

GENITORIALITÀ E CONTINUITÀ DI AFFETTI: I DIRITTI DEI BAMBINI NEL SISTEMA EUROPEO*

Gisella Pignataro**

SOMMARIO: 1.- La continuità di affetti e l'interesse del minore; 2. - Partecipazione al progetto genitoriale: indici interpretativi europei; 3. - La genitorialità legale nel sistema inglese e olandese; 4. - Genitore intenzionale e tutela dell'identità del nato: la rivoluzione normativa francese; 5. – Dal doppio binario tra legge e giurisprudenza alle esitazioni interpretative del sistema tedesco; 6. - Il terzo genitore come *species* di genitore sociale: il panorama europeo; 7. – Considerazioni conclusive sul sistema italiano.

1.- La continuità di affetti e l'interesse del minore

La valorizzazione giuridica dell'affettività, ovvero della relazione consolidatasi nel tempo in assenza di un legame biologico con il minore, si afferma gradualmente come valore prima con la mitigazione delle rigidità normative dell'affidamento familiare per ergersi poi a protezione dell'identità del nato nella legge sullo stato unico di figlio con il termine di decadenza quinquennale all'azione di disconoscimento della paternità o per difetto di veridicità. A tale valore si ancora la tendenza giurisprudenziale che ha ampliato il raggio d'azione dell'adozione in casi particolari ex art. 44, l. 184/1983: estesa in via ermeneutica la nozione di impossibilità di cui alla lettera d), inteso come impedimento giuridico oltre che di fatto, la nozione diventa una clausola aperta e l'istituto, nato come marginale, ha progressivamente assunto un ruolo centrale per accordare valore giuridico a relazioni significative¹.

Con la c.d. adozione mite il minore non abbandonato, i cui genitori biologici non siano in grado di assicurare l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale in modo permanente, riceve assistenza in una famiglia piuttosto che ricorrere al ricovero in istituto o alla successione di affidamenti temporanei². La giurisprudenza ora si avvale della medesima locuzione per

* Il testo, integrato e con le note bibliografiche, riporta l'intervento nella riunione plenaria per l'Intergruppo parlamentare dedicato ai diritti fondamentali della persona nella qualità di esperto, Palazzo Carpegna, Aula dei Convegni del Senato della Repubblica, 7 marzo 2024.

** Professore associato di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Salerno.

¹ Discussa è l'interpretazione evolutiva della lett. d) dell'art. 44, l. 184/1983, in quanto interpretazione analogica di una norma eccezionale, vietata dall'art. 14, disp. prel. c.c., laddove si tende a superare i limiti posti dalle altre lettere dell'articolo: è il caso del minore non orfano, accudito da parenti entro il quarto grado, in contrasto con la lett. a) e della *stepchild adoption* in contrasto con la lett. b). Le oscillazioni giurisprudenziali favorevoli e contrarie confermano la necessità di un organico intervento del legislatore.

² A dispetto dell'affidamento temporaneo, disposto per carenza di assistenza morale e materiale reversibile in un tempo ragionevole, con la c.d. adozione mite il giudice tutela l'interesse a mantenere un qualsiasi legame con la famiglia d'origine anche quando non sia possibile ipotizzare il recupero del rapporto familiare, in coerenza con il principio che considera la dichiarazione dello stato di abbandono e conseguente adottabilità del minore un'*extrema ratio*. Questa lettura estensiva della lett. d) dell'art. 44, l. 184/1983, sollecitata dalla Corte di Strasburgo (21/01/2014, *Zhou v. Italia*, ric. n. 33733/11, in *Foro it.*, (2014), IV, 173 ss.) è ormai accolta anche dal giudice di legittimità in caso di semiabbandono permanente: Cass., 16/04/2018, n. 9373, in *Foro it.*, (2018), I, 1536 ss.; Cass., 13/02/2020, n. 3643, in *Fam. dir.*, (2020), 1063 ss.; Cass., 25/01/2021, n. 1476, in *Corr. giur.*, (2021), 1066 ss., nota di U. Salanitro, *L'adozione mite tra vincoli internazionali e formanti interni*. In dottr., G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Dir. succ. e fam.*, (2017), 84 ss.; L. Bozzi, *La tutela del minore: un'analisi non retorica de iure condito*, in *Dalla famiglia fondata sul matrimonio*

attribuire rilevanza giuridica alla relazione affettiva del minore con il partner del genitore biologico, data l'impossibilità del ricorso alla lett. b) dell'art. 44 quando trattasi di convivente e non coniuge del genitore, di partner in un'unione civile, di parenti entro il quarto grado di minore non orfano o di relazione non formalizzata³.

Il tema assume ulteriori sfumature allorché le istanze sociali richiedono la valorizzazione delle relazioni consolidate nelle famiglie ricomposte, quando il partner assume un ruolo nella vita dei figli del genitore biologico, con conseguente proliferazione delle figure paragenitoriali⁴.

Per affrontare il tema occorre dunque distinguere nettamente l'ipotesi della partecipazione al progetto genitoriale del genitore intenzionale dalla c.d. figura del terzo genitore che si aggiunge al secondo genitore biologico, di cui non si possono ignorare diritti e scelte educative. L'analisi in prospettiva europea e l'opzione per soluzioni disciplinari differenziate consolidano lo spontaneo processo di avvicinamento tra le legislazioni nazionali che connota la famiglia del XXI secolo.

2.- Partecipazione al progetto genitoriale: gli indici interpretativi europei

Il confronto con i sistemi europei deve necessariamente incentrarsi sulla legislazione nazionale, in ragione dell'ampio margine di apprezzamento che l'Europa riconosce agli Stati in materia familiare. Le uniche indicazioni degli organismi istituzionali europei si evincono dal parere consultivo richiesto dalla Francia alla Corte di Strasburgo⁵ e dalle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Nel quesito proposto, l'Assemblée plénière chiedeva se, rifiutando di trascrivere nei registri di stato civile francese l'atto di nascita, lo Stato violava l'art. 8 Cedu rispetto alla madre di intenzione e al figlio nato all'estero con la *gestation pour autrui*; se bisognava distinguere a seconda che il figlio fosse stato concepito o meno con i gameti della madre d'intenzione; se costei potesse adottare il figlio del suo coniuge, padre biologico, come strumento per costituire una filiazione legale nei suoi confronti. Il suggerimento della Corte è centrato sul rifiuto di ogni automatismo, per la delicatezza della materia familiare e personale. Lo Stato può scoraggiare il ricorso alla metodica proibita in patria, ma non ai danni dell'identità del minore in termini di *status filiationis*, di diritti nei confronti dei genitori, di cittadinanza. Rientra nel margine di apprezzamento degli Stati stabilire le modalità di costituzione del rapporto, senza procedere necessariamente alla trascrizione del certificato di nascita redatto all'estero, o la decorrenza

alla famiglia fondata sulla procreazione?, *Fam. dir.*, (2022), f. 11, 1038 ss., non nasconde le difficoltà di collaborazione tra famiglia di origine e famiglia adottiva nelle scelte educative, non soltanto perché non gradita, ma perché spesso problematica da governare in ragione dell'inadeguato grado di consapevolezza e maturità della famiglia di origine.

³ L'interpretazione estensiva della lett. d) dell'art. 44, l. 184/1983, maggioritaria e suffragata dalle giurisdizioni superiori, ha consentito di tutelare l'interesse dei minori in circostanze dove la rigorosa applicazione della regola avrebbe condotto a soluzioni inique: M. Cinque, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Riv. dir. civ.*, (2017), f. 6, 1475 ss.

⁴ M. G. Stanzione, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, (2010), *passim*.

