giustificare la disapplicazione, giungendo in molti altri 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'adeguata tutela» (corsivo mio). Condivisibili sono le pagine in cui Scalisi, pur ammonendo contro la tirannia del principio *de quo*, sostiene come esso dia luogo a un «bilanciamento ineguale» nel senso di un rapporto con altri interessi «quanto più possibile di preferenzialità» (p. 433). Nella visione dell'illustre giurista, l'applicazione del principio non ha, ontologicamente, limiti applicativi precostituiti. In questo senso sembra essere anche il pensiero di ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., p. 53. Significativo è l'esempio della sottrazione internazionale del minore, il cui superiore interesse del minore induce il giudice a tenere ferma la condotta del sottrattore, al fine di conservare la situazione esistenziale stabile e soddisfacente del minore stesso, trasferito illegittimamente in un altro paese. Il principio, in definitiva, aiuta a costruire la regola in un contesto di fonti in cui, quasi mai, si riscontra la sua autoreferenzialità. Sebbene Scalisi non escluda che, qualora sia necessario, possa essere il solo principio a giustificare la rilevanza giuridica di una certa situazione in cui si trovi il minore.

³⁸ Condividono la pronuncia della Cassazione a Sezioni unite n. 12193/2019, cit.: SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, cit., p. 740, sebbene l'Autore ravvisi, acutamente, una carenza di motivazione delle Sezioni unite nell'aver accomunato alla surroga biologica di maternità a titolo oneroso quella a titolo gratuito; TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in questa *Rivista*, 2020, 1, pp. 37 ss., svolge un lucido ragionamento sulla nozione di ordine pubblico accolta dalla più recente giurisprudenza, la quale comprende anche quelle disposizioni attuative di principi costituzionali secondo una valutazione discrezionale del legislatore, non sostituibile da parte del giudice. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà*, cit., pp. 953 ss., aveva già elaborato la tesi accolta dalle Sezioni Unite. *Contra* FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero all'estero: le Sezioni unite dichiarano l'inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., p. 682, secondo la quale attuare il preminente interesse del minore è proprio ciò che chiede il legislatore, poiché tale interesse concorre «alla formazione del principio di ordine pubblico ed a costituire un valore che è parte integrante dell'ordine giuridico

la soluzione più convincente appare essere quella favorevole al riconoscimento dello stato di figlio rispetto al genitore intenzionale.

4. (*Segue*) *Il parere consultivo della Corte EDU-Grande Camera e la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, l. n. 40/2004, 18 d.P.R. n. 396/2000 e 64, comma 1, lett. g) l. n. 218/1995.*

La Corte europea dei diritti dell'uomo, garante dell'effettività dei diritti e delle libertà previsti dalla Cedu (artt. 13 e 19 Cedu), ha sempre valorizzato il principio del preminente interesse del minore. Significative sono quelle pronunce sugli «obblighi positivi» nascenti dall'art. 8 Cedu e posti in capo allo Stato al fine di assicurare un'attuazione effettiva dei diritti ivi previsti, qual è quello al rispetto della vita familiare. Essi implicano l'adozione di misure idonee ora a riunire il genitore con il figlio, ora a salvaguardare il rapporto con i nonni o a conservare lo stato di figlio³⁹.

Questa tensione verso il diritto in atto, che postula la «verità giuridica del fatto (effettività)»⁴⁰, pervade la questione che stiamo trattando, come si evince dal parere consultivo (*advisory opinion*) reso

italiano». Seguendo questo ragionamento, se la regola del caso concreto va costruita in applicazione del principio, non può ritenersi che il bilanciamento sia stato già compiuto dalla legge.

³⁹ Sugli obblighi positivi, in base ai quali lo Stato, per evitare condanne per violazione della Cedu, deve dimostrare di aver assunto «*tangible measures*» e rapide, cfr. tra le tante: Corte eur. dir. uomo, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*, ric. n. 33773/11; Corte eur. dir. uomo, 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*, ric. n. 9056/14 (entrambe sull'adozione); Corte eur. dir. uomo, 3 gennaio 2009, *Todo-rova c. Italia*, ric. n. 33931/06 (su adozione e vita familiare in progetto); Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 2017, *Solarino c. Italia*, ric. n. 76171/13, e Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2015, *Manuello e Nervi c. Italia*, ric. n. 107/10, entrambe su supposti abusi sessuali e diritto al rispetto della vita familiare rispettivamente con padre e con i nonni. Tutte in *www.echr.coe.int*.

⁴⁰ VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività: chi e come*, cit., pp. 195 ss., chiarisce come l'effettività non consenta la trasformazione del fatto in diritto, poiché essa non incida sull'*an* della situazione giuridica soggettiva ma «sulle modalità di applicazione della protezione» (p. 196). In altri termini, stabilita la giuridicità del fatto, attività cui concorrono il potere legislativo e giudiziario, occorre stabilire quale protezione riservare alla situazione giuridica; ed è qui che l'effetti-

dalla Corte EDU-Grande Camera il 10.04.2019 in forza del Protocollo 16 annesso alla Cedu e richiesto dall'Adunanza Plenaria della Cassazione francese.

Tale parere ha favorito una recente ordinanza della Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, l. n. 40/2004 («*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*»), 18 d.P.R. n. 396/2000 («*Ordinamento della stato civile*») e 64, comma 1, lett. g), l. n. 218/1995 («*Diritto internazionale privato*») nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione divenuta diritto vivente, di deliberare un provvedimento straniero che abbia ordinato l'integrazione dell'atto di nascita nei riguardi del «genitore intenzionale» (non genetico)⁴¹.

La Cassazione ha così riaperto una questione che sembrava chiusa con la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite di cui diceva sopra. Se, da un lato, le Sezioni unite hanno escluso, in ogni caso, la possibilità di deliberare il provvedimento straniero nel caso *de quo*, dall'altro, il parere consultivo della Corte EDU ha avversato soluzioni assolute che, in quanto tali, taglino fuori la valutazione volta per volta del preminente interesse del minore. Secondo la Corte EDU-Grande Camera vi possono essere casi in cui la trascrizione dell'atto nascita

vità gioca un ruolo. Secondo l'Autore: «se la protezione non è adeguata andrà ricondotta a uno standard costituzionale interno o comunitario attraverso un'interpretazione integrativa, legittimata da una fonte costituzionale. Ed è chiaro che in questi limiti, il principio di effettività non riduce il diritto al fatto, ma attribuisce valore al fatto in virtù di norme di sistema [come – aggiungerei – il principio del preminente interesse del minore] che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere» (cfr. *amplius* ID. *Effettività delle tutele, (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, *Ann. X*, Milano, 2017, pp. 381 ss.). In definitiva, secondo questa impostazione, quanto più la tutela è effettiva tanto maggiore sarà il valore riconosciuto al fatto (si pensi alla giurisprudenza sopra citata della Corte EDU sugli obblighi positivi). Ora, rispetto alla nostra questione, queste parole richiamano il principio del preminente interesse del minore, standard costituzionale cui rapportare la tutela.

⁴¹ Cass. civ., ord. 29 aprile 2020, n. 8325, in *Fam. e dir.*, 2020, pp. 675 ss., con nota adesiva di FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale*, ed *ivi* con nota critica di RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte di Cassazione in materia di maternità surrogata*.

straniero deve essere preferita ad altre soluzioni, le quali, nello specifico, appaiano meno protettive o addirittura pregiudizievoli per il minore.

Le Sezioni unite hanno, invece, privato il giudice di ogni discrezionalità perché, a loro dire, il valore della dignità della madre surrogata e la necessità di non aggirare la normativa sull'adozione imporrebbero di non riconoscere lo stato di figlio nei confronti del genitore non genetico. Il quale potrebbe semmai ricorrere – sempre secondo le Sezioni Unite – all'adozione in casi particolari (art. 44, legge n. 184/1983). Invero quest'apertura al recupero della relazione filiale è stata imposta dal diritto europeo. Basti ricordare che la Corte EDU ha sostenuto come la generale e assoluta impossibilità di ottenere il riconoscimento della relazione tra il nato da surroga di maternità effettuata all'estero e la «madre d'intenzione» è incompatibile con il prevalente interesse del minore «*which require at a minimum that each situation be examined in the light of the particular circumstances of the case*»⁴².

Ciononostante, la soluzione di compromesso delle Sezioni Unite appare inadeguata perché rigida, oltre a non tener conto, come si vedrà diffusamente, delle specificità della disciplina dell'adozione in casi particolari. Non si può, infatti, ignorare né sottovalutare che il nato da *surrogacy arrangement abroad* si trova in una posizione di vulnerabilità sotto diversi profili, messi ben in rilievo dal parere consultivo⁴³, che rendono inefficiente e pericolosa l'attesa dell'adozione. La quale, affinché sia un mezzo rispettoso dell'art. 8 Cedu,

⁴² Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, ric n. 65192/11, *Menesson v. France*, e Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, *Labassee v. France*, entrambe in www.echr.coe.int.

⁴³ Si legge al § 40 del parere consultivo della Corte eur. dir. Uomo (Grande Camera), 10 aprile 2019, cit., che il mancato riconoscimento dello stato di figlio con la «*intended mother*» pone il figlio stesso in uno stato di incertezza giuridica con riguardo alla sua identità nella società, in particolare: «*there is a risk that such children will be denied the access to their intended mother's nationality which the legal parent-child relationship guarantees*»; *it may be more difficult for them to remain in their intended mother's country of residence* [n.d.r. rischio che scompare quando l'altro genitore, cui si è legati geneticamente, abbia la nazionalità del paese della madre intenzionale non genetica]; *their right to inherit under the intended mother's estate may be impaired; their continued relationship with her is placed*

deve garantire due condizioni: 1) rapidità della decisione giudiziale, tale da escludere che si apra per il minore un lungo periodo di incertezza sullo *status filiationis*; 2) effettività della relazione concretizzata con il genitore intenzionale, secondo un accertamento delle Autorità nazionali in conformità al preminente interesse del minore.

Ora poiché al giudice italiano, secondo quanto affermato dalle Sezioni unite, è preclusa la valutazione in ordine alla soluzione preferibile nel caso concreto – trascrizione dell’atto di nascita o adozione – la Cassazione, con l’ordinanza sopra ricordata, ha sollevato questione di legittimità costituzionale di quelle disposizioni che, secondo l’interpretazione da avversare, imporrebbero di non trascrivere l’atto di nascita e di non riconoscere il provvedimento straniero che individui come genitore quello intenzionale.

5. (*Segue*) *Profili di incostituzionalità dell’interpretazione delle Sezioni unite come diritto vivente.*

Secondo la Cassazione⁴⁴ due sono i profili del diritto vivente, sottolineati dalle Sezioni unite, che confliggono con la Costituzione: 1) l’attribuzione al divieto di maternità surrogata della qualifica «di principio di ordine pubblico internazionale prevalente *a priori* sull’interesse del minore per effetto di una scelta compiuta dal legislatore italiano in via generale e astratta dalla valutazione del singolo caso concreto»; 2) considerare sempre corrispondente all’interesse del minore il mancato riconoscimento da parte dello Stato italiano dello *status* di figlio legittimamente acquisito all’estero, quando invece ciò deve costituire esito eccezionale, frutto di una rigorosa valutazione giudiziale del caso concreto.

L’impostazione delle Sezioni unite⁴⁵ determina la violazione dei principi di *uguaglianza* e di *non discriminazione* in relazione alla

at risk if the intended parentes separate or the intended father dies; and they have non protection should their intended mother refuse to take care of them or cease doing so».

⁴⁴ Cass. civ., ord. n. 8325/2020, cit.

⁴⁵ Com’è noto, l’interpretazione della Cassazione a Sezioni Unite avrebbe potuto essere avversata dalla Cassazione a sezioni semplici soltanto in forza di quanto prevede l’art. 374, comma 3, c.p.c. Ma secondo Cass., ord. n. 8325/2020, cit., la procedura prevista da quest’articolo di rimettere nuovamente alle Sezioni

nascita (artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.), di *ragionevolezza* (art. 3 Cost.) e la lesione di diritti inviolabili del minore.

Sotto il profilo dell'uguaglianza, la *regula juris* che vieta in assoluto la trascrizione dell'atto di nascita discrimina il nato da surroga di maternità sulla base di un dato – le circostanze della procreazione – che sfugge inevitabilmente al suo controllo. Questo esito non è ammissibile secondo la giurisprudenza che sottolinea come la condotta dei genitori in ordine alla nascita non sia di per sé sola determinante ai fini dell'attribuzione/eliminazione dello stato di figlio. Si pensi a quelle pronunce della Corte costituzionale che hanno eliminato l'effetto *ex lege* della decadenza dalla potestà – ora responsabilità – genitoriale in conseguenza dei reati di alterazione o di soppressione dello stato⁴⁶; o a quella sentenza sull'incostituzionalità dell'art. 278 c.c. (modificato poi dal d. lgs. n. 154/2013) che impediva le indagini sulla maternità/paternità in caso di incesto⁴⁷ o, ancora, alle pronunce sulla genitorialità omosessuale, circostanza, questa, ritenuta non ostativa al riconoscimento dello stato di figlio nei confronti di entrambi i genitori⁴⁸.

