



Minori e famiglia" class="voce">

Il diritto alla cura dei nati *contra legem* di Alberto Gambino

di [Alberto M. Gambino](#)

30 aprile 2021

Il diritto alla cura dei nati *contra legem*

di Alberto Gambino

Sommario: 1. I moniti - 2. Le vicende - 3. “Legami identitari” ovvero “*du lien parent-enfant*” -4. La ricerca concreta della “soluzione ottimale”: più diritti cioè più cura? - 5. Il grande assente: il diritto del minore alla genitorialità naturale, nelle sue varianti riproduttive.

1. I moniti

Due questioni dal significativo impatto etico-sociale sono recentemente approdate davanti alla Corte costituzionale italiana, avendo entrambe quale oggetto la possibile giuridificazione della c.d. genitorialità d'intenzione. L'una è la vicenda di due uomini, sposati in Canada e uniti civilmente in Italia, che – attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità – reclamavano lo stato genitoriale anche per l'*unito civile* che non aveva contribuito con il proprio gamete alla formazione dell'embrione che poi sarebbe stato generato. L'altra vicenda riguarda due donne, le quali - attraverso la pratica della fecondazione eterologa - avevano realizzato il loro “progetto procreativo”, salvo poi a separarsi e, nella crisi, rivendicare, l'una, la legittimazione esclusiva alla maternità e l'altra, l'applicazione, appunto, del principio della maternità d'intenzione.

Appare opportuno partire dalla fine e cioè dal diverso tenore dei due “moniti” della Corte.

Entrambe le decisioni si proponevano come punto centrale la risoluzione del problema relativo all'attuazione del "migliore interesse del bambino" in quelle date vicende, ponendosi il problema della rilevanza giuridica anche dell'interesse del componente della coppia che *biologicamente* non aveva legami con il minore. Eppure la diversità dei due rimedi per giungere alla maternità (surrogazione e fecondazione eterologa) evidentemente, nel bilanciamento di tutti i fattori in gioco – pubblici e privati – segna due decisioni di tenore diverso nel loro monito al legislatore, pur deponendo entrambe per l'inammissibilità delle questioni^[1].

Nel caso della nascita per surrogazione di maternità, auspica il primo Giudice delle leggi (sentenza n. 33/2021): *"Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco."*

Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicant interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore" [sottolineatura nostra].

Nel caso della nascita con fecondazione eterologa, con maggiore enfasi e perentorietà il secondo Giudice delle leggi (sentenza n. 32/2021), ammonisce: *"Il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incomprimibili diritti dei minori. Si auspica una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale. [...] Nel dichiarare l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia"*[sottolineatura nostra].

Le vicende di madre e padre intenzionali, dunque, sembrano essere meritevoli di un trattamento non omogeneo, almeno a stare dal monito che le riguarda, più determinato per la prima, più

prudente per la seconda. Come si vedrà in seguito, anche i suggerimenti della Consulta *de iure condendo* assumono contenuti solo parzialmente sovrapponibili.

2. Le vicende

Il caso dei due uomini (sentenza n. 33) origina da un'ordinanza della prima sezione civile della Corte di Cassazione (29 aprile 2020)^[2], con cui si solleva - con riferimento a più articoli della Carta costituzionale (artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma) e a una serie di disposizioni di carattere sovranazionale (art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo; artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 Convenzione sui diritti del fanciullo; art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) - questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché di altre norme precludenti un'interpretazione conforme al c.d. "diritto vivente" del provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri ("maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico (art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218; art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396).

La decisione riguarda un bambino nato in Canada da una donna "portante", che cioè aveva consentito che nel suo utero venisse impiantato un embrione formato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo di cittadinanza italiana, unito in matrimonio in Canada con un altro uomo italiano – con atto poi trascritto in Italia nel registro delle unioni civili.

Le autorità giudiziarie canadesi optano per la doppia genitorialità della coppia e i due uomini richiedono all'ufficiale di stato civile italiano di rettificare l'atto di nascita del bambino e, in seguito al rifiuto, presentano ricorso alla Corte d'appello di Venezia che lo accoglie. La Cassazione adita dal Ministero dell'interno e dal Sindaco rimette la questione alla Consulta, pur prendendo atto che nel frattempo è stata depositata la sentenza delle Sezioni unite civili 8 maggio 2019, n. 12193, che afferma il principio secondo cui non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore "d'intenzione" – trattandosi di principio di ordine pubblico a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione^[3]. Nella medesima decisione si suggerisce il possibile ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia).