⁵ La possibilità è stata introdotta dal Protocollo addizionale n. 16 allegato alla CEDU, entrato in vigore il 1/08/2018 con la ratifica del decimo Paese aderente al Consiglio d'Europa. In pendenza di un giudizio dinanzi alle più alte giurisdizioni nazionali delle Parti contraenti, è possibile richiedere un parere consultivo su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli.

non dalla nascita del bambino, ma da quando la relazione sia diventata significativa a giudizio delle autorità nazionali.

Esclusi gli automatismi, l'acquisto dello *status filiationis* è condizionato dall'accertamento in concreto del best interest del minore. Laddove però venga negata la genitorialità, occorre contestualmente individuare una persona responsabile della sua crescita ed educazione; non può comunque escludersi a priori il legame di filiazione con la madre committente, se le circostanze lo richiedano, né il diritto a conoscere le proprie origini. L'istituto dell'adozione consente al giudice di valutare il superiore interesse del minore nel caso concreto⁶, compresa l'eventuale inidoneità della madre o il rifiuto del consenso della madre surrogata.

Diversa è la prospettiva di intervento della Corte di Giustizia che, in ragione delle competenze funzionali dell'Unione europea, richiede agli Stati maggiore flessibilità a protezione del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio negli Stati membri, interesse prevalente rispetto all'identità nazionale⁷. In una recente questione sorta con la Bulgaria, la Corte dichiara che, se la madre è cittadina bulgara, la figlia ha la stessa cittadinanza. Quale cittadina europea, ha esercitato la propria libertà di circolare e di soggiornare in altro Stato membro per ricorrere alla pratica della fecondazione eterologa; il fatto che sia vietata in patria non legittima la negazione di diritti alla figlia, come il rilascio dei documenti di identità o un passaporto che ne condizionano la circolazione⁸. A giustificazione del rifiuto non può essere invocato il diritto nazionale, una volta che le autorità del diverso Stato membro, nella specie spagnole, hanno attestato legalmente il rapporto di filiazione, biologica o giuridica. In mancanza, il genitore non potrebbe accompagnare la figlia nell'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio europeo. A tal fine tutti gli Stati membri, comprese le autorità bulgare, sono tenuti a riconoscere il rapporto di filiazione per consentire il diritto di circolazione e di soggiorno senza impedimento alcuno.

La Corte sostiene infatti che l'obbligo di rilasciare una carta d'identità o un passaporto non interferisce con la competenza nazionale in tema di *status* delle persone, né minaccia l'ordine pubblico: matrimonio e genitorialità sono oggetto di libero apprezzamento del singolo Stato. Tuttavia, nell'esercizio di tale competenza, va rispettato il diritto dell'Unione sulle libertà fondamentali, cui è coesistente la conservazione dello *status* acquisito in un altro Stato membro in conformità al suo diritto interno, ma ai soli fini della circolazione. In altri termini, il rispetto di tale *status* non interferisce con il diritto nazionale se, in difetto di legame biologico, sia formalmente negata la cittadinanza come gli altri effetti civili ad esso connessi⁹.

⁶ Corte di Strasburgo, 16/07/2020, *D. c. France*, ricorso n. 11288/18.

⁷ Corte giustizia UE, grande sezione, 14/12/2021, n. 490, *V.M.A. v. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, in *Resp. civ. prev.*, (2021), f. 6, 2002 ss., sul rapporto tra art. 4 TUE e artt. 20 e 21 TFUE. Nella specie una coppia di donne, una bulgara e l'altra inglese, sposate a Gibilterra e residenti in Spagna, ricorrono alla fecondazione eterologa. L'atto di nascita della figlia, nata in Spagna, menziona entrambe come madre, ma non attribuisce la cittadinanza spagnola in quanto nessuna delle due madri è spagnola. Allorché la donna bulgara, per il rilascio del documento di identità bulgaro della figlia, chiede al Comune di Sofia l'atto di nascita, necessario per il rilascio del documento, l'ufficiale richiede prove sul legame biologico con la figlia, non desumibile dal provvedimento spagnolo. Il modello di atto di nascita in vigore secondo il diritto nazionale prevede una sola casella per la «madre» e un'altra per il «padre», senza contemplare la poli-genitorialità di genere. Favorevole ad un certificato europeo da rilasciare al momento della nascita al solo fine di esercitare i diritti derivanti dal diritto secondario dell'UE sulla libera circolazione ai soli cittadini europei, M. C. Baruffi, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, in *Fam. dir.*, (2022), f. 12, 1103.

⁸ Art. 4, paragrafo 3, direttiva 2004/38.

⁹ Per maggior approfondimento della problematica e delle contraddizioni di un'apolidia sostanziale non lesiva della cittadinanza europea, M. C. Baruffi, *La circolazione degli status familiari e l'acquisto della cittadinanza*

Uno sguardo ai principali sistemi giuridici europei evidenzia un diverso approccio disciplinare a seconda della funzione che la legislazione riconosce alle tecniche procreative con ricorso ad elementi biologici in tutto o in parte estranei alla coppia. Laddove il ricorso alle tecniche di riproduzione ha funzione rimediabile, la scelta afferisce alla libertà dell'individuo quale metodo alternativo al concepimento naturale, negoziabile, sintesi di libertà e responsabilità¹⁰ per il carattere strettamente personale della scelta. In questi ordinamenti le tecniche procreative rappresentano un rimedio alla sterilità endemica delle coppie omogenitoriali o dei singles rispetto al desiderio di soddisfare un bisogno di genitorialità. Laddove invece ad esse si assegna anche una finalità terapeutica, come nel sistema italiano, la procreazione medicalmente assistita è trattamento sanitario di un problema medico.

3. – La genitorialità legale nel sistema inglese e olandese

La prevalenza dell'interesse di riconoscere all'individuo la libertà di scelta nell'accesso alle tecniche riproduttive contrassegna la legislazione del Regno Unito. L'Human Fertilization and Embryology Act del 2008 non pone alcuna limitazione di *status* civile (coppia o single, coniugati o uniti in civil partnership, coppia di fatto) o di orientamento sessuale, salva l'esistenza di un rapporto di parentela; in applicazione del broccardo *mater semper certa est*, il parto attribuisce la maternità, mentre per la paternità titolo per l'assunzione della responsabilità genitoriale è il consenso espresso in forma scritta. La normativa più recente ha reso efficace la presunzione di paternità nei rapporti formalizzati, per cui il consenso formale alla fecondazione eterologa attribuisce in automatico la paternità, se vi accede una coppia sposata o unita in civil partnership¹¹; nelle coppie di fatto, invece, il consenso informato alla fecondazione eterologa è presupposto per il parental order, attributivo della paternità legale. Alcun legame di filiazione è configurato tra il terzo donatore e il nato.

Nella gestazione per altri il maggior spazio riconosciuto all'autonomia negoziale nel sistema inglese non esclude un controllo nel corso di un procedimento simile all'adozione, ma più rapido seppur rigoroso: nei sei mesi successivi alla nascita i committenti possono adire il giudice per ottenere un parental order che attribuisce loro il ruolo di genitori e interrompe il rapporto di filiazione con la madre naturale, che deve prestare il consenso. Due sono le ipotesi in cui il giudice nega il nuovo *status* del nato: se è venuto meno l'accordo delle parti oppure se manca una delle condizioni richieste per il rilascio del parental order alla coppia committente. Il pragmatismo tipico del common law trova riscontro in una disciplina ambivalente, alla ricerca di un compromesso giuridico tra valori antagonisti: il contratto, purché gratuito, non è nullo, ma non è suscettibile di esecuzione forzata; l'intermediazione retribuita è sanzionata penalmente, ma non i negoziati preliminari e si consente alle organizzazioni a scopo non lucrativo di proporre servizi a potenziali interessati; è previsto il versamento di un'indennità

nazionale nel rispetto del diritto dell'Unione europea, in *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, collana *Freedom, Security & Justice*, (2023), 348 ss.