Vi è anche in ambito legislativo un esempio significativo della preminenza dell'interesse del nato rispetto alla condotta illecita dei genitori: l'art. 251 c.c. consente a questi ultimi, sebbene in mala fede, di riconoscere, a certe condizioni, il figlio “incestuoso”.

unite la questione della trascrivibilità dell'atto di nascita non era obbligata. L'alternativa tra uniformare la propria decisione al principio di diritto affermato dalle Sezioni unite o rimettere a quest'ultima la problematica, sollecitando un nuovo pronunciamento, è, per la Cassazione, superata da una terza possibilità: porre la questione di legittimità costituzionale di quelle disposizioni di legge che, secondo l'interpretazione delle Sezioni unite, confliggono con la Costituzione e con la normativa sovranazionale (art. 117, comma 1 Cost. in relazione all'art. 8 Cedu, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9, 10 e 18 Convenzione di New York del 20.11.1989 e all'art. 24 CDFUE). Del resto, non era possibile effettuare un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa di riferimento se non contraddicendo il *decisum* delle Sezioni Unite; ciò che è precluso dall'art. 374, comma 3, c.p.c.

⁴⁶ Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31 e Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, entrambe in *Banca dati-Leggi d'Italia*.

⁴⁷ Corte cost., n. 494/2002, cit.

⁴⁸ Cass. civ., n. 19599/2016, cit. e Cass., n. 14878/2017, cit. In entrambi i casi si trattava di una coppia di donne che avevano avuto accesso alla PMA rispettivamente in Spagna e in Inghilterra.

Emerge, inoltre, come si diceva, anche un profilo d'irragionevolezza della normativa censurata. Se alla base del divieto di trascrizione vi è il disvalore della surroga di maternità, è contraddittorio consentire la trascrizione dell'atto di nascita con la sola menzione del padre biologico, valorizzando così proprio l'autore della condotta contraria ai valori tutelati dall'ordinamento italiano.

Questa logica sanzionatoria, insita nel non riconoscere lo stato di figlio, incurante degli effetti negativi sul nato, contrasta con quella linea legislativa e giurisprudenziale che ha posto al centro della valutazione giudiziale il reale interesse del minore, ben oltre la – o se si vuole su un piano parallelo rispetto alla – violazione da parte dei genitori di una disposizione di legge. Ed è qui che le Sezioni unite hanno travisato l'ordinamento: nel ritenere che la pretesa sanzionatoria dello Stato, pur ammantata dalla dignità di soggetti astratti, potesse prevalere sui diritti e sull'interesse del bambino che vive in una determinata famiglia.

Insomma, l'intento sanzionatorio del legislatore⁴⁹ non deve e non può prevalere sulla tutela del minore, non solo per ragioni antidiscriminatorie e per evitare ricadute ingiuste su chi non ha colpe, ma anche per non violare il principio di ragionevolezza e il diritto alla «vita privata e familiare» sancito dall'art. 8 Cedu. Un'endiadi, quest'ultima, interpretata dalla Corte EDU nel senso di legare l'esistenza della famiglia non soltanto al coniugio e alla parentela, ma anche alla relazione affettiva stabile e duratura. Non fosse altro perché un rapporto di tipo genitoriale con tali caratteri (stabilità, affettività, assunzione di responsabilità) coinvolge l'identità e la dignità dell'individuo; di conseguenza il mancato riconoscimento da parte dello Stato finisce per svilire la persona.

⁴⁹ Cass. civ., n. 8325/2020, cit., sintetizza un processo evolutivo non adeguatamente valorizzato dalla Cass., Sez. un., n. 12193/2019, cit.: «in materia di status il legislatore e la giurisprudenza hanno definitivamente abbandonato ogni logica sanzionatoria; invero, se la tutela dei diritti del bambino costituisce fine primario dell'ordinamento, allora essa non può essere sacrificata per condannare il comportamento dei genitori. Il fatto che la nascita sia dovuta ad una condotta degli adulti riprovata dall'ordinamento anche con il ricorso a sanzioni penali (l'adulterio, lo stupro, l'incesto ...), non impedisce più di costituire legalmente lo stato di figlio». Occorre, quindi, distinguere il piano della tutela del figlio da quello in cui il legislatore persegua un interesse di rilevanza pubblica.

Così la Cassazione ha giustamente rimarcato come si sia «sempre più chiaramente affermata una *valorizzazione dei legami familiari secondo principi di uguaglianza e di bigenitorialità* affinché i minori possano fruire pienamente della relazione genitoriale e i genitori possano entrambi partecipare a pieno titolo alla cura e alla educazione dei figli e ad adottare congiuntamente le decisioni più importanti che li riguardano»⁵⁰. E i genitori sono, per costante giurisprudenza della Corte Edu, anche quelli nei cui confronti si sia «concretizzato»⁵¹ quel tipo di legame significativo di cui si diceva.

Il momento costitutivo della genitorialità, basato sull'assunzione della responsabilità, assume un'indiscussa rilevanza giuridica e produce l'effetto di rendere irreversibile – lo afferma la Corte EDU, Grande Camera – «il diritto del minore al pieno riconoscimento del suo *status filiationis*». Ne consegue che se sulla scelta delle modalità di riconoscimento vi è un ampio margine di discrezionalità dello Stato, quanto al suo contenuto il potere statale è, invece, estremamente limitato dalla necessità di garantire una soluzione effettiva e tempestiva, al fine di «non protrarre la situazione di vulnerabilità del minore come conseguenza del mancato riconoscimento immediato»⁵².

Come si vedrà meglio in seguito, il disaccordo con quella dottrina che contrasta la genitorialità volontaria non si fonda sul disconoscimento del principio della genitorialità naturale, né sulla diversità di opinione a proposito della finalità della procreazione eterologa strettamente legata all'incapacità di procreare e neppure sulle ragioni alla

⁵⁰ Cass. civ., n. 8325/2020, cit.

⁵¹ Corte eur. dir. uomo (Grande Camera), 10 aprile 2019 (parere consultivo), cit., afferma al § 52 che quando la relazione con il genitore d'intenzione è diventata una realtà concreta, essa deve essere riconosciuta rapidamente ed efficacemente: «*What the child's best interests – which must be assessed primarily in concreto rather than in abstracto – require is for recognition of that relationship, legally established abroad, to be possible at the latest when it has become a practical reality*». Cfr. anche il § 54 in cui si afferma che la concretizzazione della relazione tra il genitore d'intenzione e il nato da surroga di maternità esige un rapido ed effettivo riconoscimento da parte dello Stato, cosicché «*the child is not kept for a lengthy period in a position of legal uncertainty as regards the relationship*».

⁵² Cass. civ., n. 8325/2020, cit.

base dei limiti soggettivi di accesso alla PMA⁵³. È solo che – così sembra a chi scrive – questi argomenti appaiono più stringenti per impedire la nascita in certi casi prefigurati dal legislatore e non per negare lo stato di figlio a chi è già nato in violazione dei divieti posti dalla legge n. 40/2004. Ove ciò accada, come nella surroga biologica di maternità o in altre fattispecie che esamineremo, il principio del preminente interesse del minore non può ritenersi contemplato né cristallizzato nel principio della genitorialità naturale, ma va ricostruito in concreto, attingendo dalle linee di politica del diritto espresse dalla disciplina della filiazione come interpretata dalle giurisdizioni superiori. In tal modo emerge come l'ordinamento abbia valorizzato anche il fondamento non genetico della filiazione.

6. *(Segue) Interesse pubblico e diritti fondamentali del minore: la prevalenza di questi ultimi.*

La necessità di non adottare soluzioni che mettano in pericolo il minore è stretta tra l'interesse pubblico perseguito dal legislatore e i diritti fondamentali del minore. Soccorre il diverso rilievo gerarchico delle posizioni coinvolte, dipendente non solo dal grado delle fonti, ma anche dal maggior rilievo che, all'interno della stessa fonte, si attribuisca a un valore o a principio piuttosto che a un altro. Sotto quest'ultimo profilo è proprio l'interesse del minore che, nell'interazione con i principi di ragionevolezza e di uguaglianza, si colloca, nella fattispecie concreta, su un gradino superiore rispetto alla dignità della madre surrogata e alla supposta esigenza di ricorrere all'adozione per scindere la genitorialità dal legame genetico.

La trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità va ammessa non tanto perché l'interesse del minore è qualificato superiore dalle fonti del diritto (ciò che pure ha un rilievo di diritto positivo), ma in ragione di un bilanciamento, effettuato dall'interprete,

⁵³ Su tutti questi profili è ineccepibile il discorso di BILOTTI, *Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della c.d. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata*, cit., §§. 2-3. Egli ravvisa una posizione di centralità sistematica della genitorialità naturale, intesa quale conseguenza dell'unione sessuale tra un uomo e una donna ed afferma altresì che l'adozione e la procreazione eterologa si pongono quali eccezioni a tale tipo di genitorialità, non essendo perciò idonee a fondare una genitorialità volontaria.

che sappia valutare il caso concreto alla luce dei diritti e dei principi di riferimento. Su quest'aspetto ha insistito il parere consultivo della Corte Edu-Grande Camera, qui più volte evocato. E si intuisce il perché: solo sapendosi accostare al fatto⁵⁴ nella sua dialettica con le fonti del diritto si trova un diritto più giusto.

La Cassazione a Sezioni unite, invece, allontanandosi dal fatto si è discostata dal diritto. Aver prediletto l'interesse pubblico sotteso al divieto di surroga biologica di maternità ha determinato una violazione del principio di ragionevolezza, non fosse altro perché dal mancato riconoscimento dello stato di figlio nei confronti del genitore di intenzione non deriva alcuna reale tutela per la madre surrogata. La quale, secondo le leggi del suo paese, non ha alcun diritto sul nato; inoltre ella, avendo accettato la surroga per spirito solidaristico, magari ritiene esaltata la propria dimensione etica⁵⁵.

Direi di più: la prevalenza della dignità della donna non si giustificerebbe neppure se la surroga fosse avvenuta, secondo la legge dello Stato estero, a titolo oneroso. Apparirebbe infatti comunque sproporzionata e irragionevole una soluzione che, a tutela di un valore astratto, pregiudicasse il nato disconoscendo lo stato di figlio; quel nato che vive come naturale tratto della sua identità il rapporto di tipo genitoriale con il genitore non genetico.

Si obietterà che così si favorisce l'aggiramento della normativa interna e la violazione del principio di uguaglianza, poiché solo le coppie benestanti saranno in grado di recarsi in un altro Paese per

⁵⁴ PERLINGIERI, *Una lezione agli studenti della «Federico» II. Il «diritto privato» nell'unità del sistema ordinamentale*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 415, intitola un paragrafo «La giuridicità della fattualità» e afferma come sia l'assiologia («come insieme di valori») a richiedere «una valutazione ragionevole delle norme unitariamente ai fatti». Ancora PERLINGIERI, *Sull'insegnamento del «diritto privato» nelle «Facoltà giuridiche»*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 364, parla di integrazione dell'ordinamento «dovuta alla salutare contaminazione con la fattualità». Cfr. anche PROSPERI, *Presentazione*, in *La genesi della sentenza* (di P. Rescigno e S. Patti), Bologna, 2016, pp. 7 ss. e *ivi* PATTI, *La «costruzione del fatto nel processo»*, pp. 33 ss.

⁵⁵ Questo argomento, fatto proprio da Cass. civ., n. 8325/2020, cit., era già stato prospettato in dottrina; cfr. GORGONI, *Vita familiare e conservazione dello stato di figlio: a proposito delle Sezioni unite sulla non trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità all'estero*, in *Persona e mercato*, 2019, p. 157.

diventare genitori. In verità siffatto rilievo si stempera a fronte sia del diritto alla conservazione dello stato di figlio, cui si correlano il diritto al rispetto della vita familiare e il diritto all'identità personale, sia dei principi di ragionevolezza e del preminente interesse del minore⁵⁶.

Non è pregnante neppure l'argomento incentrato sull'adozione quale unica causa che possa giustificare la scissione tra genitorialità e legame genetico. L'adozione è funzionale non già ad attuare un progetto di genitorialità, ma a reperire una famiglia al minore in stato di abbandono (art. 8 l. n. 184/1983) o a dare rilievo al rapporto affettivo e di cura esistente con un adulto (art. 44 l. n. 184/1983). Nella surroga biologica di maternità, invece, non vi è la condizione dello stato di abbandono, né vi è la necessità di attribuire lo *status filiationis* mediante l'adozione in casi particolari, sussistendo già tale *status* in applicazione della legge di un altro Paese.