A detta del giudice rimettente, i contenuti costituzionali cui andrebbe incontro il divieto di riconoscimento starebbero nell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione ai diritti del minore al

rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8 CEDU), nonché – con riferimento al diritto vivente cristallizzato dalla pronuncia delle Sezioni unite - negli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.

Rilievo significativo, inoltre assumerebbe, nella prospettazione dei giudici remittenti il parere consultivo della grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019, con il quale si è affermato che il diritto al rispetto della vita privata del bambino, ai sensi dell'art. 8 CEDU, richieda che il diritto nazionale offra una possibilità di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore d'intenzione come autentica *legal parent-child relationship*^[4].

Nel secondo caso, il Tribunale di Padova (ordinanza del 9 dicembre 2019) solleva questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e 250 del codice civile, anche qui con riferimento a più articoli della Carta costituzionale (artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma) e a una serie di disposizioni di carattere sovranazionale (artt. 8 e 14 Convenzione europea dei diritti dell'uomo; artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 Convenzione sui diritti del fanciullo).

In questa vicenda, la madre intenzionale di due gemelle, nate a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) – cui si è sottoposta l'allora partner della stessa – ha adito i giudici per ottenere, in via principale, l'autorizzazione a dichiarare all'ufficiale dello stato civile di essere genitore, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 40 del 2004, o di essere dichiarata tale dalla sentenza dello stesso Tribunale per aver prestato il consenso alla fecondazione eterologa, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge. Alla cessazione della relazione fra le due donne, infatti, l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori) è risultata impraticabile, in quanto l'art. 46 della medesima legge prescrive l'assenso del genitore legale dell'adottando, che, nella specie, è stato negato.

3. “Legami identitari” ovvero “*du lien parent-enfant*

Come ricorda la Consulta, il principio posto a tutela del migliore interesse del minore si afferma nell'ambito della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959 (principio 2), in cui si prevede che, nell'approvazione di leggi e nell'adozione di tutti i provvedimenti che incidano sulla condizione del minore, ai *best interests of the child* deve attribuirsi rilievo determinante (“*paramount consideration*”). Successivamente, pur in assenza di una espressa base giuridica, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricondotto all'art. 8, spesso in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, l'affermazione che i diritti alla vita privata e familiare del fanciullo devono costituire un elemento determinante di valutazione («*the child's rights must be the*

paramount consideration»^[5], così da reclamare garanzie anche per i legami affettivi stabili con chi, indipendentemente dal vincolo biologico, abbia in concreto svolto una funzione genitoriale, prendendosi cura del minore per un lasso di tempo sufficientemente ampio^[6]. A meno che un distacco si renda necessario nel suo superiore interesse, di volta in volta rimesso alla valutazione del giudice, il minore non deve essere separato dai genitori contro la sua volontà^[7]. Ne è seguita l'assimilazione al rapporto di filiazione del legame esistente tra la madre d'intenzione e la figlia nata per procreazione assistita, cui si era sottoposta l'allora partner, legame, dunque, che «tient donc, de facto, du lien parent-enfant»^[8].

Nel ripercorrere tali itinerari giuridico-giurisprudenziali relativi alla fisionomia progressivamente assunta dal c.d. miglior interesse del minore, la Consulta prova a fornire una risposta all'interrogativo se il diritto vivente già espresso dalle Sezioni unite civili (adozione in casi particolari), alla luce della complessità della vicenda, sia compatibile con i diritti del minore alla sua identità, che si formerebbe anche in relazione alla rilevanza del legame di filiazione. In questa direzione depongono talune decisioni della Corte di Strasburgo, a partire dal noto “caso Mennesson”, in cui si riconosce che tali legami siano parte integrante della stessa identità del bambino^[9], sia quando vive e cresce in una determinata famiglia sia quando si trovi nell'ambito di una determinata comunità di affetti, peraltro riconducibile, come ricorda la Consulta, al novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost.

Sta allora dentro il perimetro del “miglior interesse del bambino” che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico così da attuarsi pienamente negli ambiti dalla cura della sua salute, dell'educazione scolastica, degli interessi patrimoniali ed ereditari e, soprattutto, perché il minore sia identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte. E ciò anche laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale.