¹⁰ C. Shalev, *Birth Power. The Case of Surrogacy*, Yale Univ Presse, (2009) (rist), dove si idealizza il libero mercato in tema di riproduzione, in quanto la donna - autonomo attore delle proprie scelte, con intelligenza, forza e conoscenza - è individualisticamente responsabile della gestione della sua naturale qualità fisica necessaria per la nascita di una vita umana. Analogamente, secondo J. A. Robertson, *Children of choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton, (1996), 22 ss., se libertà riproduttiva significa diritto di avere un figlio su propria scelta, in qualunque modo, esso non può conoscere né accettare limiti.

¹¹ Alla coppia sposata sono equiparate le coppie omosessuali unite in *civil partnership*, dove si opta per la denominazione di secondo genitore legale; la costituzione del rapporto di filiazione non è più subordinata all'adozione o al rilascio del *parental responsibility order*.

che non deve eccedere l'ammontare delle spese vive, ma sono talvolta calcolate con generosità, limite rimosso di recente purché la surrogazione commerciale sia effettuata all'estero. Con la maggiore età il nato da accordo di gestazione per altri ha diritto di conoscere le proprie origini¹². Nei Paesi Bassi la pratica, consentita, è affidata a strutture autorizzate, il Child Care and Protection Board, cui spetta attestare l'acquisto della piena responsabilità genitoriale. L'iter prevede un affidamento triennale dopo un periodo di tutela congiunta con l'ente e successiva adozione, a dispetto dei genitori naturali, incapaci o inadatti a curare un bimbo non voluto. La rigorosa disciplina non esclude atti di autonomia negoziale tra gli interessati che, pur non potendo negoziare lo *status* in deroga alle disposizioni di legge né la risarcibilità dell'inadempimento delle obbligazioni assunte dalla madre surrogata o patti limitativi delle libertà, possono offrire utili indicazioni al giudice sulle intenzioni dei contraenti nel procedimento di adozione. Fino ad allora per legge la gestante è madre del nato, indipendentemente dall'appartenenza degli ovuli; la presunzione di paternità attribuisce la genitorialità legale al marito della madre, finché non rinuncia formalmente al figlio¹³. Nonostante il libero accesso alle tecniche procreative, indicativa è la conservazione della regola che madre è colei che partorisce, la cui genitorialità è protetta finché non intervenga formale rinuncia al figlio. Né si accoglie una piena autonomia dispositiva in tema di genitorialità: il rifiuto degli automatismi è confermato dal controllo giurisdizionale o amministrativo nel procedimento costitutivo del rapporto di filiazione.

4. - Genitore intenzionale e tutela dell'identità del nato: la rivoluzione normativa francese

L'originario approccio della legislazione francese alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ne sottolineava la funzione terapeutica nella duplice prospettiva di tutela della salute psichica e di riequilibrio della condizione di disuguaglianza dovuta all'infertilità o al rischio di trasmissione di malattie genetiche gravi al nascituro. La donazione di materiale biologico, dunque, doveva sopperire esclusivamente a difficoltà mediche di uno o entrambi i membri della coppia. Ne derivava la limitazione del diritto di accesso, attribuito alle sole coppie eterosessuali indipendentemente dalla formalizzazione del vincolo affettivo, e l'assenza di un legame di filiazione tra il terzo donatore e il nato, con esclusione della possibilità di esperire azione di responsabilità nei suoi confronti¹⁴. La pratica era protetta da un diritto di anonimato, assoluto

¹² Articolata è la disciplina in tema di *information e disclosure of information*, di cui agli artt. 24 e 25, *Human Fertilisation and Embryology Act*, (2008). Per un'analisi critica, J. McCandless, S. Sheldon (2010), *The Human Fertilisation and Embryology Act (2008) and the tenacity of the sexual family form*, in *Modern Law Review*, 73 (2), 175-207.

¹³ Con un'interessante sentenza la Corte distrettuale impedisce la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato in Francia con ricorso alla maternità surrogata da parte di una coppia omosessuale: avendo la gestante, peraltro olandese, optato per il parto anonimo, non veniva menzionata nell'atto di nascita, a differenza di uno dei due uomini indicato come padre del bambino. Per la Corte infatti è contrario all'ordine pubblico non menzionare la madre nel certificato di nascita: *Rechtbank Den Haag*, 14/09/2009, *LJN: BK 1197*.

¹⁴ La filiazione era regolata all'art.10, l. 94-653 del 29/07/1994, c.d. legge bioetica, che ha inserito al Capitolo I, Titolo VII del Libro I del Code Civil, la Sezione IV intestata alla procreazione medicalmente assistita, di cui agli artt. 311-19 e 311-20. Le successive modifiche con l. 2004-800 del 6/08/2004 e l. 2011-814 del 7/07/2011, non avevano apportato sostanziali modifiche alle disposizioni precedenti: attribuzione del limite alla donazione di spermatozoi e ovociti, non congiunta; donazione condizionata di embrioni, consentita soltanto per embrioni soprannumerari derivanti da fecondazione omologa di altra coppia subordinata ad una decisione giudiziaria, per poi consentire di destinare gli embrioni crioconservati alla ricerca scientifica o alla fecondazione eterologa: art. 24, l. 2004-800 del 6/08/2004, che ha apportato modifiche al *Code de la santé publique*, e in particolare l'art.

verso i donatori e nei confronti del nato, benché discusso per motivi di incoerenza con il diritto identitario della persona; relativo rispetto al personale sanitario che aveva gestito la procedura. La prospettiva regolamentare muta con la riforma che introduce il *mariage pour tous*¹⁵ seguita dalla nuova legge di bioetica¹⁶ che ha esteso l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie femminili e alle donne single. La riforma introduce una sorta di filiazione intenzionale tramite riconoscimento anticipato del nascituro alla presenza di un notaio; al momento della nascita, nei confronti della donna che partorisce la filiazione viene attestata nel relativo certificato, mentre per la costituzione del rapporto con il genitore intenzionale occorre un riconoscimento congiunto.

Diversamente per la gestazione per altri: il divieto normativo, che persiste, esclude rilevanza giuridica all'autonomia negoziale con conseguente nullità dei contratti qualificati in frode alla legge oltre che contrari all'ordine pubblico internazionale. La rigorosa applicazione del limite ha condotto al rifiuto della trascrizione degli atti di nascita nei registri di stato civile francesi per sospetta gestazione per altri anche in presenza di un legame biologico, prassi sanzionata dalla Corte di Strasburgo¹⁷. La motivazione giuridica del rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita, seppur fondata, confliggeva con la necessità di valorizzare la parentela biologica per ragioni identitarie, lese da una *troublante* incertitude contraria al prevalente interesse del minore. Successivamente la Cassazione francese prima ha mutato la propria giurisprudenza, autorizzando la trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero nel rispetto della filiazione biologica, salvo irregolarità, falsificazione o difformità dei dati dichiarati¹⁸; a seguito del parere consultivo richiesto alla Corte di Strasburgo¹⁹, la giurisprudenza ha esteso il riconoscimento al provvedimento straniero attributivo della genitorialità. Dopo un breve periodo di oscillazione giurisprudenziale, oggi il problema della genitorialità è risolto con l'adozione *simple et plénière*, il modo privilegiato di costituzione del legame di filiazione con

2141-4; il consenso informato, espresso in forma scritta, del donatore e di uno o entrambi i membri della coppia, revocabile, ma solo prima dell'intervento; la riserva dell'attività di raccolta, trattamento, conservazione e cessione di gameti soltanto a favore di organismi pubblici e privati a scopo non lucrativo, con cui si è passati dall'autoregolamentazione, salvo il rispetto delle regole deontologiche di categoria, ai *Centre d'Étude et de Conservation des Oeufs et du Sperm* (acronimo CECOS) che, da associazioni di diritto privato, sono stati poi trasformati in enti pubblici con le leggi di bioetica che disciplinano i cd. diritti di terza generazione.