Il problema è se si possa riconoscere o no la filiazione e non se vi siano i presupposti per un'adozione da parte di chi genitore lo è già. Allora la questione sulla quale concentrarsi è quella del fondamento della filiazione: se sia solo la procreazione o anche l'assunzione di responsabilità. Da questo punto di vista deve oramai ammettersi che anche l'assunzione dei doveri genitoriali possa giustificare lo stato di figlio, com'è dimostrato da diverse disposizioni di legge, interne e sovranazionali, di cui si è già detto. Si consideri che nella PMA la

⁵⁶ VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, 1, p. 8, insiste sulla necessità di una tutela effettiva dei diritti fondamentali in forza degli artt. 2 e 24 Cost., i quali impongono la ricerca del rimedio più adeguato alla protezione dell'interesse leso, ostacolano «interpretazioni formalistiche e consentono, come strumento ermeneutico, forme di integrazione e correzione delle norme privatistiche».

nascita origina sempre dall'assunzione di responsabilità⁵⁷. Perspicuo è anche il richiamo della giurisprudenza sul genitore sociale⁵⁸.

Così, di recente, la Cassazione ha ribadito, in coerenza con il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, che non è principio generale dell'ordinamento giuridico l'essere lo stato di filiazione «esclusivamente legato al contributo biologico del genitore al concepimento e alla nascita del figlio»⁵⁹.

Insomma, posto che vi è il principio del preminente interesse del minore, che la conservazione dello stato di figlio è funzionale a preservare l'identità del nato, che il fondamento della filiazione promana anche dall'assunzione della responsabilità, non vi è alcuna frattura ordinamentale ove si ammetta il riconoscimento dello stato di figlio nei confronti del genitore d'intenzione (non genetico). Non c'è perché, come ha sintetizzato la Cassazione, «dinanzi a valori fondamentali dell'individuo, l'interesse pubblico (anche se assistito da una sanzione penale) pass[a] necessariamente in secondo piano, [in

⁵⁷ Corte App. Napoli, Sez. minori, 4 luglio 2018, cit., § 5, sottolinea come vi sia una tripartizione della genitorialità: da procreazione naturale, da procreazione medicalmente assistita e da adozione legale. La disciplina di ciascuna di queste non può che essere diversa, perché distinti sono i fatti alla base della nascita. Si legge nella pronuncia citata che «l'elemento volontaristico/consensuale è assolutamente prevalente, ai fini della determinazione della filiazione da p.m.a., omologa o eterologa che sia, rispetto al mero dato della derivazione genetico-biologica, al limite anche gestazionale, che può anche mancare; tanto, beninteso, anche con riferimento all'acquisizione degli *status*. Dalla causalità/derivazione biologica, alla base della procreazione naturale, si passa qui a una causalità umana; se si preferisce, nella p.m.a. la genitorialità (di converso, la filiazione) si fonda sulla verità, ma non su quella biologica: la verità è qui data dal consapevole consenso della coppia richiedente, quanto all'assunzione del ruolo genitoriale».

⁵⁸ Trib. Palermo, decr. 6 aprile 2015 e Trib. Como, 13 marzo 2019, entrambe in *www.ilcaso.it*. Cfr. anche Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Corriere giur.*, 2017, pp. 175 ss., con nota di DE MARZO, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice*, la quale, pur non utilizzando il sintagma «genitore sociale», riconosce comunque rilevanza al «rapporto significativo» tra adulto e minore di tipo genitoriale, ammettendo l'applicabilità dell'art. 333 c.c.

⁵⁹ Così Cass. civ., n. 8325/2020, cit., la quale, anzi, a sostegno della propria affermazione richiama proprio l'adozione, oltre alla procreazione eterologa divenuta ammissibile, come si è ricordato sopra, per effetto della pronuncia della Corte cost. n. 162/2014.

base] al principio ermeneutico di bilanciamento tra *principi di ordine pubblico di rango costituzionale* e *principi di ordine pubblico derivanti da discrezionalità legislativa*, con la conseguenza che, in questo caso, la nozione di ordine pubblico va circoscritta ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nelle Carte dei diritti fondamentali». Di più: sebbene l'interesse pubblico tuteli la dignità umana, avversando una pratica ritenuta contraria alla morfologia naturale della famiglia, si tratta comunque di una dignità astratta e della difesa di una nozione unica di famiglia che non ha riscontro nell'ordinamento, esistendo le famiglie al plurale giacché strutturate diversamente.

Alla luce di tutto ciò, il bilanciamento corretto esige di ammettere la trascrivibilità dell'atto di nascita che attesti lo stato di figlio nei confronti del genitore d'intenzione, nel rispetto dell'ordine pubblico internazionale (art. 64 lett. g) l. n. 218/1995) e del valore prevalente in concreto. L'ordinamento non impone una soluzione preordinata in modo generale e astratto dalla legge. Non è, pertanto, da condividere la recente affermazione della Corte costituzionale secondo cui riconoscere alla "madre intenzionale" la possibilità di ottenere la costituzione dello stato di figlio oltre il limite di applicabilità dell'adozione in casi particolari – l'unica soluzione ritenuta praticabile – attiene «al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore»⁶⁰.

Si può replicare che il preminente interesse del minore è di certo perseguibile dal legislatore con una disposizione *ad hoc* o che inveri un indirizzo di politica legislativa (vedasi i limiti soggettivi di accesso alla PMA), ma è nella natura stessa del principio, sia pur in sinergia con il sistema, permettere al giudice di addivenire a soluzioni specifiche che maggiormente si attaglino al caso concreto.

C'è dunque un ultimo aspetto da valutare – anche se qualcosa si è già detto – che origina da una domanda: il bilanciamento risulterebbe più equilibrato accogliendo la soluzione delle Sezioni unite che nega lo stato di figlio per ammetterlo solo ove ricorrano eventualmente le condizioni dell'adozione in casi particolari?

⁶⁰ Corte cost., 20 ottobre 2020, n. 230, in *Banca dati-One legale*.

7. (Segue) *Inadeguatezza dell'adozione in casi particolari e del rinvio all'art. 300 c.c. contenuto nell'art. 55 l. n. 184/1983.*

La risposta alla predetta domanda è negativa per una pluralità di ragioni. Prima di indicarle viene da riprendere quel rilievo preliminare sopra accennato sulla non pertinenza dell'adozione rispetto ai progetti di genitorialità realizzati all'estero. Il giudice italiano non è chiamato a trovare una famiglia a chi ne sia privo, ma a stabilire se l'ordine pubblico internazionale si opponga al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero che riconosca la genitorialità d'intenzione. Da questo punto di vista ragioni ostative preminenti non ce ne sono. Il rischio di inadeguatezza dei genitori è arginabile nel giudizio di delibazione su sollecitazione del Servizio sociale competente. Si ridimensiona così quella giusta considerazione dottrinale⁶¹ secondo cui l'interesse del minore non può essere ridotto alla mera continuità del rapporto con chi di lui si occupi.

La Cassazione ha chiarito come l'adozione in casi particolari sia una misura non solo inadeguata a garantire quell'effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis* richieste dalla Corte EDU-Grande Camera, ma anche foriera di gravi rischi per il minore sui quali ci si soffermerà a breve⁶².

Sotto il profilo dell'inadeguatezza, è indubbio come l'adozione in casi particolari sia un istituto appropriato più a riconoscere una situazione affettiva, facendo sorgere diritti e doveri (art. 48 l. n. 184/1983), che a dar luogo a un rapporto di filiazione nella sua pienezza. Anzitutto perché essa non crea, sul modello dell'adozione dei maggiorenni, legami parentali con i congiunti dell'adottante (art. 300 c.c. richiamato dall'art. 55 l. n. 184/1983), oltre a sussistere talune differenze tra la posizione giuridica dell'adottante e quella del genitore (art. 48, comma 3, l. n. 184/1983 e art. 304 c.c. richiamato dall'art. 55 l. n. 184/1983). Vi sarebbe – osserva la Cassazione –

⁶¹ BILOTTI, *Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della c.d. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata*, cit., § 3.

⁶² Cass. civ., ord. n. 8325/2020, cit., nelle ultime pagine si sofferma incisivamente sull'adozione in casi particolari, chiarendone le finalità e gli aspetti più significativi della disciplina.

«una sorta di declassamento della relazione genitoriale e dello *status filiationis*»⁶³.

Quanto ai rischi per il minore, essi sono consistenti in conseguenza della lunghezza e complessità dell'*iter* processuale e decisionale. Durante il procedimento il genitore intenzionale è privo della titolarità della responsabilità genitoriale; elemento, questo, negativo perché incidente sulla relazione con il minore e sugli equilibri familiari. Ma c'è di più: vi è il rischio che, a causa della crisi di coppia, il genitore intenzionale non proponga domanda per ottenere l'adozione in casi particolari, riuscendo così a deresponsabilizzarsi. Ove ciò accada e sia consentito, lo Stato italiano si esporrebbe a una condanna da parte della Corte EDU per violazione dell'art. 8 sotto il profilo degli obblighi positivi di cui si è fatto cenno sopra⁶⁴.

La crisi di coppia potrebbe inoltre indurre il genitore biologico, l'unico riconosciuto dallo Stato italiano, a negare l'assenso, richiesto dall'art. 46, comma 1, l. n. 184/1983, all'adozione in casi particolari. Il mancato assenso, provenendo dal genitore esercente la responsabilità genitoriale, è insuperabile, non potendo il tribunale intervenire in via sostitutiva qualora esso sia ingiustificato o contrario all'interesse del minore (art. 46, comma 2, l. n. 184/1983). Neppure va sottovalutata l'eventualità che, durante il procedimento di adozione, sopravvenga la morte del genitore biologico, con la conseguenza che il minore rimarrebbe senza alcuna figura genitoriale titolare della responsabilità genitoriale.

A fronte di questi inconvenienti di fatto, vi è un limite di diritto attinente alla disciplina della parentela dell'adozione in casi particolari, stante il rinvio all'adozione del maggiorenne – all'art. 300 c.c. – contenuto nell'art. 55 l. n. 184/1983. L'adottato acquista il legame di parentela soltanto nei riguardi dell'adottante.

⁶³ Cass. civ., ord. n. 8325/2020, cit.

⁶⁴ Nell'ipotesi in cui il genitore intenzionale-non genetico non proponga domanda di adozione in casi particolari, si dovrebbe riconoscere al figlio l'azione volta ad ottenere la dichiarazione giudiziale di genitorialità, sul presupposto dell'assunzione di responsabilità quale fondamento irrettabile della filiazione (cfr. *amplius* GORGONI, *Nuove genitorialità e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 165.).

Va osservato come siffatta disciplina sia divenuta contraddittoria rispetto alla nuova funzione assunta dall'adozione in casi particolari⁶⁵. Originariamente l'accostamento disciplinare all'adozione del maggiorenne era giustificato dalla finalità comune di tutelare un rapporto para-familiare *ulteriore* tra il minore o il maggiorenne e un adulto, preservando al contempo il legame giuridico con la famiglia naturale. Detta giustificazione permane oggi soltanto rispetto all'adozione del maggiorenne, poiché, in quella in casi particolari, spesso manca un nucleo familiare diverso da quello originario, esistendo soltanto la famiglia all'interno della quale è avvenuta la nascita. Ne consegue l'incongruenza dell'applicabilità all'adozione particolare dell'art. 300, comma 2 c.c. nel caso della coppia omosessuale, la quale, effettuata la PMA all'estero, vede nascere un figlio legato biologicamente a uno soltanto dei genitori, senza che vi sia un'altra famiglia di riferimento.

⁶⁵ L'evoluzione dell'adozione in casi particolari mostra plasticamente come il testo di legge (artt. 44 ss. l. n. 184/1983) venga arricchito nel suo significato e ambito applicativo su sollecitazione del caso concreto e attraverso l'ermeneutica che rilegge quel testo. Discorrere di interpretazione/applicazione significa evidenziare come la disposizione di legge assuma un senso specifico nel momento applicativo, quasi fosse incompleta nella mera datià del testo (GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, pp. 81 ss.; P. PERLINGIERI, *L'interesse e la funzione dell'ermeneutica di Domenico Rubino*, in *Domenico Rubino, Interesse e rapporti giuridici*, 2009, I, pp. 3 ss., incentra il Suo discorso sulla centralità, nel processo ermeneutico, della valutazione degli interessi «secondo criteri enucleati dal sistema di diritto positivo» (p. 8); interessi individuali e generali che funzionalizzano concetti e istituti giuridici. Perlingieri richiama inoltre, sulla traccia del pensiero di Domenico Rubino, l'aspetto umano – il soggettivismo – dell'interpretazione (p. 22) che si aggiunge ai concetti e alla sistematica. Su questa linea si pone diffusamente e magistralmente anche BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, pp. 105 ss., che incentra la sua riflessione sulla possibilità di conciliare, attraverso la metodica ermeneutica, il vissuto dell'interprete (cioè «il tratto soggettivo esistenziale») con l'oggettività dell'interpretazione (pp. 251 ss.). La sottolineatura costante di Benedetti dell'ingresso dell'interprete nel circolo ermeneutico è significativa, perché conferisce umanità e attualità alla soluzione giuridica, controllabile giacché resa in applicazione di precise regole ermeneutiche. Le riflessioni di questi illustri Autori ritornano nel nostro tema, caratterizzato dalla mancanza di una disposizione specifica e dall'emersione di interessi, la cui giuridicità va valutata, ben oltre la lettera della legge.