Vi è, dunque, violazione del diritto alla vita privata del minore il mancato riconoscimento del legame di filiazione tra lo stesso e i genitori intenzionali, proprio in considerazione dell'incidenza del rapporto di filiazione, anche di tipo sociale, sulla costruzione dell'identità personale.

La Consulta ritiene, in buona sostanza, che sia preferibile per il minore cristallizzare giuridicamente entrambi i legami genitoriali, anziché ridurli esclusivamente dentro il solo già

“legittimo”, così recependo il modello tradizionale della bi-genitorialità, che tuttavia affonda le radici nella differenziazione sessuale e, dunque, naturalmente procreativa della coppia. Dunque, un nuovo modello di bi-genitorialità sociale che mima quello naturale, senza tuttavia porsi il problema ben più profondo del perché nel modello naturalistico i genitori siano due e soltanto due.

4. La ricerca concreta della “soluzione ottimale”: più diritti cioè più cura?

La Consulta si mostra pienamente consapevole che il principio del *best interest of the child* non possa essere strumento interpretativo astratto – anche per la difficoltà di rappresentazione da parte del vero e unico titolare, il minore appunto – ma vada applicato modulandolo nella concretezza della vicenda data. Si invoca così il principio della ricerca della “soluzione ottimale” in concreto per l’interesse del minore, «quella cioè – secondo il magistero della Consulta - che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”» [\[10\]](#). Là dove, la cura della persona implica, in senso estensivo, anche il più ampio esercizio dei diritti e, correlativamente, la più estesa doverosità soggettiva delle pretese giuridiche rivendicabili. Dunque, non solo un problema di “qualità” dei diritti ma anche di “quantità”. Pertanto – anche per confutare la prospettiva adultocentrica, che pur si affaccia nelle due decisioni della Corte – si precisa che nelle vicende della genitorialità d’intenzione non sarebbe in discussione un preteso “diritto alla genitorialità” in capo a coloro che si prendono cura del bambino, bensì l’interesse del minore a che sia affermata in capo ai genitori intenzionali la titolarità giuridica di “quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l’ordinamento considera insindibilmente legati all’esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano ad libitum sottrarsi”. In questo senso, la Consulta afferma che l’interesse del minore non possa ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore “biologico”: “laddove, infatti, il minore viva e cresca nell’ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata” (Sentenza n. 33, sottolineatura nostra). Afferma ancora la Corte, nello stesso caso della procreazione per surrogazione di maternità: “Non v’è dubbio, in proposito, che l’interesse di un bambino accudito sin dalla nascita [...] da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia,

ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata” (Sentenza n. 33, sempre sottolineature nostre).

Merita allora approfondimento la locuzione “eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata”.

Nel caso della surrogazione, la Consulta, infatti, riconosce che l’interesse del bambino non possa essere considerato sempre prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco, dovendosi avere presente che in tema di diritti fondamentali, la prevalenza assoluta di uno di essi sugli altri comporterebbe la “tirannide” “nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona” (sentenza n. 85 del 2013).

Correttamente la Consulta ricorda che gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall’ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore (sentenza n. 33). Il bilanciamento tra gli interessi del bambino e la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l’ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale appare complesso (la sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2017 ha affermato, con parole forti, che la maternità surrogata “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”). Resta però ferma la rammentata necessità di riconoscimento del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura.

Altro è il divieto di trascrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo status di padre o di madre al “genitore d’intenzione”, divieto funzionale allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi. Altra è la necessità che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il “genitore d’intenzione”, al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati.

In altri termini, da un lato – stante la gravosità della vicenda di una maternità in surrogazione – la Corte non mette in alcuna discussione i possibili legami giuridici con la madre portante, ma, allo stesso tempo, dà per acquisito che il diritto alla genitorialità sociale dei genitori committenti corrisponde pienamente – potremmo dire senza ombra di discussione – all’interesse del minore.

Eppure qui, anche soltanto in chiave logico-argomentativa, più di un'ombra si riscontra. Delle due l'una: o si accetta che – stante l'impossibilità dichiarata di decidere i potenziali legami giuridici con la donna portante (unica madre del resto per il nostro ordinamento) – i genitori allora ben potrebbero essere tre, con buona pace della mimesi della bi-genitorialità anche nelle vicende che ci riguardano, con il corollario nevralgico di capire poi se ancora esista il *best interest of the child* in ipotesi di trigenitorialità; oppure ci si deve arrestare e con onestà intellettuale, capire che tale nodo è ineludibile.