¹⁵ LOI n° 2013-404 du 17/05/2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, in <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2013/5/17/JUSC1236338L/jo/texte>.

¹⁶ LOI n° 2021-1017 du 2/08/2021 *relative à la bioéthique*, in <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2021/8/2/SSAX1917211L/jo/texte>.

¹⁷ Si leggano i casi *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, trattati simultaneamente: Cedu, 26/06/2014, *Mennesson c. France*, ric. n. 65192/11, in *Foro it.*, (2014), IV, 561 ss. e Cedu, 26/06/2014, *Labassee c. France*, ric. n. 65941, in *Resp. civ. prev.*, (2014), f. 6, 2041 ss. In entrambe le controversie ricorre la paternità genetica e la donazione dell'ovulo, registrazione nell'atto di nascita dei committenti come padre e madre dei nati, rifiuto della trascrizione degli atti di nascita nei registri di stato civile francesi perché, in assenza della prova del parto, si sospetta la surrogazione di maternità. Per la Corte, il rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita non è qualificabile come illecita ingerenza dello Stato francese rispetto ai ricorrenti; diversamente per i minori, non artefici ma destinatari delle scelte genitoriali. La rilevanza giuridica del rapporto di filiazione limitata all'ordinamento *natio*, seppur consente il compimento di atti quotidiani nei rapporti con le Amministrazioni nell'interesse del figlio, preclude taluni effetti civili, come la successione ereditaria.

¹⁸ Cass. Ass. Plén., 3/07/2015, n. 14-21.323 e Cass., Ass. Plén., 3/07/2015, n. 15-50.002, in *Bull.*, (2015), Ass. plén., n. 4. Emerge così una divaricazione tra legislazione e giurisprudenza, definita come uno "scisma" dalla dottrina: S. Paricard, *La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA: un schisme entre loi et jurisprudence*, in *Recueil Dalloz*, (2020), 426 ss.

¹⁹ Sui contenuti si rinvia alla nt. 5.

il genitore sociale dopo la recente Loi relative à la bioéthique²⁰. L'istituto della *délégation d'autorité parentale* a favore della madre d'intenzione, utilizzato nei confronti del figlio del partner per attribuire la responsabilità genitoriale ma sotto il controllo del giudice tutelare, non è stato mai richiesto per la sua funzione essenzialmente assistenziale.

Ribaltata è invece la disciplina sull'accesso ai dati del donante. La nuova legge di bioetica già aveva consentito l'accesso alla maggior parte dei "dati non identificativi" del donatore (età, caratteristiche fisiche, situazione familiare, luogo di nascita, motivo della donazione, impiego) e anche, se lo si desidera, alla sua identità. Con la legge vigente²¹ da settembre 2022 è stata introdotta una deroga all'assolutezza del principio dell'anonimato dei donatori: il donatore di gameti dovrà obbligatoriamente rilasciare i dati non identificativi mentre potrà spontaneamente comunicare anche i propri dati identificativi o essere consultato per autorizzare il rilascio dell'informazione ai figli nati dalla sua donazione che ne facciano richiesta, anche per finalità non terapeutiche. L'anonimato è assoluto *ante* procreazione: non è possibile scegliere il donatore né costui può scegliere a chi donare. L'abolizione del diritto di anonimato non implica comunque la costituzione di alcun legame di filiazione con il donatore²².

5. – Dal doppio binario tra legge e giurisprudenza alle esitazioni interpretative del sistema tedesco

In assenza di una legislazione organica, le coordinate si traggono dalla Grundgesetz, la Legge Fondamentale, che pone il limite invalicabile della tutela della dignità umana e del diritto alla vita e all'integrità fisica, e dall'Embryonen schutzgesetz (ESchG), la legge sulla protezione degli embrioni²³, che assicura tutela prevalente alla vita prenatale rispetto all'autodeterminazione dei genitori; gli effetti civili invece si desumono dal diritto di famiglia (§ 1591 e 1600, comma 4, BGB). L'istanza identitaria della persona ha legittimato una iniziale rigorosa disciplina, che ammetteva la fecondazione eterologa soltanto in casi eccezionali, previa autorizzazione ed esclusivamente per le coppie sposate. La funzione terapeutica del ricorso a tecniche di assistenza medica per la procreazione restringeva la liceità in funzione della cura della sterilità o in presenza di malattie trasmissibili geneticamente, con conseguente esclusione delle coppie omogenitoriali e dei single.

La disciplina, oggetto di potestà legislativa concorrente a seguito della modifica costituzionale²⁴, è integrata dalle Linee guida del Consiglio scientifico dell'Ordine medico nazionale²⁵ dove, ai limiti normativi sugli aventi diritto tra cui rientra anche la coppia che convive stabilmente, si aggiungono condizioni sul numero di ovuli oggetto di transfer e divieti

²⁰ V. Calderai, *Ordine pubblico internazionale e drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, (2022), f. 3, 478 ss.

²¹ Décret n° 2022-1187 du 25/08/2022 relatif à l'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur pris en application de l'article 5 de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique et portant modification des dispositions relatives à l'assistance médicale à la procréation.

²² D. Amoroso, M. F. Orzan, *La tutela dell'anonimato del donatore di cellule riproduttive nella procreazione assistita*, in *Giur. it.*, (2023), f. 12, 2567 ss.

²³ Embryonenschutzgesetz vom, 13/12/1990 (BGBl. I S. 2746), da ultimo modificata dall'art. 1, legge 21/11/2011 (BGBl. I S. 2228).

²⁴ Art. 74, come modificato dalla L. 27/10/1994, *BGBI. I*, 3146 di revisione della Legge fondamentale.

²⁵ Le Linee guida modello del 3/12/1998, modificate il 17/02/2006, confermano la natura terapeutica e sussidiaria delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, che non possono intendersi come modalità di concepimento alternativa al metodo naturale.

volti a garantire l'univocità biologica e sociale della madre, con il divieto di maternità surrogata e un cauto approccio alla fecondazione eterologa, da intendersi come *extrema ratio*, a seguito del fallimento della fecondazione omologa. Inoltre, il divieto di anonimato del donatore legittima il figlio a esercitare le azioni di stato per impugnare la paternità giuridica del marito della madre o il riconoscimento, a tutela del diritto inviolabile alla conoscenza delle proprie origini genetiche.

Questo rigore normativo è stato attenuato dalla legge che, con la modifica del § 1353 BGB, ha introdotto il diritto di sposarsi per le persone dello stesso sesso²⁶ oltre alla possibilità di adozione congiunta di minori²⁷. In attesa di una riforma organica della filiazione, alcuna norma contempla un modo di acquisizione dello stato giuridico di figlio nelle coppie omogenitoriali diverso dalla genitorialità legale, né estende la presunzione di paternità. Infatti, in caso di fecondazione eterologa, che in Germania non è regolamentata ma *de facto* praticata e tollerata, il legislatore ha concesso al partner del convivente la possibilità di adottarne il figlio con il consenso dell'altro genitore naturale e dei servizi sociali, se è coerente con l'interesse superiore del minore, assumendo così la piena responsabilità genitoriale (§ 1741 BGB). In tal modo il figlio gode di due legami genitoriali legalmente riconosciuti.