La finalità di tutelare una seconda relazione familiare – da cui, come si diceva, scaturisce la limitazione della parentela – permane per l'adozione del maggiorenne, ma risulta eccessiva per l'adozione in casi particolari, la quale è stata applicata anche a fattispecie in cui vi è un'unica famiglia (c.d. *step child adoption*)⁶⁶. Quando ciò avviene, è discriminante per il minore adottato limitare la parentela al solo rapporto con l'adottante, oltre a essere tale limitazione contraria al principio dell'unicità dello stato di figlio (art. 315 c.c.). Non c'è ragione, perciò, in tale ipotesi, di differenziare le discipline dell'adozione piena e dell'adozione in casi particolari in punto di parentela⁶⁷.

Se così è, sembrano esservi motivi consistenti per sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 55 l. n. 183/1984 nella parte in cui rinvia all'art. 300 c.c., qualora non vi sia una seconda famiglia da valorizzare, ma un unico contesto familiare.

Si affaccia però un'altra possibilità, incentrata su un'interpretazione dell'art. 74 c.c., come riformato dalla legge n. 219/2012, che ammette l'abrogazione tacita del rinvio all'art. 300 c.c. Nella prima

⁶⁶ Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Corriere giur.*, 2016, pp. 1203 ss., con nota di critica di MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari e la step child adoption*, secondo il quale sarebbe stata corretta la soluzione di sollevare questione di legittimità costituzionale della lett. b) dell'art. 44. La Cassazione ha, invece, interpretato estensivamente la locuzione contenuta nell'art. 44 lett. d) l. n. 184/1983 – «constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo» – nel senso di riferirla anche all'impossibilità di diritto, che si ha quando, essendoci un genitore che si occupa del minore, non sussiste lo stato di abbandono (impossibilità di fatto). Secondo quest'interpretazione è consentito, nelle famiglie omo-affettive, al convivente di fatto o unito civilmente di adottare il figlio dell'altro, non rilevando a tal fine l'orientamento sessuale dell'adottante. Decisivo è l'interesse del minore a vedere riconosciuto il legame affettivo che si è instaurato con colui il quale, di fatto, è diventato il secondo genitore (non genetico). Critico nei confronti di questa giurisprudenza è GAMBINO, *Matrimonio, famiglia e legge naturale*, cit., pp. 143 ss. Anche BILOTTI, *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*, in *Fam. e dir.*, 2017, pp. 1103 ss., esprime perplessità ove si accolga la prospettiva dell'interesse del minore.

⁶⁷ Come pure la predetta distinzione non ha ragion d'essere quando l'adozione in casi particolari è disposta ai sensi dell'art. 44 lett. d) a fronte dello stato di abbandono del figlio, solitamente affetto da gravi patologie. In tale caso, infatti, non potendo essere conservato il rapporto con la famiglia d'origine, risulta, all'evidenza, privo di fondamento il contenimento della parentela rispetto al solo adottante.

parte del disposto si stabilisce che la parentela, nella sua pienezza, si impone anche per il «figlio adottivo». L'unica eccezione è prevista nella seconda parte con riguardo all'adozione di persone maggiorenni. Ora, volendo attribuire un significato al sintagma «figlio adottivo», occorre riferirlo all'adozione in casi particolari, altrimenti esso non avrebbe alcuna valenza applicativa propria, poiché, com'è noto, nell'adozione piena l'adottato entra nella famiglia dell'adottante, acquisendo il vincolo di parentela con tutti i suoi membri (art. 27 l. n. 184/1983).

Questa tesi, autorevolmente prospettata in dottrina⁶⁸, non è giunta in Cassazione, ma una sentenza del tribunale per i minorenni di Bologna ne ha fatto applicazione rispetto al solo rapporto di fratellanza⁶⁹. In breve il fatto: una coppia di donne unite da una stabile relazione affettiva, maturato il desiderio di diventare madri, si recava all'estero per sottoporsi alla PMA. In anni diversi, ciascuna di esse generava prole. La prima nascita, all'esito del primo viaggio, è stata di una bimba inserita nello stato di famiglia di entrambe le donne. La seconda nascita da parte dell'altra donna, avvenuta a distanza di qualche anno dalla prima, è stata di una coppia di gemelli. La madre di quest'ultimi chiedeva di adottare la figlia della propria compagna.

Il tribunale bolognese non solo ha accolto la domanda di adozione in casi particolari in conformità all'orientamento consolidato, ma ha anche disposto che la figlia adottata acquisisse il rapporto di parentela con i gemelli.

La soluzione è da condividere. Sul piano del fatto, il dato saliente è l'esistenza di una sola famiglia composta da due madri e tre figli, dove questi ultimi, com'è emerso dalle risultanze processuali, si rivolgono ad entrambe le donne chiamandole mamma e si comportano come fossero fratelli. Vero è che ritenere giuridicamente inesistente il rapporto di parentela tra i figli dell'una e dell'altra donna non avrebbe alcuna ragion d'essere, anzi confliggerebbe con i principi di

⁶⁸ PROSPERI, *Parentela e famiglia nel prisma dell'unicità dello stato di filiazione*, in Pane (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 2015, pp. 63-69.

⁶⁹ Trib. min. Bologna 25 giugno 2020, in *www.ilcaso.it.*, afferma che «per quanto attiene al riconoscimento del legame di parentela rispetto agli ascendenti, il Tribunale per i minorenni non può esprimersi nel merito, in quanto risulta competente nel merito in via esclusiva il Tribunale ordinario».

ragionevolezza, del preminente interesse del minore e con la funzione dell'adozione in casi particolari. Tutto ciò, unitamente al principio dell'unicità dello stato di figlio, supporta adeguatamente la tesi dell'abrogazione tacita del rinvio all'art. 300 c.c.⁷⁰.

È da sottolineare l'utilizzo dei principi nell'impianto argomentativo della pronuncia bolognese, non quale mero orpello, ma in chiave giustificativa dell'abrogazione tacita. Secondo il tribunale, se non si riconoscesse il legame di fratellanza tra i minori, si violerebbe il principio di ragionevolezza, poiché essi «vivrebbero una condizione di fatto familiare in cui avrebbero lo stesso cognome e gli stessi legami affettivi, ma una condizione giuridica che li vedrebbe estranei gli uni agli altri, pur nella comunanza di vita».

Si noti come l'irragionevolezza della non abrogazione tacita non scaturisca dall'arbitrio del giudice, ma si leghi all'interpretazione evolutiva della normativa di riferimento. Così è la ragionevolezza a spingere l'interpretazione, costituendone la ragione di fondo.

Questa stessa funzione è svolta dal principio, anch'esso richiamato dal tribunale, del preminente interesse del minore, il quale impone di non avallare «una distorsione tra realtà fattuale e giuridica», perché altrimenti si pregiudicherebbe l'identità personale dei fratelli (di fatto). Vi sarebbero ricadute negative difficilmente giustificabili anche sul piano successorio e in diversi ambiti sociali – soprattutto sanitario – quanto ai diritti e doveri. Insomma, se non operassero i principi di ragionevolezza e del preminente interesse del minore, la

⁷⁰ Corte Cost., 9 luglio 2015, n. 146, in *Foro it.*, V, 2015, c. 3006, a proposito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 104, commi 2 e 3, d. lgs. n. 154/2013 – ritenuta non fondata – il quale prevede la retroattività del principio di unicità dello stato di figlio, così da interessare anche le successioni *mortis causa* apertesi prima del 1° gennaio 2013, afferma che la completa parificazione dei figli naturali a quelli nati in costanza di matrimonio costituisce «un valore costituzionale specificamente riconducibile all'art. 30, primo comma, Cost.: un valore coerente anche al bene della “vita familiare”, di cui all'art. 8 Cedu che, nell'interpretazione della Corte EDU impone di tutelare anche la famiglia non fondata sul matrimonio».

soluzione dell'abrogazione tacita sarebbe priva di ragion d'essere e più incerta⁷¹.

Per quanto fin qui rilevato, è condivisibile l'affermazione della Cassazione secondo cui «non vi è nel sistema normativo italiano attuale una forma di riconoscimento del legame di filiazione alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita o al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero che instauri un legame di filiazione anche con il genitore intenzionale non biologico»⁷².

8. Procreazione eterologa effettuata all'estero con nascita in Italia: una sentenza discutibile della Cassazione e una pronuncia della Corte costituzionale.

Diritti e principi e fondamentali si affiancano alle regole della PMA e sono decisivi in ordine alla regolamentazione dello stato di figlio. Occorre allora superare l'idea che vi sarebbero due diverse nozioni di ordine pubblico: interno e internazionale. Essa è stata utile per restringere la nozione di ordine pubblico internazionale, ma rischia di essere fuorviante se induce a espungere dall'attività ermeneutica l'interazione delle regole con i diritti e i principi fondamentali⁷³.

L'individuazione della regola del caso concreto attinge necessariamente alle fonti sovraordinate alla legge ordinaria. L'interprete muove dal fatto, circostringe uno più testi di legge, risale alle fonti

⁷¹ Ad ogni modo, a prescindere dalla tesi dell'abrogazione tacita, vi è necessità di una riforma dell'adozione in casi particolari, la cui disciplina va adeguata rispetto alla pluralità delle sue funzioni e all'eterogeneità delle famiglie. Si è visto come in talune fattispecie non si giustifichi una parentela limitata all'adottante.

⁷² Cass. civ., ord. n. 8325/2020, cit.

⁷³ P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 183 ss. Cfr. anche ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., pp. 56 ss., che incentra il discorso non tanto sulla distinzione tra un tipo e l'altro di ordine pubblico – che pure è utile (cfr. pp. 60 ss.) – ma soprattutto sulla gerarchia dei valori, sul bilanciamento secondo ragionevolezza e sul margine di apprezzamento riconosciuto a ciascuno Stato nell'attuazione dei diritti previsti dalla Cedu (p. 59).

apicali dove trova diritti e principi e ritorna al testo⁷⁴, fornendone un significato coerente col sistema e idoneo a governare il fatto.

Nella questione insorta da una procreazione eterologa effettuata in Spagna da due donne unite civilmente, la Cassazione si è lasciata influenzare, negativamente, proprio dalla predetta separazione tra ordine pubblico interno e internazionale⁷⁵. La Suprema Corte, negando lo stato di figlio nei confronti della madre non genetica, è giunta a una soluzione che non rispecchia i principi e i diritti coinvolti nella vicenda. Prima di riprendere gli argomenti decisivi della Suprema Corte, è utile richiamare qualche altro elemento del fatto.

Una delle due donne aveva acconsentito sia alla fecondazione dei propri ovuli tramite la donazione di gameti, sia a condurre la gravidanza; l'altra si era assunta la responsabilità della nascita avvenuta in Italia (c.d. genitore intenzionale non genetico). Qui ne è scaturita una controversia. Se i giudici del merito hanno accolto il ricorso delle due donne, ordinando all'ufficiale di stato civile di indicare

⁷⁴ Molti sono gli scritti sull'uso dei principi; scritti che, pur con accenti diversi, condividono l'idea che la complessità del presente si governa con l'uso dei principi e che ciò non costituisca una violazione del principio della tripartizione dei poteri che finirebbe con l'edificare un nuovo Stato. Se ne citano alcuni: PERLINGIERI, *Una lezione agli studenti della «Federico» II. Il «diritto privato» nell'unità del sistema ordinamentale*, cit., pp. 402 ss., si concentra sui principi e valori identificativi della legalità costituzionale e sulla conseguente necessità dell'interpretazione assiologica; ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 1019 ss., ragiona sulla costruzione della regola (di fattispecie) attraverso l'uso dei principi (sulla stessa linea sembra porsi D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in D'Amico e Pagliantini (a cura di), *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018, p. 10; FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, cit., pp. 812 ss., richiama alcuni articoli del codice di rito (360-bis, 348-bis, 375-bis) che inducono a riconoscere valore normativo agli orientamenti della giurisprudenza «attraverso il rafforzamento della funzione nomofilattica» (p. 829); il che, secondo l'Autore, «impedisce di liquidare l'uso dei principi quale surrettizia rimessione all'arbitrio degli interpreti» (p. 830).

⁷⁵ Cass. civ., 22 aprile 2020, n. 8029, in *Banca dati-Leggi d'Italia*.

nell'atto di nascita entrambe le ricorrenti quali madri⁷⁶, la Cassazione ha cassato la pronuncia d'Appello, negando lo stato di figlio nei confronti della madre intenzionale.

La sentenza è criticabile in ragione non già semplicemente della dichiarazione di incostituzionalità della procreazione eterologa⁷⁷, ma di più preganti considerazioni che svolgeremo non prima di aver richiamato il dato normativo e l'interpretazione che ne ha offerto la Cassazione.