Nodo che invece viene agevolmente sciolto nell'altra vicenda della eterologa. In questo caso, infatti, l'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, (accesso alle sole coppie di sesso diverso) come già detto, “non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali” (sentenza n. 32), non ritenendosi configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina.

La Corte richiama altresì la riforma del 2012 e del 2013, in tema di filiazione, che pone al centri i diritti del minore e la responsabilità genitoriale, che, tuttavia, come ricordato proprio sulle pagine di questa Rivista, “si tratta di situazioni che non possono essere poste sullo stesso piano al fine di invocare una presunta violazione del principio di uguaglianza e di unicità dello stato di figlio” [\[11\]](#).

5. Il grande assente: il diritto del minore alla genitorialità naturale, nelle sue varianti riproductive

Il contenuto delle due decisioni della Consulta muove, dunque, da un assunto apparentemente granitico: che vi sia assoluta necessità di riconoscimento giuridico del “legame” tra il minore e il convivente non genitore naturale. A deporre per la corrispondenza “logica” tra tale urgenza e una piena tutela dell'interesse del minore si richiama, in questo senso, l'obiettivo di dare attuazione ai diritti fondamentali del generato. L'indagine analitica dei percorsi giurisprudenziali e normativi affrontati dalle due decisioni della Consulta non si occupa, però, di un'altra prospettiva altrettanto meritevole: l'incidenza, anche nelle vicende affrontate dalla Corte, del diritto del minore alla genitorialità naturale. Ne emerge un quadro parziale, dove, accanto all'apprezzamento per l'esaustività dei richiami favorevoli alla tesi condivisa dalla Consulta non può che accostarsi un rilievo per una certa lacunosità rispetto all'assenza di una riflessione, anche critica, dei contenuti di bisogni ed esigenze di tutela del minore connessi con il tema della genitorialità biologica.

Occorre, infatti, osservare che il paradigma costituzionale della genitorialità naturale ha una sua profonda ragione d'essere, proprio nella cristallizzazione delle prerogative che comporta nel mondo giuridico il legame biologico tra figlio e genitore. Così come le argomentazioni delle Corti hanno radicato la tutela del legame sociale tra genitore di volontà e minore nel diritto all'identità del generato e alla responsabilità del genitore sociale, identiche premesse possono essere richiamate per dare fondatezza alla rilevanza della genitorialità naturale.

Un punto di osservazione maggiormente realistico, che abbia di mira la tutela del generato, non può in effetti trascurare *a priori* il legame naturale e biologico tra due esseri umani.

Si riflette sui temi della salute e della cura, specie laddove sia necessario per motivi di cura risalire all'identità sanitaria del genitore; si pensi al diritto, consolidato, di ciascuna persona a le proprie origini biologiche; si pensi - e qui il discorso si fa particolarmente complesso - al significato esistenziale/collettivo che assume la presa d'atto che soltanto la generazione biologica è in grado di assicurare discendenza all'umanità. In altri termini, non si può evadere il quesito di senso che reclama la precondizione della genitorialità biologica e ridurla a fattore "esterno" da rimuovere per cedere il passo dinnanzi a nuove esigenze di garanzia di legami sociali e affettivi tra le persone. D'altro canto, anche il principio dell'autoresponsabilità, nei termini di libertà procreativa, non può restare immune da valutazioni ma richiede l'approfondimento del significato umano e sociale del fatto del generare una persona umana.

Efficacemente, c'è chi, in effetti, ravvisa proprio nella prospettiva naturalistica della genitorialità biologica uno straordinario potenziale emancipatorio da talune deformazioni insite nella assolutizzazione del solo legame sociale proprio in casi pregni di conflittualità tra genitori sociali, naturali e conviventi^[12].

Cosa accadrebbe, infatti, se la madre portante volesse trattenere il generato con sè? Cosa prevarrebbe, in questo caso, l'accordo negoziale – come accade nei Paesi che ammettono la maternità surrogata – o, appunto, il diritto inalienabile ad essere riconosciuto genitore del soggetto nato; per converso, quest'ultimo potrà reclamare la maternità del genitore naturale? E, ancora, nel caso di una fecondazione eterologa, praticata da una coppia di donne, davvero non ha alcuna rilevanza giuridica la figura del donatore del gamete?