Il carattere settoriale dell'intervento di riforma, che ha garantito l'adozione congiunta di minori anche nel same sex marriage, aveva prodotto una disparità di trattamento tra i partner coniugati o registrati e quelli conviventi: a dispetto dei primi, alle coppie conviventi era preclusa l'adozione individuale (la c.d. stepchild adoption) per l'esercizio congiunto della potestà genitoriale legalmente riconosciuta. Accogliendo un ricorso avente ad oggetto l'esclusione di fatto della stepchild adoption del figlio da parte del compagno convivente della madre biologica, il Bundesverfassungsgericht ne ha rilevato il contrasto con il principio di uguaglianza²⁸. Infatti, la genitorialità congiunta è consentita al genitore adottivo se coniugato con il genitore biologico o legale del minore; in assenza di matrimonio, l'adozione congiunta non era possibile senza che il genitore legale perdesse al contempo la parentela con il proprio figlio (§ 1754, commi 1 e 2, e § 1755, commi 1 e 2, BGB). Per effetto dell'intervento del Tribunale costituzionale è stata dichiarata illegittima la norma civile che faceva venir meno la parentela del genitore legale e invitato il legislatore a provvedere alla modifica normativa nel senso indicato; Bundestag e Bundesrat hanno puntualmente adempiuto con l'introduzione del

²⁶ Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, 20/07/2017, in *BGBI.*, I, 28/07/2017, 2787 ss.

²⁷ Con la novella della Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, del 15/12/2004, in *BGBI.*, (2004), I, 3396 il legislatore aveva già concesso al partner del convivente la possibilità di adottare il figlio con il consenso dell'altro genitore naturale e dei servizi sociali, assumendo la piena responsabilità genitoriale; successivamente il Tribunale costituzionale federale (BVerfG, 19/02/2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, in *NJW*, (2013), 847 ss.) ha consentito al convivente registrato anche l'adozione successiva di un figlio già adottato precedentemente dal suo partner, dichiarando l'incostituzionalità del divieto per violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 GG, sia rispetto al matrimonio, nel quale ciascun coniuge può adottare il figlio già adottato dall'altro, sia rispetto al figlio naturale di un convivente. La Corte costituzionale ha contestualmente demandato al legislatore il compito di formulare una nuova disciplina per l'adozione del figlio del convivente registrato, ottemperato con il Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner, 20/06/2014. Restava esclusa per i partner dello stesso sesso soltanto l'adozione congiunta di figli estranei alla coppia, definitivamente ammessa dalla Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts.

²⁸ Bundesverfassungsgericht (Trib. Cost. federale), ord. 26/03/2019, 1 BvR 673/17. La pronuncia è leggibile in lingua inglese al seguente indirizzo: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2019/bvg19-033.html>.

§ 1766a BGB che ha equiparato le convivenze stabili alle coppie coniugate in relazione alla stepchild adoption²⁹.

La soluzione legislativa conferma l'attribuzione della genitorialità secondo il sistema binario, biologica o legale. Soluzione estesa dalla Corte suprema federale alla gestazione per altri eseguita all'estero allorché, preclusa la trascrizione del certificato straniero contrario all'ordine pubblico per l'illiceità della pratica, indirizza la madre intenzionale verso la procedura di adozione³⁰. Eppure in precedenza il Bundesgerichtshof aveva ribadito il diritto del minore al riconoscimento dello *status* di figlio anche nei confronti del genitore intenzionale, non precluso dal § 1591 BGB³¹. Il ragionamento della Corte si incentrava sul diritto fondamentale del bambino a stabilire una relazione giuridica genitore-figlio e sul difetto di violazione della dignità della madre gestante se la partecipazione al procedimento sia libera e la consegna del nato abbia luogo senza costrizione, essendo irrilevante l'eventuale retribuzione o l'esistenza di un divario sociale. La decisione va letta in relazione ad un sistema che, a differenza di quello italiano, non ammette il parto anonimo e identifica la madre nella donna che ha partorito ai sensi del § 1591 BGB, a prescindere dalla sussistenza di un legame genetico tra i due. Poiché non ha senso imporre la maternità a chi non ha alcuna volontà di accudire il minore e la transnazionalità non consente di far valere i doveri parentali nei suoi confronti, il rifiuto del riconoscimento determinerebbe una situazione claudicante a detrimento del minore³². Resta insoluta l'ipotesi in cui nessuno dei due genitori intenzionali abbia anche un legame genetico con il nato. La tesi è stata poi ripresa dal Tribunale regionale superiore di Berlino³³.

²⁹ M. T. Rörig, *Germania*, in P. Passaglia (cur.), *L'adozione monoparentale*, Servizio studi Corte costituzionale, (2021), 27 ss.: le coppie sposate possono generalmente adottare il minore solo congiuntamente; l'adozione singola all'interno della coppia è possibile solo quando il coniuge vuole adottare il figlio naturale del coniuge, se l'altro coniuge è incapace o se non ha compiuto 21 anni (art. 1741, comma 2, BGB).

³⁰ In entrambe le ordinanze, BGH 20/03/2019, XII ZB 530/17 e XII ZB 320/17, l'istanza era stata presentata da una coppia tedesca eterosessuale residente in Germania, che si era avvalsa della maternità surrogata in Ucraina e, al rientro in patria, chiedeva il riconoscimento della genitorialità come registrato all'anagrafe ucraina e risultante dal certificato di nascita. Per la Corte le iscrizioni come il rilascio del certificato di nascita non producono effetti equiparabili a una decisione giudiziaria, e non erano quindi riconoscibili ai sensi del § 108 FamFG.

³¹ BGH, 5/09/2018 – XII ZB 224/17, in *FamRZ*, (2018), 1846 ss., con nota di P. M. Reuß; e in *NZFam*, (2018), 983 ss., con nota di M. Löhnig. Nella specie, il minore aveva già acquisito lo *status* di figlio nel sistema statunitense. La sentenza riprende quanto già sostenuto in precedenza: BGH, 10/12/2014 – XII ZB 463/13, in *NJW*, (2015), 479 ss., con nota di B. Heiderhoff, *Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei Leihmutterchaft*.

³² Precisa la Corte «A differenza di una surrogazione di maternità realizzata sul territorio nazionale in violazione della legge, per la quale il diritto assegnerebbe al figlio due genitori legali a pieno titolo, la relazione claudicante di parentela con la surrogata, che non produce effetti nel suo Stato di origine, non soddisferebbe i requisiti imposti dall'articolo 2, comma 1, lett. i, congiuntamente all'art. 6 comma 2 Legge fondamentale, e dall'art. 8, comma 1 CEDU. In ogni caso, per tali ragioni al legislatore nazionale non dovrebbe essere consentito rifiutare di riconoscere il rapporto genitore-figlio tra genitori intenzionali e figlio, obiettivo a cui mira l'accordo di surrogazione di maternità, unicamente sul presupposto di considerazioni di prevenzione generale, secondo le quali in tal modo si impedirebbero (ulteriori) 'elusioni' del divieto nazionale di surrogazione di maternità. Se il benessere del bambino è al centro dell'attenzione, si deve allora tenere presente che il bambino non ha alcuna influenza sulle circostanze della sua nascita e rispetto alle quali non può essergli attribuita alcuna responsabilità». Concorda con questo approccio S. Patti, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta*, in *Riv. dir. civ.*, (2023), f. 3, 613 ss.

³³ KG, ord. 21/01/2020, 1 W 47/19 e del 17/03/2020, 1 W 298: le decisioni giudiziali estere, nella specie statunitensi, che accertino, ancor prima della nascita, la genitorialità legale dei padri omosessuali, vanno riconosciute ai sensi del § 108 FamFG, mentre la madre gestante, mai diventata "madre legale", non deve essere annotata nel registro delle nascite in Germania. Irrilevante è che il padre intenzionale sia anche il padre genetico del bambino.