Ci sono due divieti: quello per le coppie dello stesso sesso di accedere alla PMA (l'art. 5 l. n. 40/2004 ammette solo le coppie «di sesso diverso»); l'altro per le coppie non sterili né infertili di accedere alla procreazione assistita (artt. 1 e 4 l. n. 40/2004). A ciò si aggiunga che: 1) il fondamento preminente (ma non esclusivo) della filiazione è il legame genetico di discendenza, salve le ipotesi previste dalla legge in cui il sostrato dello stato di figlio è l'assunzione della responsabilità (adozione, procreazione eterologa); 2) è madre solo colei che ha partorito (art. 269, comma 3, c.c.) in ossequio a un modello familiare che esige – non in assoluto – un padre e una madre (artt. 29, 30 e 31 Cost.)⁷⁸.

Su tutto ciò ha fatto leva la Cassazione, il cui iter motivazionale è caratterizzato da una premessa: la fattispecie concreta, riguardando un minore nato in Italia da una cittadina italiana e una richiesta di attribuzione della maternità a donna diversa da colei che ha partorito, non comporta un problema di diritto internazionale privato, con la conseguenza di non doversi applicare la nozione di ordine pubblico internazionale.

⁷⁶ Il giudizio trae origine dal rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile di un certo Comune di ricevere la dichiarazione di due donne di riconoscimento del minore quale figlio naturale di entrambe. Il tribunale di Pistoia ordina la rettificazione dell'atto di nascita ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. n. 396/2000. Il reclamo proposto dal Pubblico Ministero viene rigettato dalla Corte d'Appello di Firenze.

⁷⁷ Corte Cost., n. 162/2014, cit.

⁷⁸ Trib. Roma, 10 maggio 2016, in *Giur. it.*, 2016, pp. 2109 ss., con nota di PASCUCCI, *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?* in *Fam. e dir.*, 2016, pp. 677 ss., con nota di BUGETTI, *Fecondazione accidentalmente eterologa e tutela dell'interesse del minore*.

Più estesamente la Suprema Corte ha affermato: 1) la dichiarazione di illegittimità costituzionale della procreazione eterologa ha lasciato inalterate due coordinate di fondo della legge 40/2004. La prima è «costituita dalla configurazione delle tecniche [di PMA] come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimuovibile»; la seconda è data «dall'intento di garantire che il nucleo familiare scaturente dalla loro applicazione *riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre di un padre*», sotteso agli artt. 29, 30 e 31 Cost. Queste due coordinate - ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 221/2019⁷⁹ richiamata dalla Cassazione *de qua* - sarebbero in linea con la Costituzione, la quale presuppone la diversità di sesso dei genitori e non impone, attraverso il parametro del diritto alla salute, di soddisfare qualsiasi aspirazione soggettiva (come diventare genitore) o bisogno che una coppia reputi essenziale; 2) posto che «l'intera disciplina del rapporto di filiazione, così come delineato dal codice civile, rimane tuttora saldamente ancorata alla necessità di un rapporto giuridico tra il nato e i genitori» (biologici)⁸⁰, non è possibile legare lo stato di figlio al mero dato volontaristico al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge come la PMA eterologa cui abbia avuto accesso la coppia eterosessuale sterile; 3) il fatto che sia stata ammessa l'adozione in casi particolari a favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico «non implica affatto lo sganciamento della filiazione» da tale ultimo dato, difatti la legge n. 76/2016 non ha richiamato la disciplina della

⁷⁹ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corr. giur.*, 2019, pp. 1460 ss., con nota di RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"*, ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12 commi 2, 9 e 10 della l. n. 40/2004 nella parte in cui, rispettivamente, limitano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole «coppie ... di sesso diverso» e prevedono una sanzione amministrativa a carico di chiunque applichi tali tecniche a coppie «che siano composte da soggetti dello stesso sesso».

⁸⁰ Cass. civ., 22 aprile 2020, n. 8029, cit., § 5.3.

PMA⁸¹; 4) non vi è alcuna discriminazione della coppia omosessuale, come ha riconosciuto anche la Corte EDU⁸², nel riservare alla coppia eterosessuale sterile l'accesso alla PMA, la cui finalità può ben essere limitata, per volontà della legge, al superamento della sterilità/infertilità.

Su due profili si deve concordare con la Suprema Corte: è espressione della discrezionalità politica del legislatore disciplinare la PMA in modo da conservare e promuovere la struttura familiare composta da due genitori di sesso diverso. La Costituzione non impone alla politica di consentire alle coppie dello stesso sesso l'accesso alla procreazione assistita (né all'adozione). E ciò non costituisce una discriminazione di tale coppia rispetto quella eterosessuale.

Di recente la Corte costituzionale ha sostanzialmente concordato con quest'impostazione, ritenendo inammissibile la questione di legittimità sottopostale⁸³. Essa ha affermato che la previsione del diritto di due donne, unite da un rapporto di coppia, di diventare entrambe genitori (che non è presente nell'ordinamento) non è costituzionalmente imposta, «soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano». Tuttavia, ciò non implica – a mio avviso – che la sentenza della Cassazione appena illustrata sia da condividere. La questione di legittimità costituzionale è stata correttamente rigettata dalla Corte, perché muoveva dall'esistenza di un supposto diritto di procreare in capo alle coppie dello stesso sesso che, effettivamente,

⁸¹ Cass. civ., 22 aprile 2020, n. 8029, cit., § 5.3. Quasi tutti gli argomenti sintetizzati nel testo erano già stati adottati in un caso analogo di PMA eterologa effettuata all'estero con nascita in Italia da Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, in *Banca dati One-legale*.

⁸² Corte eur. dir. uomo, 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*, ric. n. 25951/07 e Corte eur. dir. uomo, 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria*, ric. n. 57813/00, entrambe in *www.echr.coe.int*.

⁸³ Corte cost., 20 ottobre 2020, n. 230, cit., dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 20, l. n. 76/2016 (Regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze) e dell'art. 29, comma 2, d.P.R. n. 396/2000 (ordinamento dello stato civile), i quali, in ragione di quanto rispettivamente prescritto, precludono a due donne in unione civile la possibilità di essere indicate entrambe quali genitori nell'atto di nascita, sebbene esse abbiano fatto ricorso all'estero alla PMA.

non è desumibile dalla Costituzione. Questo è un diritto che, se del caso, potrà essere introdotto dal legislatore ordinario⁸⁴.

Ma il punto è un altro: il fatto che la coppia omosessuale non sia titolare del diritto di procreare né debba esserlo in base alla Costituzione non implica affatto, quale logica conseguenza, che non si possa riconoscere lo stato di figlio rispetto a chi sia nato in violazione delle regole della PMA da un progetto di genitorialità condiviso tra due persone dello stesso sesso. Il piano giuridico è diverso, autonomo e dominato dal principio del preminente interesse del minore, tenuto in grande considerazione proprio dalla legge 40/2004.

Da quest'ultimo punto di vista vi sono due profili della predetta sentenza della Cassazione che si espongono a critica: aver isolato gli artt. 4 e 5 della legge n. 40/2004 dagli artt. 8 e 9 della medesima legge e aver estremizzato il dato del fondamento genetico della filiazione. Su entrambi occorre soffermarsi.

9. (Segue) Diversità di sistemi della filiazione e unitarietà dell'ordine pubblico.

L'impianto argomentativo appena sintetizzato è degno della massima considerazione, ma finisce per porre in secondo piano il principio del preminente interesse del minore e i diritti fondamentali di quest'ultimo. Affermare che il minore, in quanto inserito nella famiglia delle due donne, è comunque tutelato anche se non gli si riconosca lo stato di figlio nei confronti della madre intenzionale è semplicistico.

Piuttosto chiediamoci quale sia l'interesse costituzionale contrapposto a quello del minore a conservare la propria struttura familiare con due madri. Sembrerebbe non esservi, quanto meno di pari rango

⁸⁴ Corte cost., 20 ottobre 2020, n. 230, cit., afferma che se, da un lato, il riconoscimento della omogenitorialità all'interno di un rapporto di coppia tra due donne non è imposto dagli artt. 3 (principio di uguaglianza), 2 (diritti inviolabili), 30 (diritti e doveri dei genitori) Cost., dall'altro, «vero è anche che tali parametri neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata, non potendosi escludere la capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali».

e tale da giustificare la soluzione negativa sullo stato di figlio⁸⁵. Il fatto che la filiazione intenzionale debba transitare dall'adozione o dalla procreazione eterologa nel rispetto dei requisiti soggettivi di cui all'art. 5 l. n. 40/2004 non è sufficiente a escludere lo stato di figlio nei confronti del genitore non genetico. È stato giustamente osservato in dottrina che «la condizione generale del minore va valutata nella sua globalità»⁸⁶.

L'interprete deve inverare il principio del preminente interesse del minore desumibile dalla stessa legge n. 40/2004. L'art. 8 prevede un riconoscimento automatico, derogando così alle regole di cui agli artt. 250, comma 1, e 254 c.c. L'art. 9 stabilisce, a valle dell'eterologa, i divieti di agire con l'azione di disconoscimento della paternità (comma 1) o, per la donna, di non essere nominata nell'atto di nascita (comma 2). Si obietterà la non pertinenza di questi riferimenti normativi, perché essi postulano un accesso legittimo alla PMA, ciò che è mancato nel caso della coppia di donne recatesi in Spagna.

Invero questa lettura è ingiustificatamente riduttiva, potendosi replicare richiamando quell'orientamento giurisprudenziale, già sopra ricordato, secondo cui le conseguenze del comportamento illegittimo dei genitori non devono ricadere sui figli. Il che si desume anche dagli artt. 6, 8 e 9 della legge n. 40/2004⁸⁷.

Il sistema ordinamentale della filiazione è dunque elastico e variegato nelle discipline. Se si applicassero *sic et simpliciter* le regole della procreazione naturale a quella da PMA ne risentirebbe l'effettività del principio del preminente interesse del minore. Non a caso,

⁸⁵ BRECCIA, *Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari, Diritto civile e ragione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 150, sottolinea la necessità di trovare la ragione del diritto.

⁸⁶ STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, cit., p. 678, richiama quali criteri di tale valutazione l'identità personale, le origini biologiche, la relazionalità «come rapporti significativi instaurati di fatto tra il minore e le figure di riferimento, in proiezione anche verso il futuro, [considerando anche i] danni gravi e irreparabili che procura un allontanamento». In tal modo la soluzione potrà essere diversa, privilegiando ora il legame di fatto, ora la verità biologica, senza perciò cedere al «relativismo ermeneutico» (p. 679), ma traendo da regole, principi e fonti diverse l'ordinamento del caso concreto.

⁸⁷ Corte App. Napoli, Sez. minori, 4 luglio 2018, § 6, cit.

proprio sotto il profilo dell'effettività, la Corte costituzionale ha sottolineato «l'immanenza dell'interesse [del minore, *ndr*] nelle azioni volte alla rimozione dello *status filiationis*»⁸⁸. Di conseguenza – e qui si apprezza nuovamente l'apporto del principio – a fronte dell'impugnazione ai sensi dell'art. 263 c.c. del riconoscimento per difetto veridicità in ordine alla maternità, il giudice baserà la propria decisione non semplicemente sulla mancanza del legame genetico con la madre, ma sull'interesse concreto del minore all'eliminazione o alla conservazione dello stato di figlio⁸⁹. Può darsi, infatti, che il tempo trascorso dalla costituzione dello *status*, essendosi consolidato il legame genitoriale, renda irragionevole l'affermazione della verità biologica; tanto più in un ordinamento in cui «il *favor veritatis* non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque»⁹⁰.

Se il quadro di riferimento è connotato dal principio del preminente interesse del minore, dalla relatività del *favor veritatis*, dal diritto all'identità personale del minore e dal diritto di quest'ultimo al rispetto della vita familiare, non è produttivo distinguere tra ordine pubblico interno e internazionale. Piuttosto occorre ricostruire, collegando regole e principi, l'ordine pubblico del caso concreto, valorizzando le logiche proprie del tipo di genitorialità che viene in rilievo: se da procreazione naturale, da adozione legale o da PMA. Il principio aiuta a individuare la soluzione più conforme a un fatto, la cui giuridicità dipende da una valutazione che tiene conto delle linee

⁸⁸ Corte Cost., n. 272/2017, cit.

⁸⁹ Nel caso sotteso alla sentenza della Corte cost. n. 272/2017, cit., il curatore speciale contestava, ai sensi dell'art. 263 c.c., la mancanza del legame genetico rispetto alla madre. L'assunto si basava sul fatto che, a seguito di indagini effettuate dalla Procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, vi era stata una surroga biologica di maternità all'estero, effettuata grazie a una ovodonazione. Solo il convivente di fatto della donna committente era, pertanto, legato biologicamente al nato.