Si tratta solo di alcuni tra i tanti quesiti ineludibili che il giudice delle leggi avrebbe potuto/dovuto affrontare per dare maggiore compiutezza ai ragionamenti sviluppati. Con ciò non si vuole certo affermare che non abbiano rilevanza fatti relazionali socialmente riconosciuti e radicati nella vita del minore. Così come, nei casi concreti, non si può non rimarcare che il

migliore interesse del minore consista perlopiù nel restare nell'alveo della coppia sociale e non invece esservi sottratto per un successivo inserimento, nell'ambito della procedura adottiva, in una famiglia nuova.

Ora, la soluzione concretamente segnalata dalle Sezioni unite cioè il ricorso alla disciplina dell'adozione in casi particolari aveva il merito di sottoporre al vaglio giudiziale, nell'ottica del concreto interesse del minore, la rilevanza giuridica del legame con il genitore intenzionale, pur con l'effetto di una certa sopravvalutazione, come detto, della ineludibilità di una sua formalizzazione, quasi che ciò abbia la capacità taumaturgica di cancellare la realtà delle cose. A ben vedere, è proprio dal bilanciamento degli interessi in gioco - cui non può essere a priori escluso quello connesso alla genitorialità naturale - che si può giungere alla migliore soluzione a tutela dell'effettivo interesse del minore nella concretezza della realtà data. In questa direzione, proprio i diversi strumenti dell'autonomia privata potrebbero offrire contributi significativi, evidenziandosi peraltro come nelle attuali evoluzioni della materia del diritto di famiglia la mancanza di formalizzazione normativa dei legami affettivi e sociali non implichi affatto assenza di garanzie per la tutela di una loro continuità.

Quanto agli strumenti giurisdizionali che l'ordinamento appresta per dare attuazione al diritto/dovere del genitore d'intenzione, la soluzione del possibile ricorso all'adozione in casi particolari, ritenuto esperibile dalle Sezioni unite civili, come detto, appare ai giudici costituzionali non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati. La necessità dell'intervento legislativo discende dalla constatazione che l'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante, limita i vincoli di parentela con altri ascendenti e collaterali e, soprattutto, implica il necessario assenso del genitore "biologico" [\[13\]](#). La Consulta, dunque, suggerisce, in via esemplificativa ed alternativa – almeno nella vicenda della fecondazione eterologa - una possibile "riscrittura" delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione "sociale", lasciando il doveroso margine di apprezzamento al legislatore. L'indicazione è solo apparentemente "aperta", in quanto sembra davvero arduo riscrivere le previsioni in materia di riconoscimento, se non assegnando in definitiva un problematico (per quanto sin qui detto) diritto allo *status* anche nei confronti del committente privo di legame biologico.

Nel caso della surrogazione di maternità, la Consulta fa invece riferimento ad una disciplina genericamente "più aderente alle peculiarità della situazione in esame", rispetto alla quale, occorre tenere presente che, in vista della migliore e concreta realizzazione dell'interesse del

minore, non può però eludersi, anche qui, un vaglio giudiziale della reale consistenza del rapporto *de facto* col *partner* del genitore. Nell'interpretazione e nella valorizzazione dell'effettivo legame sociale tra il minore e il genitore d'intenzione, un prudente vaglio giudiziale appare in definitiva più coerente con la pluralità degli interessi in gioco e il loro diverso atteggiarsi nelle vicende concrete.

In questa prospettiva potrà eventualmente valutarsi anche la rilevanza di un diritto del generato alla genitorialità naturale e l'esigenza ad esso sottesa di garantire il significato personalistico della generazione umana.

Del resto, anche ove si riconosca un rapporto col genitore biologico, potrà essere comunque garantita la continuità del rapporto *de facto* col committente privo di legame biologico senza dar corso alla sua formalizzazione.

Certamente entrambe le decisioni della Consulta intendono ampliare l'orizzonte dei diritti per il minore. Ma mentre nel caso della fecondazione eterologa la Consulta richiama – pur con i limiti e le critiche espresse – anche possibili soluzioni pienamente legittimanti della formalizzazione di uno status, gli stessi esiti sono prudentemente taciti nel caso della surrogazione di maternità.