L'identità biologica invece riceve piena tutela in questo sistema: il figlio ha sempre diritto di conoscere l'identità della madre biologica, come il genitore di verificare la propria genitorialità anche nell'ipotesi di ovodonazione³⁴.

6. – Il terzo genitore come *species* di genitore sociale: il panorama europeo

Comune ad entrambe le locuzioni, genitore sociale e terzo genitore, è la consolidazione di una relazione di fatto con il minore cui si vorrebbe attribuire rilevanza giuridica. A dispetto del genitore intenzionale, che non è terzo rispetto ai genitori biologici, il terzo genitore presuppone lo scioglimento di un'unione e lo sviluppo di una relazione affettiva con il minore in ragione della convivenza.

Nel sistema francese la relazione significativa tra il minore e un terzo, non legato da vincoli di sangue ma con esso convivente, assume rilevanza giuridica soltanto se riconducibile ad uno dei due istituti: l'adoption simple o la *délégation de l'autorité parentale*. Il primo è costitutivo di una genitorialità legale³⁵, revocabile in determinate condizioni³⁶, ma non interrompe il legame dell'adottato con la famiglia d'origine³⁷. Per effetto dell'adozione l'adottante acquista l'autorità genitoriale nei confronti dell'adottato congiuntamente con l'altro componente della coppia, il quale ne conserva da solo l'esercizio; l'esercizio congiunto presuppone invece una dichiarazione congiunta con l'adottante indirizzata al Tribunal de grande instance³⁸. La costituzione di legami affettivi è tutelata dal giudice del tribunale della famiglia se il terzo ha coabitato con il minore, provveduto alla sua educazione e mantenimento e costruito rapporti affettivi duraturi. In tal caso sarà il giudice a definire i termini del rapporto³⁹. Peculiare è la disciplina in tema di cognome, nazionalità, obbligazioni alimentari, diritti successori.

La *délégation de l'autorité parentale* ha invece una funzione essenzialmente assistenziale. Su richiesta al giudice, è possibile attribuire a un terzo l'esercizio dell'autorità genitoriale ma spetta al giudice disporre sulle modalità di esercizio o sull'educazione del minore, seppur tenendo conto degli accordi conclusi tra padre e madre e il terzo, salvo se uno di essi indichi i gravi motivi che giustifichino la revoca del consenso⁴⁰. Il consenso all'adozione non può essere

³⁴ *Vaterschaftserklärungsgesetz*, 26/03/2008, *Bundesgesetzblatt I* (2008), 441; una più dettagliata normativa è nella legislazione in tema di diagnosi genetica: *Gendiagnostikgesetz*, 31/07/2009, *Bundesgesetzblatt I* (2009), 2529). Le modalità, concepite per la verifica di paternità, possono essere estese alla maternità naturale.

³⁵ I contenuti della genitorialità sono descritti dall'art. 371-1 code civil, come modificato dall'art. 1, L. 19/02/2024, n. 2024-120: «L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant».

³⁶ Art. 368 code civil: «S'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, lorsque l'adopté est majeur, à la demande de ce dernier ou de l'adoptant».

³⁷ Art. 371-4, co. 1, code civil: «L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit».

³⁸ Art. 370 – 1-8, code civil, modificato con ord. 5/10/2022, n. 2022-1292: «L'adoptant est titulaire de l'autorité parentale concurremment avec l'autre membre du couple, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal judiciaire aux fins d'un exercice en commun de cette autorité».

³⁹ Art. 371-4, co. 2, code civil: « Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables».

⁴⁰ Art. 376-1, code civil: «Un juge aux affaires familiales peut, quand il est appelé à statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou sur l'éducation d'un enfant mineur ou quand il décide de confier l'enfant à un tiers, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement».

mai delegato⁴¹. L'istanza proviene congiuntamente dai genitori ma, se le circostanze lo richiedono, essi possono richiedere anche separatamente che l'esercizio della potestà genitoriale sia delegato in tutto o in parte a un terzo, familiare o parente di fiducia⁴². In caso di disinteresse dei genitori o incapacità o impossibilità, la richiesta può essere presentata dal Dipartimento a tutela dei minori, dal pubblico ministero o dal familiare affinché il giudice deleghi totalmente o parzialmente l'esercizio della potestà⁴³. Il potere può cessare o essere trasferito ad altri se intervengono nuove circostanze⁴⁴.

La sentenza di delega può prevedere che, per esigenze educative, l'esercizio dell'autorità genitoriale del terzo delegatario sia condiviso con uno o entrambi i genitori, su loro consenso⁴⁵. Si parla di *délégation partage*, misura ipotizzata per le famiglie ricomposte, utilizzata nelle famiglie omoparentali prima degli ultimi sviluppi giurisprudenziali. Il rigore delle condizioni di ammissibilità (le circostanze, il consenso dei o di uno dei genitori biologici, la ricorrenza di esigenze educative, la conformità con l'interesse del minore) e le difficoltà che l'esercizio condiviso del potere può generare ne ha limitato l'utilizzo⁴⁶.

Entrambi gli istituti non conferiscono, pertanto, una genitorialità piena e presuppongono un controllo giurisprudenziale sull'idoneità all'assunzione del compito. Nella *délégation de l'autorité parentale* in particolare si trasferisce al terzo soltanto l'esercizio e non la titolarità dell'autorità genitoriale, tanto che normalmente è a termine data la sua funzione prevalentemente assistenziale. La preferenza del ricorso all'*adoption simple* piuttosto che alla *délégation de l'autorité parentale* da parte del genitore intenzionale conferma la diversità di funzioni.

Il sistema tedesco invece codifica il diritto di conservare contatti con il minore, se è conforme al suo superiore interesse (§ 1685, co. 1, BGB). Tale diritto riguarda non soltanto i nonni e i fratelli, ma chiunque si sia preso cura del minore, consolidato una relazione socio-familiare e

⁴¹ Art. 377-3, code civil: «Un juge aux affaires familiales peut, quand il est appelé à statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou sur l'éducation d'un enfant mineur ou quand il décide de confier l'enfant à un tiers, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement».

⁴² Art. 377, co. 1, code civil, come modificato dall'art. 3, L. 18/03/2024, n. 2024-233: «Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance».

⁴³ Art. 377, co. 2 e 3, code civil, come modificato dall'art. 4, L. 19/02/2024, n. 2024-120: co. 2: «En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale ou si un parent est poursuivi ou condamné pour un crime commis sur la personne de l'autre parent ayant entraîné la mort de celui-ci, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou un membre de la famille peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale»; co. 3 «Dans ce dernier cas, le juge peut également être saisi par le ministère public, avec l'accord du tiers candidat à la délégation totale ou partielle de l'exercice de l'autorité parentale, à l'effet de statuer sur ladite délégation».

⁴⁴ Art. 377-2, co. 1, code civil: «Le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est jamais délégué».

⁴⁵ Art. 377-1, co. 2, code civil: «Toutefois, le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégué».

⁴⁶ Cass. 1re, 31/03/2021, n° 19-19.275: «Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge (...) fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables», e nella specie nega al terzo la concessione del diritto di visita e la conservazione del legame in ragione del contrario interesse del minore. Per un'analisi più ampia, M. Hervieu, *Point sur la délégation de l'autorité parentale*, in *Dalloz Actualité*, 20 avril 2021.

assunto responsabilità affettiva nei suoi confronti. Responsabilità presunta nell'ipotesi di lunga convivenza⁴⁷. Il richiamo normativo all'applicazione analogica del § 1684, co. 2-4, BGB esclude ai genitori la possibilità di compromettere la relazione. Sulle modalità di attuazione può provvedere, tramite una dettagliata regolamentazione, il Tribunale della famiglia, che ne assicura l'effettività con l'adozione di provvedimenti *ad hoc* se l'obbligo viene violato in modo permanente o ripetuto o, all'inverso, limitare o escludere ogni rapporto se ciò sia necessario per il benessere del minore⁴⁸.