⁹⁰ Cass. civ., n. 8617/2017, cit.

evolutive dell'ordinamento e del principio stesso⁹¹, il quale orienta in modo *infra-sistemico* la legalità⁹².

Secondo quest'impostazione, rispetto alla posizione giuridica del nato, il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla procreazione eterologa, la finalità terapeutica di quest'ultima e il dovere dello Stato di contrastare l'aggiramento di tale divieto (e non solo) appaiono recessivi.

Si deve pertanto concludere che, nel caso in parola delle due madri, la soluzione della Cassazione di negare la genitorialità non genetica, da un lato, può contrastare con l'interesse del minore, interesse non sempre invero dal principio della genitorialità naturale, dall'altro, appare irragionevole poiché quella famiglia rimarrebbe comunque strutturata con due madri percepite come tali dal minore.

10. Fecondazione post mortem all'estero e nascita in Italia.

⁹¹ IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. proc. dir. civ.*, 2014, pp. 42-43 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987, constata come l'evento venga commisurato non già a una fattispecie ma al valore. Il che - ritengo - non deve essere guardato con sfavore; l'aggancio al valore esalta le potenzialità dell'ordinamento e rafforza le radici della decisione e della nostra Repubblica.

⁹² GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., pp. 26-27, attribuisce ai principi, anch'essi oggetto di evoluzione/interpretazione, una indispensabile funzione propulsiva e di accrescimento della giuridicità. Egli afferma che «il ceto giurisprudenziale [...] riacquista una voce determinante, disegnando quei principii che maggiormente si prestano a ordinare il movimento/mutamento del nostro tempo giuridico. E poiché usi e principii vanno interpretati (a differenza delle leggi che pretendono di essere obbedite), non si può oggi negare agli interpreti (sapienti, giudici, notai) un coinvolgimento nella dinamica produttiva del diritto». Ancora Grossi, nel discorrere in questo volume del più recente passaggio dall'utilizzo delle clausole generali alla «primazia dei principii», rileva come ciò sia avvenuto anche in ragione dell'inadeguatezza della legge a fronteggiare «una dinamica socio-economica troppo rapida [...]». Se i principii soffrono di generalità e di indeterminatezza, [essi] garantiscono quel grado elevato di elasticità di cui la dimensione giuridica ha bisogno» (p. 70). Particolarmente interessante è la sottolineatura dell'Autore a proposito dell'elasticità (propria dei principii) dell'ordinamento quale indispensabile condizione ordinante dei fatti (p. 71). Per un approfondimento in diverse direzioni applicative cfr. AA.VV., *Principii e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2017.

In un'altra fattispecie, nota come fecondazione *post-mortem*, vietata in Italia dagli artt. 5 e 12, comma 2, l. n. 40/2004, la Cassazione ha ragionato, invece, correttamente⁹³. Essa ha rilevato come il singolo divieto legislativo, per ciò solo, non possa prevalere sulla tutela dei diritti di chi è già nato, nella misura in cui se ne pregiudichi il preminente interesse. Si è reso ancora una volta necessario ricostruire la regola del caso concreto a partire dall'individuazione della *policy* connotane lo stato di figlio nato da PMA.

È utile indicare i tratti essenziali del fatto.

A seguito della morte del marito, il quale aveva acconsentito di utilizzare il proprio seme crioconservato dopo tale evento, la vedova si recava in Spagna per effettuare la PMA nel tipo della fecondazione omologa *post mortem*. L'intervento riusciva e la bambina nasceva in Italia. L'ufficiale dello stato civile, richiesto di indicare nell'atto di nascita la paternità del defunto, si rifiutava, ravvisando una contrarietà all'ordinamento interno: aggiramento della regola dell'accesso alla PMA da parte di coppie di maggiorenni *entrambi viventi* e nascita oltre trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio (art. 232 c.c.).

La madre agiva in giudizio ai sensi degli artt. 95 ss. d.P.R. n. 396/2000 (ordinamento dello stato civile) con l'azione di rettificazione dello stato civile, al fine di ottenere il riconoscimento della paternità del marito defunto con conseguente attribuzione del cognome di quest'ultimo.

I giudici di merito respingevano la domanda essenzialmente per le due predette ragioni, con la sottolineatura che il divieto di fecondazione *post mortem* è volto impedire la formazione di famiglie con un solo genitore⁹⁴.

⁹³ Cass. civ., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 1282 ss., con nota di FACCIOLO, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem*; in *Corr. giur.*, 2020, pp. 748 ss., con nota di LOCATELLO, *L'attribuzione dello status filiationis al nato da fecondazione omologa eseguita post mortem*; in *Fam. e dir.*, 2020, pp. 27 ss., con nota di GIUNCHEDI, *La procreazione assistita post mortem tra responsabilità procreativa e favor stabilitatis*.

⁹⁴ Per procreazione deve intendersi la formazione dell'embrione, stante il disposto dell'art. 6, comma 3, l. n. 40/2004, che indica quale limite alla revocabilità del consenso alla PMA la fecondazione dell'ovulo. Con questa regola si è inteso

Investita del ricorso da parte della madre, la Cassazione si è posta una domanda che evoca quella contemporaneità del civilista, così preziosa per una comprensione critica del proprio tempo, essenziale per avvicinare la legge alla società⁹⁵, il diritto al fatto. Esattamente: «se i divieti di genitorialità, pure evincibili dal nostro ordinamento [qual è quello di diventare genitore attraverso la fecondazione *post mortem*, n.d.r.], possano fungere da “controlimite” alla tutela dei diritti di chi è già nato, oppure se occorra *superare i confini della tradizione* ed accettare, regolandoli, i nuovi percorsi della genitorialità stessa». È, questo, un ottimo interrogativo che valorizza due aspetti: da un lato l’attenzione all’effettività dei diritti fondamentali e al loro rapporto con le disposizioni che apparentemente li avversano; dall’altro, la disponibilità a valutare, attraverso l’ermeneutica, nuove strade aperte dalla tecnica e non collimanti con quegli schemi appartenenti alla tradizione e al “mondo naturale”.

La regolazione evocata dalla Cassazione spetta – lo sostengono in molti⁹⁶ – non solo al legislatore ma anche al giudice, il quale, posto di fronte al caso concreto, ne individua la regola in mancanza di una disposizione specifica. È ciò che accade proprio nella fecondazione omologa *post mortem* effettuata all’estero, la quale pone due nodi da sciogliere: 1) se ad essa sia applicabile la disciplina della filiazione naturale, in particolare l’art. 232 c.c.; 2) se si possa desumere dalla legge n. 40/2004 un principio guida sul trattamento dello stato di figlio rispetto a una tecnica procreativa realizzata in violazione di legge.

bilanciare l’autodeterminazione su un aspetto fondamentale della vita – la scelta di procreare – con la salvaguardia della dignità dell’embrione. Anche se la donna non può essere costretta a iniziare la gravidanza rispetto all’embrione già formato, l’uomo deve considerato padre anche se egli si sia opposto all’impianto dell’embrione formato con il suo consenso.

⁹⁵ BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Oltre l’incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, pp. 21 ss. Lo scritto è stato già pubblicato nel volume *Scienze e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, pp. 1229 ss.

⁹⁶ Sicuramente Benedetti, Grossi, P. Perlingieri e Vettori in diversi scritti qui citati e altri Autori. Si aggiunga il nome di un insigne storico delle Costituzioni moderne FIORAVANTI, *Art. 2 Costituzione italiana*, Roma, 2017, p. 107.

Sul primo punto è agevole cogliere come la finalità perseguita dagli artt. 232 e 234 c.c., ossia di garantire la certezza della paternità biologica, non si pone nella fecondazione omologa *post-mortem*. Se nella procreazione naturale si dubita della paternità qualora la nascita avvenga dopo 300 giorni da certi accadimenti, in quella medicalmente assistita i legami biologici si conoscono con certezza. Rispetto a quest'ultima gli artt. 232 e 234 c.c. sono incongrui, essendo il fattore temporale un indice inutile per stabilire la presenza o meno del legame genetico. Il quale risulta dalla documentazione medica che attesta il consenso al trattamento.

L'attenzione si sposta allora sul secondo punto sopra segnalato che coinvolge alcune disposizioni della legge n. 40/2004, dalle quali si trae, come si vedrà nel paragrafo successivo, che l'insieme delle regole sullo stato di figlio da PMA è alternativo e speciale rispetto a quello sullo stato di figlio da procreazione naturale.

11. *(Segue) La questione dello stato di figlio nei confronti del genitore deceduto prima dell'utilizzo del seme.*

Tutti i tipi di PMA si fondano sull'impegno ad assumere i doveri genitoriali attraverso il consenso alla tecnica procreativa (art. 6 l. n. 40/2004). Una scelta, questa, irrinunciabile a fronte della nascita, come si evince dall'art. 9 («Divieto di disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre») e dall'art. 8 l. n. 40/2004 ai sensi del quale «I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita *hanno lo stato di figli nati nel matrimonio* o di *figli riconosciuti della coppia* che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6». Ma a quali tecniche si riferisce questa disposizione?

Il richiamo sembra essere rivolto solo a quelle ammesse dall'ordinamento. In verità non è così se si considera che l'art. 9, comma 1, l. n. 40/2004, nella versione precedente alla pronuncia di incostituzionalità del divieto di procreazione eterologa, teneva fermo lo stato di figlio nato in violazione del divieto. Ciò a dimostrazione della preminenza della protezione del minore sulla finalità legislativa di contenere le tecniche procreative a tutela di determinati interessi. Nello

stesso senso, più incisivamente, si pone il comma 2 dello stesso articolo nella parte in cui riferisce il divieto di anonimato della madre a tutte le tecniche di PMA.

Queste indicazioni sono utili per interpretare l'art. 8 l. n. 40/2004 nel senso di riferire l'effetto legale sullo stato di figlio da esso previsto a tutte le fattispecie di PMA, legittime e illegittime. Il che, peraltro, sembrerebbe confermato dal mancato richiamo nel testo dello stesso art. 8 degli artt. 4 e 5 della l. n. 40/2004 che regolano, rispettivamente, i requisiti oggettivi e soggettivi di accesso⁹⁷. Tale normativa oltretutto - lo afferma la Cassazione - deve essere interpretata «in funzione della effettività della tutela del diritto della persona umana alla propria identità»⁹⁸. E allora, tornando alla nostra questione, si profila il riconoscimento dello stato di figlio nei confronti del genitore defunto, anche tenendo conto di quanto segue.

Nella fecondazione *post mortem* il consenso a tale pratica si carica di un'intenzionalità e di un rilievo valoriale maggiori, essendo prestato durante il matrimonio e in previsione del decesso. Separare dal matrimonio una filiazione nata da un'intensa comunione spirituale tra i coniugi, oltre a contrastare con il fondamento volontaristico (irretrattabile) della filiazione da PMA, appare contrario al principio di ragionevolezza. Negare la paternità non tutela alcun in-

⁹⁷ In questo senso Cass. civ., n. 13000/2019, cit., secondo la quale il fatto che l'art. 8 l. n. 40/2004 non abbia richiamato gli artt. 4 e 5 l. n. 40/2004 «dimostra una sicura preminenza della tutela del nascituro, sotto il peculiare profilo del conseguimento della certezza dello *status filiationis*, rispetto all'interesse, pure perseguito dal legislatore, di regolare rigidamente l'accesso a tale diversa modalità procreativa». Così nel terzo principio di diritto della sentenza si pone in rilievo come l'art. 8 l. n. 40/2004 sia riferibile anche alla fecondazione omologa *post mortem*. Ne consegue che il nato avrà lo stato di figlio della coppia di coniugi che ha avuto accesso alla PMA in Italia con fecondazione effettuata in un altro Stato, purché il marito abbia autorizzato la moglie a utilizzare i propri gameti dopo la morte (principio, questo, da estendere anche i conviventi di fatto in quanto legittimati ad accedere alla PMA ai sensi dell'art. 5 l. n. 40/2004).

⁹⁸ Cass. civ., n. 13000/2019, cit., § 7.8.9.

teresse sovraordinato a quello del nato ad avere certezza della provenienza biologica; elemento, questo, connotante il diritto all'identità personale⁹⁹.

Emerge la specialità dell'insieme delle regole della PMA rispetto a quelle della procreazione naturale, ciò che induce a escludere l'applicabilità al nostro caso dell'art. 232 c.c.

Che ne è allora del divieto di accesso alla PMA per la persona sola di cui all'art. 5 l. n. 40/2004? La disposizione si riferisce senz'altro alla richiesta iniziale di accesso, la quale può provenire solo da una coppia i cui membri siano viventi. Diverso è il caso che ci interessa in cui uno dei due muoia durante il procedimento di procreazione assistita; qui l'accesso c'è già stato. Ciononostante, ai sensi dell'art. 12, comma 2, l. n. 40/2004, verrà comunque punito chi in Italia applica la PMA «a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi», senza che la disposizione distingua – ciò che sembra censurabile¹⁰⁰ – se vi sia stato o meno il consenso da parte del defunto alla fecondazione *post mortem*.