Il disvalore sociale e costituzionale tra le due vicende è evidente. Nessuna di esse supera la barriera dell'ammissibilità, ma soltanto il caso dell'eterologa la dinamica *legame-identità-migliore interesse* reclama – nelle espressioni della Corte - una soluzione forte.

Oltre alla differente gravità delle violazioni delle norme previste dalla legge nei due casi, non si può a questo punto non osservare che si tratta di due fatti generativi che proprio in termini di rilevanza dell' "altro" legame con il genitore naturale, mostrano disomogeneità. E ciò perché il concetto di legame è più profondo di quello che appare anche nella sua dimensione di corporalità.

Nel caso della donazione di un gamete presupposto dell'eterologa, ci si spoglia della genitorialità ancor prima di avere acquisito un "legame" con il nascituro; diverso è, invece, il caso della surrogazione. Ci sono nove lunghissimi mesi in mezzo. Adriano Ossicini, padre della psicologia italiana, ha scritto volumi sulla rilevanza di un profondissimo legame non solo fisico ma addirittura psicologico del generato all'interno del grembo materno nel periodo della gravidanza [14].

La Consulta non azzarda esiti formalmente legittimanti alla genitorialità d'intenzione praticata con la tecnica della maternità surrogata, arrestandosi davanti all'intuitivo disvalore sociale della

pratica vietata e pesantemente stigmatizzata. Forse, se avesse scavato più a fondo sulle ragioni ultime del disvalore penalistico della norma avrebbe rintracciato, oltreché ragioni deprecabili di sfruttamento di donne indigenti, anche un altro strettissimo legame biologico-esistenziale che si attiva tra la madre e il feto, certamente di qualità diversa rispetto al legame solo e puramente genetico tra il donatore del gamete e il generato.

[1] Afferma Renda in *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, nota a Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, pubblicata, tra l'altro, in *Corr. giur.* 2015, 481, che «la surrogazione di maternità destabilizza il sistema, violando principi fondamentali, assai più della donazione di ovociti».

[2] Il testo dell'ordinanza è pubblicato in *Fam. e dir.*, 2020, 675 ss., con note di G. Ferrando, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale* e di G. Recinto, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*; in *Corr. giur.*, 2020, 902 ss., con nota di U. Salanitro, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*. Cfr. anche G. Luccioli, *Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla Corte di Cassazione?*, in questa Rivista (22 maggio 2020).

[3] Per tale sentenza, si vedano: *Fam. e dir.*, 2019, 653 ss., con note di M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri* e G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, 737 ss., con nota di U. Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*; *Giur. it.*, 2020, 543 ss., con nota di A. Valongo, *La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*. Si legga anche G. Luccioli, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenJUS*, 2020 (www.articolo29.it, 23 maggio 2020).

[4] Per il testo dell'*Advisory Opinion* v. *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 757 ss., con nota di A. G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*.

[5] Corte EDU, sezione seconda, sentenza 5 novembre 2002, Yousef contro Paesi Bassi; sezione prima, sentenza 28 giugno 2007, Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo, paragrafo 133: «Bearing in mind that the best interests of the child are paramount in such a case»; grande camera, sentenza del 26 novembre 2013, X contro Lettonia, paragrafo 95: «the best interests of the child must be of primary consideration»).

- [6] Corte EDU, sezione prima, sentenza del 16 luglio 2015, Nazarenko contro Russia, paragrafo 66.
- [7] Corte EDU, grande camera, sentenza 10 settembre 2019, Strand Lobben e altri contro Norvegia, paragrafo 207.
- [8] Corte EDU, sezione quinta, sentenza 12 novembre 2020, Honner contro Francia, paragrafo 51.
- [9] Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, Mennesson contro Francia, paragrafo 96. Cfr., anche, l'altra sentenza “gemella” Labassee contro Francia, paragrafo 75.
- [10] Sentenza n. 11 del 1981 (con richiami all'art. 30 Costit); ed è stato ricondotto anche all'art. 31 Costit. dalle sentenze n. 272 del 2017, n. 76 del 2017, n. 17 del 2017 e n. 239 del 2014).
- [11] M. Bianca, La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020.
- [12] L'itinerario prescelto è svolto da E. Bilotti, *L'adozione semplice del figlio del convivente (dello stesso sesso)*, nota a Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuovo Diritto Civile*, 2016, 91 ss..
- [13] M. C. Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, *GenIUS*, 2020, 17.
- [14] *Ex multis*, da ultimo, ne *La Rivoluzione della psicologia*, 2008.