La normativa ha avuto recente applicazione in Italia per includere nel suo ambito di protezione la relazione tra minore e genitore sociale in occasione dell'interruzione di una convivenza tra la madre biologica, cittadina tedesca, e una cittadina italiana residente in Germania⁴⁹. La ricorrente aveva frequentato i bambini con regolarità e si era presa cura di loro anche sul piano economico ma, quando la madre si trasferisce a Milano per lavoro e porta con sé due dei tre figli, le viene negato ogni contatto con una di essi. L'istanza presuppone la giurisdizione italiana, riconosciuta in ragione della residenza abituale della minore per la durata del contratto di lavoro della madre⁵⁰, e l'applicazione della legge tedesca al giudizio in quanto verte su una

⁴⁷ § 1685, BGB: «(1) Großeltern und Geschwister haben ein Recht auf Umgang mit dem Kind, wenn dieser dem Wohl des Kindes dient.

(2) Gleiches gilt für enge Bezugspersonen des Kindes, wenn diese für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder getragen haben (sozial-familiäre Beziehung). Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung ist in der Regel anzunehmen, wenn die Person mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat.

(3) § 1684 Abs. 2 bis 4 gilt entsprechend. Eine Umgangspflegschaft nach § 1684 Abs. 3 Satz 3 bis 5 kann das Familiengericht nur anordnen, wenn die Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 erfüllt sind».

⁴⁸ § 1684, BGB «(1) Das Kind hat das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt.

(2) Die Eltern haben alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert. Entsprechendes gilt, wenn sich das Kind in der Obhut einer anderen Person befindet.

(3) Das Familiengericht kann über den Umfang des Umgangsrechts entscheiden und seine Ausübung, auch gegenüber Dritten, näher regeln. Es kann die Beteiligten durch Anordnungen zur Erfüllung der in Absatz 2 geregelten Pflicht anhalten. Wird die Pflicht nach Absatz 2 dauerhaft oder wiederholt erheblich verletzt, kann das Familiengericht auch eine Pflegschaft für die Durchführung des Umgangs anordnen (Umgangspflegschaft). Die Umgangspflegschaft umfasst das Recht, die Herausgabe des Kindes zur Durchführung des Umgangs zu verlangen und für die Dauer des Umgangs dessen Aufenthalt zu bestimmen. Die Anordnung ist zu befristen. Für den Ersatz von Aufwendungen und die Vergütung des Umgangspflegers gilt § 277 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend.

(4) Das Familiengericht kann das Umgangsrecht oder den Vollzug früherer Entscheidungen über das Umgangsrecht einschränken oder ausschließen, soweit dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Eine Entscheidung, die das Umgangsrecht oder seinen Vollzug für längere Zeit oder auf Dauer einschränkt oder ausschließt, kann nur ergehen, wenn andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre. Das Familiengericht kann insbesondere anordnen, dass der Umgang nur stattfinden darf, wenn ein mitwirkungsbereiter Dritter anwesend ist. Dritter kann auch ein Träger der Jugendhilfe oder ein Verein sein; dieser bestimmt dann jeweils, welche Einzelperson die Aufgabe wahrnimmt».

⁴⁹ Trib. Milano, 6 luglio 2023, in *Nuova giur. civ. comm.*, (2023), f. 6, 1319 ss., con nota di C. Campiglio, *Il riconoscimento del diritto di visita della terza madre di minore straniera: applicazione di una clausola "d'eccezione" per un caso eccezionale*. La controversia riguarda l'interruzione dei contatti tra la convivente e una delle figlie della madre biologica che, tramite fecondazione eterologa, aveva partorito tre figli nell'ambito di un progetto genitoriale condiviso con la ex coniuge, diventata genitrice tramite adozione.

⁵⁰ Il criterio della residenza abituale è indicato sia dal Reg. CE 2201/2003, c.d. Bruxelles II *bis*, applicabile alla controversia in quanto il successivo Reg. UE, 2019/1111, c.d. Bruxelles II *ter*, si applica alle azioni esperite dopo il 1° agosto 2022, mentre il Tribunale era stato adito nel luglio 2022; sia dalla Convenzione dell'Aja 1996 in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori.

misura di protezione e non sulla responsabilità genitoriale⁵¹. Considerati sia i possibili inconvenienti conseguenti all'impiego della legge italiana, sia soprattutto la più ampia tutela della persona del minore assicurata dalla legislazione tedesca, il giudice italiano sperimenta per la prima volta la clausola d'eccezione della Convenzione dell'Aja che introduce un elemento di flessibilità nella disciplina in tema di protezione dei minori. La convincente valutazione discrezionale del giudice è confortata dalla tutela che questa relazione familiare *de facto* riceve nelle Convenzioni europee a tutela dei diritti dei minori, che codificano la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul diritto al rispetto della vita privata (art. 8 Cedu)⁵², nonché nell'interpretazione della legislazione europea da parte della Corte di Giustizia secondo cui alcuna disposizione può restringere il numero di persone possibili titolari della responsabilità genitoriale o di un diritto di visita⁵³. Soltanto la normativa tedesca, infatti, consente di concedere a persona strettamente legata al minore (enge Bezugsperson des Kindes) un diritto di visita (Umgang), previo controllo giurisprudenziale della presenza di comprovato rapporto socio-familiare ed effettiva responsabilità (art. 1685, par. 2, BGB), a dispetto della legislazione italiana che garantisce il diritto di conservare un rapporto equilibrato e continuativo soltanto con ciascuno dei genitori (art. 337-ter, co. 1, c.c.) e tutela il diritto di visita soltanto degli ascendenti (artt. 317 bis e 337-ter, co. 1, c.c.)⁵⁴, senza estendere la protezione al genitore sociale.

⁵¹ L'applicazione della Convenzione dell'Aja e non dell'art. 36, l. n. 218/1995 di riforma del diritto internazionale privato in Italia viene motivato sia in ragione della sua tacita abrogazione con legge di ratifica successiva alla riforma, sia per il carattere universale della Convenzione, diventata esecutiva dal gennaio 2016.

⁵² La Convenzione sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata il 25/01/1996 e ratificata il 4/07/2003, nel definire all'art. 2, lett. b) i "detentori della responsabilità genitoriale" include soggetti diversi dai genitori tra coloro che possono esercitare in tutto o in parte la responsabilità genitoriale. La Convenzione sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli, adottata il 15/05/2003 ma non ancora ratificata dall'Italia, legittima i legami familiari con persone diverse dai genitori coerenti al superiore interesse del minore (art. 5, co. 1, così recita: «Sous réserve de l'intérêt supérieur de l'enfant, des relations personnelles peuvent être instituées entre l'enfant et des personnes autres que ses parents ayant avec lui des liens de famille»).

⁵³ Corte di Giustizia, 31/05/2018, causa C-335/17, in *Gazz. Uff. UE*, C 259/13. Rileva al punto 31 «Orbene, risulta dal documento di lavoro della Commissione relativo al riconoscimento reciproco delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale [COM(2001) 166 definitivo], del 27 marzo 2001, che il legislatore dell'Unione si è posto la questione di sapere quali siano le persone che possono esercitare la responsabilità genitoriale o beneficiare del diritto di visita. Esso ha preso in esame varie opzioni, in particolare la previsione, come possibile beneficiario, unicamente di uno dei genitori del minore e, all'opposto, l'assenza di qualsiasi limitazione a favore di determinati soggetti. Detto documento menziona in particolare i nonni, facendo riferimento al progetto del Consiglio d'Europa di convenzione sulle relazioni personali riguardanti i minori, che riconosce il diritto per questi ultimi di intrattenere relazioni personali non soltanto con i loro genitori, ma anche con altre persone aventi legami familiari con loro, come i nonni. In definitiva, il legislatore dell'Unione ha scelto l'opzione secondo cui nessuna disposizione doveva restringere il numero di persone possibili titolari della responsabilità genitoriale o di un diritto di visita». Ed aggiunge al punto 33 «Risulta da tale analisi che la nozione di diritto di visita, contenuta all'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), e all'articolo 2, punti 7 e 10, del regolamento n. 2201/2003, deve essere intesa come riguardante non soltanto il diritto di visita dei genitori nei confronti del loro figlio minore, ma anche quello di altre persone con le quali è importante che tale minore intrattenga relazioni personali, segnatamente i suoi nonni, a prescindere dalla titolarità o meno in capo ad essi della responsabilità genitoriale».