⁹⁹ La rilevanza del diritto di conoscere le proprie origini biologiche emerge dalla giurisprudenza che ha bilanciato il diritto al parto anonimo [(a tutela della gestante anche dopo il parto), non più assoluto] con il diritto del nato di conoscere le proprie origini. Cfr.: Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 1484 ss., con nota di STANZIONE, *Il diritto di conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti*; in *Fam. dir.*, 2017, 1, pp. 15 ss., con nota di ANDREAOLA, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*; Cass. Sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Corr. giur.*, 2017, pp. 618 ss., con nota di BUGETTI, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni unite*. Entrambe le pronunce attengono all'interpello della madre biologica anonima; la seconda contiene precisazioni sull'efficacia della pronuncia della Corte cost. e sul procedimento di interpello. Cfr. anche Cass. civ., 20 marzo 2018, n. 6963, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 1223 ss., con nota di LONG, *L'adottato adulto ha diritto di conoscere l'identità dei fratelli biologici, se essi vi consentono*, sul diritto di indirizzare l'interpello anche nei confronti dei fratelli/sorelle biologici adottati da un'altra coppia e sul diritto di questi ultimi di rigettare la richiesta a tutela dell'interesse a «non voler mutare la costruzione della propria identità attraverso la conoscenza d'informazioni ritenute negativamente incidenti sul raggiunto equilibrio di vita».

¹⁰⁰ Il legislatore ha preferito garantire la presenza di due genitori piuttosto che favorire la nascita nel caso in cui l'uomo muoia durante la PMA senza che sia stato formato l'embrione e avendo crioconservato i propri gameti. Il che, da un lato, mortifica la scelta di alto valore morale compiuta dalla coppia di avere un figlio

Ad ogni modo quest'ultima constatazione non è decisiva, dovendosi distinguere il piano dello stato di figlio da quello della sanzione, che comunque colpisce il medico che ha operato in Italia e non l'uomo e la donna secondo il disposto dell'art. 12, comma 8, l. n. 40/2004).

Il mancato riconoscimento della filiazione si tradurrebbe in un irrimediabile pregiudizio della sfera giuridica del nato, senza che, rispetto a quest'ultima, vi sia una ragione prevalente o un diritto da tutelare. Un diritto che, come ha esattamente rilevato la Cassazione¹⁰¹, non può essere quello del nascituro ad avere due genitori, che pure costituisce il fondamento del divieto della fecondazione *post-mortem*. La questione dello stato di figlio nel caso in parola riguarda il nato non il nascituro.

Sarebbe sbagliato, a prescindere dal caso *de quo*, sovrapporre la fattispecie vietata dalla legge¹⁰² con la problematica dello *status*. Ne

nonostante la morte di uno dei componenti (art. 2 Cost.), dall'altro, nega la possibilità di vita (che pure è un valore) a fronte della tutela del diritto del nato di avere due genitori. *De jure condendo* sembra ragionevole quantomeno distinguere il caso *de quo* (morte di un coniuge o convivente durante la PMA) da quello della donna sola, non coniugata né convivente di fatto cui la legge preclude, per ragioni accettabili, di accedere alla PMA (art. 5 l. n. 40/2004).

¹⁰¹ Cass. civ., 15 maggio 2019, n. 13000, cit., pur consapevole che il divieto di fecondazione *post mortem* protegge maggiormente l'infanzia rispetto al diritto alla genitorialità – diritto comunque non assoluto – aggiunge due considerazioni. La prima: l'affermazione secondo cui «nascere e crescere con un solo genitore integr[a] una condizione esistenziale negativa non sembra potersi enfatizzare al punto tale da preferire la non vita». Ed effettivamente, nel caso di specie, la vedova ha scelto la vita, recandosi in un altro paese per utilizzare il seme del marito. La seconda: decisivo è «l'interesse del nato [...] ad acquisire rapidamente la certezza della propria discendenza bi-genitoriale, elemento di primaria rilevanza nella costruzione della propria identità».

¹⁰² L'ampiezza dell'art. 12, comma 2, l. n. 40/2004 – è punito chiunque applica la PMA «a coppie i cui componenti non siano *entrambi viventi*» – comprende letteralmente anche il caso in cui l'uomo muoia dopo l'accesso alla PMA e dopo aver acconsentito espressamente all'utilizzo del proprio seme successivamente a tale evento. In tal caso se i medici applicassero la fecondazione *post mortem* verrebbero sanzionati. Ci si può chiedere se il legislatore, con questa disposizione e limitatamente al caso *de quo*, abbia esercitato legittimamente il proprio potere discrezionale o se si affaccino dubbi di costituzionalità. Non è agevole rispondere.

è consapevole la Cassazione quando afferma che le conclusioni sulla legittimità/illegittimità di una certa pratica di PMA¹⁰³ «devono necessariamente arrestarsi di fronte al fatto che, una volta verificatasi la nascita, non ci si può sottrarre all'individuazione della disciplina da applicarsi in materia di filiazione»¹⁰⁴. Soprattutto perché «l'ordinamento non può disinteressarsi dei correlativi diritti del soggetto» nato a seguito di una pratica legittima in un altro paese¹⁰⁵.

Secondo quest'approccio proteso a confrontare regole con diritti e principi, la Cassazione giustifica lo stato di figlio matrimoniale da fecondazione *post mortem* in forza dei seguenti argomenti: 1) l'esistenza del legame genetico con il defunto, il quale aveva acconsentito espressamente all'utilizzo dei propri gameti dopo la morte; 2) il diritto del nato di vedere riconosciute le proprie origini quale profilo essenziale dell'identità; 3) la linea di *policy* della legge n. 40/2004 di prediligere la tutela del nato rispetto ai divieti legislativi (artt. 8 e 9) che presidiano interessi di rango inferiore rispetto alla posizione del nato; 4) il principio del preminente interesse del minore e il principio di ragionevolezza¹⁰⁶.

Da un lato sembra che un divieto di fecondazione *post mortem* così ampio confligga con il diritto di procreare, legittimamente esercitato dai componenti di una coppia che, ai sensi dell'art. 5 l. n.40/2004, hanno avuto accesso alla PMA senza poterne completare il percorso; dall'altro, verrebbe violato il principio di ragionevolezza e (anche) di proporzionalità, poiché il legislatore favorisce la non vita piuttosto che una nascita programmata e interrotta dalla morte sopravvenuta di uno dei (futuri) genitori. Vietare l'utilizzo del seme crioconservato frustra un progetto di vita, disattendendo la volontà di chi è mancato, senza tutelare una posizione giuridica di pari rango che non pare potersi ravvisare nell'astratta preferenza per la crescita in una famiglia composta da due genitori viventi. Semmai il diritto di avere due genitori rileva come si diceva, nei confronti della persona sola che chieda accesso alla PMA.

¹⁰³ La fecondazione effettuata *post-mortem* può avere alla base tre situazioni diverse: 1) prelievo del seme dal cadavere, previo consenso espresso in vita; 2) inseminazione effettuata con il seme crioconservato del marito/convivente di fatto dopo il decesso di quest'ultimo (caso sotteso a Cass. n. 13000/2019, cit.); 3) richiesta di impianto dell'embrione formato quando il marito/convivente era ancora in vita.

¹⁰⁴ Cass. civ. n. 13000/2019, cit., § 7.8.3.2.

¹⁰⁵ Cass. civ. n. 13000/2019, cit.

¹⁰⁶ La sentenza della Cassazione in esame fa un uso corretto dei principi di ragionevolezza e del preminente interesse del minore; un uso essenziale al fine di

L'apparato argomentativo è solido e ad esso si aggiunge un chiarimento della Suprema Corte sul procedimento *ex artt. 95 ss. d.P.R. n. 396/2000* di rettificazione degli atti dello stato civile. Il giudice non è chiamato a decidere su una controversia in materia di *status filiationis*, né gli compete stabilire se gli eventi comunicati dal dichiarante siano compatibili con l'ordinamento italiano; gli si chiede piuttosto di verificare la corrispondenza tra la realtà del fatto come dichiarata all'ufficiale dello stato civile e la sua riproduzione nell'atto di nascita¹⁰⁷. La domanda giudiziale origina dalla discrasia tra questi due momenti.

trovare quella regola che si attaglia alla singola vicenda umana. Perciò dell'uso dei principi da parte del giudice è preferibile sottolineare il guadagno che essi apportano in termini di maggiore armonia tra fatto e diritto, piuttosto che il rischio elevato di soggettivismo del giudice. Il quale, nell'applicare i principi, attua comunque una «discrezionalità interpretativa», non potendosi spingere fino al punto di creare una regola attingendo dalla sua coscienza. Chiarificatrici sono sul punto le parole di GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 77, «Nulla di creativo, ma sempre un'attività *inventiva* che, questa volta [cioè quando si applicano i principi], attinge direttamente agli strati più risposti di una civiltà giuridica dove allignano i valori». L'applicazione dei principi – afferma VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, cit., p. 48 – è soggetta al rigore dell'argomentazione, la quale si “nutre” di tecniche e di strumenti interpretativi nuovi originati dal sistema italo-europeo delle fonti (dall'interpretazione costituzionalmente orientata, alle tecniche di diritto dell'Unione europea).

¹⁰⁷ Il primo dei tre principi di diritto posti da Cass., n. 13000/2019, cit., è il seguente: «Le dichiarazioni rese all'ufficiale dello stato civile, se dirette, esclusivamente, a dare pubblica notizia di eventi, quali la nascita o la morte, rilevanti per l'ordinamento dello stato civile per il solo fatto di essersi verificati, impongono al menzionato ufficiale di riceverle e formare nei suoi registri processo verbale per atto pubblico, *senza che gli spetti di stabilire la compatibilità, o meno, di detti eventi con l'ordinamento italiano e se, per questo, abbiano rilevanza e siano produttivi di diritti e doveri*. Diversamente, qualora, tali dichiarazioni siano, di per se stesse, produttive di effetti giuridici riguardo allo status della persona cui si riferiscono, l'ufficiale dovrà rifiutare di riceverle ove le ritenga in contrasto con l'ordinamento e con l'ordine pubblico» (corsivo mio). Non mi sembra così netta questa distinzione quando si dichiara che la nascita è avvenuta in conseguenza della fecondazione *post mortem*. Ad ogni modo, la sentenza continua affermando che, in caso di contenzioso ai sensi degli artt. 95 ss. d.P.R. n. 396/2000 – secondo principio di diritto – il Giudice, nel verificare se si vi sia corrispondenza o meno tra realtà di fatto e quanto formalizzato nell'atto di stato civile «dispone di una cognizione piena, potendo attivare tutte le risorse istruttorie fornitegli dalle parti».

Nel caso di specie, l'ufficiale dello stato civile, stante la completezza della documentazione prodotta, avrebbe dovuto recepire le indicazioni della madre riportate in atto a sostegno della doppia genitorialità, materna e paterna.

Un ultimo punto. Sotto il profilo della successione *mortis causa*, dovrebbe ammettersi la successione del figlio al padre, sebbene al momento dell'apertura della successione di quest'ultimo non vi fosse delazione nei suoi confronti. Salvo a voler ritenere che, stante la nascita differita dall'uso della tecnica procreativa, non si ricorra alla *fictio iuris* di far risalire la filiazione al momento del consenso alla fecondazione *post mortem* e non della nascita.

In prospettiva *de jure condendo*, una disposizione che ammetta la fecondazione *post mortem* (auspicabile nel caso qui trattato), dovrebbe prevedere un termine massimo – ad esempio 2 anni – entro cui poter utilizzare il seme del coniuge/convivente defunto. Ciò al fine di delimitare l'arco temporale in cui far operare l'impedimento alla divisione sul modello dell'art. 715 c.c. dato dalla istituzione di erede di un nascituro non concepito.

12. Considerazioni d'insieme: complessità della filiazione e famiglia che cambia.

Il tema affrontato invita a formulare qualche riflessione conclusiva da introdurre con una domanda: nel diritto della filiazione (e della famiglia) vi sono acquisizioni nuove fondate su regole e principi che superano definitivamente talune ristrettezze concettuali, lasciando intravedere futuri sviluppi?

È una domanda che evoca quella dialettica tra verità e relativismo senza direzione («decostruttivismo»)¹⁰⁸ o tra postmodernità e neo-modernità¹⁰⁹.

¹⁰⁸ BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, cit., pp. 29 ss., dà conto di questa contrapposizione che si declina in diverse impostazioni (pp. 32-33).

¹⁰⁹ Dal punto di vista filosofico cfr. MORDACCI, *La condizione neomoderna*, Torino, 2017, pp. 72 ss. Sulla fine della stagione postmoderna cfr. anche ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 1 ss. e MAZZAMUTO, *Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 3, pp.845 ss.

Credo che vi sia spazio per alcune verità destinate ad ampliarsi; magari verità «minuscole»¹¹⁰, non definitive, eppure da valorizzare perché frutto di un'evoluzione socio-culturale europea, còlta e tradotta in regole soprattutto dalla giurisprudenza. La quale, nel momento applicativo, reinterpreta testi, concetti e categorie per giungere a un risultato di giustizia adeguato agli interessi in gioco¹¹¹. Quali sono queste verità?

Rivolgiamo uno sguardo d'insieme alle pronunce giudiziali in cui si trovano affermazioni e sottolineature come quelle che seguono: l'esistenza o meno della vita familiare (art. 8 Cedu) «è essenzialmente una “questione di fatto”, che dipende dalla sussistenza di legami personali stretti tra i soggetti che appartengono a un certo nucleo familiare»¹¹²; «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia» (art. 30, comma 4, Cost.)¹¹³; rilevano le «relazioni instaurate e consolidate nel tempo tra genitore e figlio (non biologico) sotto il profilo del diritto di quest'ultimo a conservare tale profilo caratterizzante l'identità personale fin dalla nascita»¹¹⁴; *l'interesse del minore è immanente nelle azioni di stato volte alla rimozione dello status filiationis*¹¹⁵ (diritto del figlio alla stabilità dello status acquisito); «sul piano assiologico, l'interesse del minore presenta un rilievo costituzionale

¹¹⁰ BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 33.

¹¹¹ LIPARI, *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1444, valorizza il principio di ragionevolezza nella ricostruzione delle norme giuridiche al fine di pervenire ad un «risultato di giustizia»; ragionevolezza quale fondamento della positività e non viceversa. Diversa è la posizione di ZACCARIA, *op. cit.*, p. 5, il quale ritiene che, applicando i principi «i giudici postmoderni si stiano rendendo sempre più autonomi rispetto alla legge, e tendano ad incrementare il loro potere».

¹¹² Cfr. tra le tante: Corte eur. dir. uomo, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ric. n. 6833/74; Corte eur. dir. uomo, 27 ottobre 1994, *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 18535/91; Corte eur. dir. uomo (Grande Camera), 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 2538/12, tutte in www.echr.coe.int. Cfr. anche Corte Giust. UE, 31 maggio 2018, *Valcheva c. Barbanarakis* C-335/17, in www.curia.europa.eu e Cass., 25 luglio 2018, n. 19780, in *Foro it.*, V, 2018, c. 3551 ss., sulla rilevanza del rapporto con l'ascendente di fatto (nonna non biologica).

¹¹³ Corte cost., n. 272/2017, cit., § 4.1.6.

¹¹⁴ Cass. civ., n. 12962/2016 cit., § 4.2.2.

¹¹⁵ Corte cost., n. 272/2017, cit.

primario e, quindi, sovraordinato a valori confliggenti espressi dalla legislazione nazionale ordinaria»¹¹⁶; l'art. 31, comma 2, Cost. non tutela esclusivamente la maternità che si manifesta con il parto, posto che il principio *mater semper certa est* è stato intaccato dall'evoluzione scientifico-tecnologica¹¹⁷. Deve ammettersi allora che l'art. 269, comma 3, c.c. «non introduce un principio di ordine pubblico, alla luce del preminente interesse del minore e considerando che [esso] attiene piuttosto alla prova della filiazione»¹¹⁸; «la valutazione dell'ordine pubblico deve effettuarsi tenendo conto del preminente interesse del minore»¹¹⁹ (art. 23 Reg. C.E. n. 2201/2003).

Rispetto a tutto questo, pongo in rilievo due aspetti.

Il primo. Si tratta di affermazioni scaturenti dall'evoluzione italo-europea del diritto; ed è questa prospettiva diacronica che costituisce l'antidoto più efficace contro l'esaltazione del fatto e lo scambio dell'essere col dover essere. È l'interesse preminente del minore il perno della valutazione giudiziale; un interesse che riceve spessore e concretezza se posto in sinergia con i diritti fondamentali dello stesso. Se ne richiamano due.

Il diritto alla conservazione della relazione e dello stato di figlio con i genitori; con quelli genetici ma anche con chi si sia assunto in certi casi la responsabilità della nascita. È, questo, un diritto costituzionale perché l'identità personale del figlio si lega inevitabilmente alla figura genitoriale di riferimento a prescindere dal vincolo genetico. Non a caso la Corte costituzionale ha, di recente, affermato che la mancanza di tale vincolo non è decisiva per accogliere l'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento cosiddetto per compiacenza¹²⁰. La prevalenza della responsabilità o della verità, com'è

¹¹⁶ Cass. civ., n. 19599/2016, cit., § 9.

¹¹⁷ Cass. civ., n. 19599/2016, cit., § 11.1. Anche in questo caso la Suprema Corte ha fatto leva sul collegamento tra legame genetico con la donna che aveva donato gli ovuli e il nato dall'altra donna sposata con la prima.

¹¹⁸ Cass. civ., n. 14878/2017, cit., riconosce lo stato di figlio nei confronti della coniuge con la quale non vi era legame genetico.

¹¹⁹ Cass. civ., n. 14878/2017, cit.

¹²⁰ Corte cost., n. 127/2020, cit., afferma che il giudice, investito della domanda di cui all'art. 263 c.c., al fine di comparare adeguatamente gli interessi in gioco – all'accertamento della verità e alla conservazione dell'identità sociale del minore – deve andare più in profondità rispetto alla mera alternativa verità/falsità dello

stato autorevolmente rilevato¹²¹, «si giustifica esclusivamente nell'interesse del minore [...], operando specificamente con i criteri di proporzionalità e di ragionevolezza».

Un altro diritto è quello del nato a non essere discriminato nella propria condizione giuridica in conseguenza delle condotte illegittime dei genitori. Occorre, pertanto, distinguere il piano dell'interesse pubblico perseguito dallo Stato attraverso la previsione di un divieto (com'era per la procreazione eterologa e com'è per la surroga biologica di maternità e per la fecondazione *post mortem*) dal piano della tutela dell'interesse del minore. Il principio di ordine pubblico che sta su livello sovraordinato rispetto ad altri valori concorrenti è quello della tutela dei diritti fondamentali del minore. Di conseguenza non può esservi conflitto né contraddizione tra il riconoscimento della genitorialità nei confronti del genitore intenzionale non genetico e il divieto interno di surroga biologica di maternità.

Il secondo aspetto attiene alla nozione di ordine pubblico internazionale. Il fatto che di esso sia stata accolta una nozione ristretta, ossia limitata ai diritti e ai principi costituzionali, comprese quelle disposizioni legislative attuative di tali diritti e principi, ha reso evidenti due dati: avere due genitori di sesso diverso - orientamento preferito dal legislatore - non è una scelta imposta dalla Costituzione; come pure non lo è la derivazione genetica quale unico fondamento

stato di figlio, considerando quattro variabili: «il legame del soggetto riconosciuto con l'altro genitore [quello genetico], la possibilità di instaurare tale legame con il genitore biologico, la durata del rapporto di filiazione e del consolidamento della condizione identitaria acquisita per effetto del falso riconoscimento [...], sia, infine, l'idoneità dell'autore del riconoscimento allo svolgimento del ruolo di genitore» (§ 4.3).

¹²¹ STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, cit., pp. 672-673. Che si debba ricorrere all'uso dei principi, con conseguente variabilità della decisione giudiziale, è inevitabile dal momento in cui la Corte costituzionale, come abbiamo visto, ha affermato che il principio del preminente interesse del minore è connaturato alle azioni di stato. Questa mutevolezza del *decisum* in considerazione delle caratteristiche del fatto è un pregio dell'ordinamento giuridico che manifesta elasticità. Negative sono le contrapposizioni interpretative sulle linee evolutive di fondo di una certa materia (ad esempio sulla rilevanza del fondamento genetico della filiazione) o sull'interpretazione di una singola disposizione di legge, con conseguente imprevedibilità della decisione giudiziale, da avversare con la nomofilachia e con le sentenze interpretative della Corte costituzionale.

della filiazione. Ne consegue, sia pur dopo un'attenta valutazione dei fatti, la legittimità del riconoscimento dello stato di figlio nei confronti del genitore intenzionale, del genitore morto prima della fecondazione e della seconda madre non legata geneticamente al nato¹²².

Questa impostazione non è incentrata sull'adulto a scapito del nato¹²³, consentendo al primo di soddisfare il desiderio di avere un figlio al di là delle regole di diritto interno. Semmai il riconoscimento della genitorialità è una conseguenza indiretta della priorità assiologica della tutela dei diritti fondamentali del nato. La Cassazione, nel riconoscere lo stato di figlio, non ha mai imperniato la motivazione, neppure implicitamente, sui diritti della coppia ma sempre su quelli del minore, ben consapevole che quest'ultimo possa essere oggetto di sfruttamento o di abusi. Qualora ciò dovesse palesarsi, è il giudizio di delibazione del provvedimento straniero la sede in cui promuovere la tutela del minore¹²⁴. Se però le due figure genitoriali non sono connotate negativamente, non vi è un interesse superiore a quello del nato di vedersi riconosciuto lo *status filiationis* nei confronti del genitore intenzionale non biologico.

Vero è che le questioni sollevate dalle pratiche di PMA qui esaminate, oggetto di divieti e di limitazioni, sono molto delicate e le

¹²² Come nel caso deciso negativamente da Cass. civ., n. 8029/2020, cit. Cfr. *supra* §§ 8-9.

¹²³ Così, invece, RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, cit., p. 693, secondo il quale «con l'ordinanza interlocutoria [...] "partendo" dal *best interest of the child*, si finisce per "approdare", come tante volte in passato, agli interessi degli adulti». L'Autore rileva come l'adozione e la procreazione eterologa, essendo distinte per finalità, non costituiscono un argomento a sostegno dell'esclusione della derivazione genetica quale principio generale. Egli inoltre ritiene improprio il riferimento dell'ordinanza alla surroga biologica altruistica (*id est* senza corrispettivo), compiuto per sottolineare la compatibilità della pratica con il principio di solidarietà. Ma l'argomento della Cassazione è funzionale a mostrare, in chiave di apertura a ordinamenti esteri, come il riconoscimento dello stato di figlio nei confronti del genitore intenzionale non pregiudichi i principi identificativi della Repubblica, ancora di più a fronte dell'esigenza di conservare lo *status* di figlio consolidatosi nel tempo. Sulla solidarietà e sulla stabilità dello stato fa leva AULETTA, *Riforme ed evoluzione del diritto di famiglia*, cit., p. 284.

¹²⁴ Cass. civ., n. 8325/2020, cit.

soluzioni opposte cui hanno dato adito si basano tutte sull'intento di attuare l'interesse del minore. *Quid iuris* allora? Forse la causa della diversità di opinioni, presenti anche in dottrina, è il volere trarre il significato del fatto, percepito come dirompente rispetto al sistema ordinamentale, fuori da esso, in ciò che è già noto e regolato, facendo un uso timido del principio del preminente interesse del minore. Soccorre la capacità di evolvere dei diritti e dei principi fondamentali, in considerazione del quadro giuridico complessivo di riferimento¹²⁵.

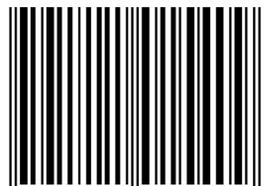
Da questo punto di vista, molto è mutato in tema di filiazione, in particolare sul suo fondamento non solo genetico, sulla non discriminazione dei nati a prescindere dalla loro origine (unicità dello stato di figlio), sull'accresciuto rilievo dei diritti all'identità personale e al rispetto della propria vita familiare e sulla non necessaria eterosessualità dei genitori.

Su queste basi, che indicano la direzione, si deve governare il presente e progettare il futuro¹²⁶.

¹²⁵ Secondo ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, cit., pp. 11-12, il ricorso ai principi, necessario per tendere alla «corrispondenza del giudicato ai valori generalmente condivisi nella società di riferimento [...], deve essere contenuto entro in confini di un sistema di riferimento normativo certo, e non arbitrariamente funzionalizzato ad esprimere estemporanee regole del fatto a quel sistema ignote».

¹²⁶ SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit., p. 579, sottolinea giustamente come la riforma 2012/2013 della filiazione non abbia affrontato le questioni più attuali originate soprattutto dalla PMA (ad es: nascita da una fecondazione *contra legem*). AULETTA, *Riforme ed evoluzione del diritto di famiglia*, cit., p. 288, propende per l'unificazione del regime delle azioni di stato, attraverso un nuovo intervento legislativo che abbia cura di tutelare «in maniera uniforme l'interesse del figlio alla stabilità» del proprio *status*. In particolare, appare priva di fondamento la regola che consente al padre vero di agire solo con l'azione impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263, comma 1, c.c.) e non anche con il disconoscimento della paternità. Opportune sono le modifiche prospettate dall'Autore all'art. 252 c.c. e alle disposizioni sul cognome (pp. 292-293). Occorrono anche disposizioni sulla genitorialità sociale.

ISBN 979-12-210-1540-9



9 791221 015409