⁵⁴ La prospettiva di tutela è biunivoca, contemplando sia il diritto del nipote, sia il diritto degli ascendenti a conservare rapporti significativi con il minore, seppur condizionato dal riscontro di un suo concreto interesse. In assenza di una previsione legislativa, gli interpreti ne avevano inizialmente limitato la portata al diritto di visita; con il più ampio concetto di "rapporti significativi" la giurisprudenza e poi il legislatore hanno valorizzato la poliedricità della relazione affettiva da tutelare, purché preesistente alla violazione. La sua effettività implica la possibilità da riconoscere agli ascendenti di agire per il recupero di un legame flebile o anche per instaurare un rapporto coerente con l'interesse del nipote minore, pur senza intaccare le responsabilità genitoriali. Il richiamo dell'art. 317 bis c.c. ai provvedimenti più idonei che il giudice può adottare per mantenere il legame con

La continuità della relazione socio-familiare, effetto della prolungata convivenza con un minore, trova nel sistema tedesco un più ampio ambito di rilevanza e uno strumento di tutela, ma non una differente qualificazione. Il ricorso alle regole di diritto internazionale privato consente al giudice di avvalersi della normativa tedesca per conservare una relazione ritenuta coerente con il superiore interesse della minore, qualificata però come misura di protezione e non di responsabilità genitoriale. La diversificazione dei ruoli, pertanto, non risulta messa in discussione.

7. – Considerazioni conclusive sul sistema italiano

Il disallineamento tra legame biologico e *status filiationis*, pur tutelato e promosso dal nostro ordinamento con l'istituto dell'adozione, subordina la genitorialità alle garanzie di un procedimento giurisdizionale e non all'autonomia negoziale delle parti: l'articolata e talvolta farraginoso legislazione speciale tutela *in primis* l'interesse del minore, non protetto dalla naturale discendenza biologica. A questa esigenza si ispira l'interpretazione restrittiva e non alla differenza di genere come requisito della bi-genitorialità, se la crescita di figli in una relazione omogenitoriale non è impedita in diverse circostanze⁵⁵.

La difficoltà di procedere al riconoscimento dei certificati di nascita di figli nati con il ricorso a pratiche di procreazione medicalmente assistita vietate in patria ha fondamento nel rifiuto di riconoscere valore giuridico a una progettualità di coppia espressione del solo diritto di autodeterminazione, sottratto alla verifica di attualità del disegno genitoriale. Siamo in presenza di negozi i cui effetti non si esauriscono nella sfera giuridica di chi lo esercita, ma investono la sfera giuridica altrui, del minore, peraltro soggetto debole. La tutela della continuità degli affetti in assenza del legame di discendenza biologica è un valore difeso dal nostro ordinamento a dispetto delle rigidità normative contrarie alle esigenze di stabilità o di identità del minore⁵⁶, ma il fattore temporale non può costituire da solo il diritto soggettivo allo

gli ascendenti conferma il carattere residuale del rimedio di cui all'art. 333 c.c.: M. Vivirito Pellegrino, *Diritto dei minori alle relazioni familiari e sistema rimediabile tipico*, in *Dir. fam. pers.*, (2017), f. 4, 1322 ss.

⁵⁵ Si pensi ai figli nati da precedenti matrimoni; al mutamento di sesso e conversione del matrimonio in unione civile rispetto ai figli nati e a quelli che potrebbero nascere nonostante il mutamento di sesso, una volta resa autonoma la rettifica degli atti di stato civile dall'intervento chirurgico; la trascrizione del provvedimento estero di adozione dopo che la Cassazione a Sezioni unite ha escluso che la natura omogenitoriale del nucleo familiare costituisca elemento ostativo (Cass., Sez. un., 31/03/2021, n. 9006, in *Foro it.*, (2021), f. 6, I, 2054 ss., sull'efficacia del provvedimento di adozione di un minore da parte di una coppia omoaffettiva maschile, ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità). In tutte queste ipotesi è la pregressa consolidazione del rapporto ad attestare il preminente interesse del minore.

⁵⁶ P. STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, (2019), 677. Il principio è nato per tutelare situazioni di affidamento del minore, inizialmente temporanee, per consentire la conservazione del legame con la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore quando il ricongiungimento con il genitore biologico risultava definitivamente compromesso; con lo stato unico di figlio, la legge ha posto un termine di decadenza quinquennale all'azione di disconoscimento della paternità o per difetto di veridicità, a protezione dell'identità del nato.

status del minore, diritto inviolabile e indisponibile⁵⁷, refrattario agli automatismi della trascrizione di atti di nascita che in un contratto abbiano matrice⁵⁸.

In altri termini, in un sistema binario di attribuzione della genitorialità, la giurisprudenza ha individuato nell'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d) un paradigma per attribuire giuridica rilevanza al legame affettivo con il nato, considerata la delicatezza della costituzione del rapporto di filiazione, che non tollera preclusioni ma neppure automatismi. Stabilità del legame e potenzialità di sviluppo del minore in termini di progettualità compensano il disvalore di una condotta oggettivamente illecita; il modello ex art. 44, lett. d), pur imperfetto, risponde alla funzione rimediante di costituire il legame giuridico con i caratteri di doverosità tipica di questo istituto, osservate le circostanze concrete, l'idoneità dell'adottante e la coerenza con l'interesse del nato. Smussando le innegabili criticità di una lettura forzata della lett. d), la giurisprudenza è intervenuta sul necessario assenso del genitore "biologico", che poteva essere negato per sopravvenuta crisi della coppia, mentre ora va letto in funzione del best interest del minore⁵⁹; lo stesso dicasi per i rapporti di parentela tra il bambino e i parenti dell'adottante

⁵⁷ Non trova conferma nella giurisprudenza la caduta del dogma dell'indisponibilità degli *status* con le leggi n. 162/2014 (in tema di negoziazione assistita in sede di separazione o di scioglimento del vincolo matrimoniale), n. 55/2015 che ha ridotto i termini per la presentazione della domanda di divorzio e con l'attuale intervento di riforma, d. lgs. 10/10/ 2022, n. 149, che ha introdotto la facoltà di presentare contestualmente la domanda di separazione e di divorzio, richiamata criticamente in dottrina (E. Giacobbe, *Marketing, società, diritto: evoluzione, involuzione o confusione dei modelli familiari?*, in *Dir. fam. pers.*, (2023), f. 4, 1782 ss.). Come osservato da Cass. 16/10/2023 n. 28727, in *Foro it.*, (2023), I, 2717 ss., punto 8, richiamando giur. consolidata, l'accordo "riveste natura meramente ricognitiva e non negoziale, con riferimento ai presupposti necessari per lo scioglimento del vincolo coniugale, essendo soggetto alla verifica del tribunale che, in materia, ha pieni poteri decisionali" e non configura una ipotesi in senso stretto di "divorzio consensuale", analogo alla separazione consensuale. Il giudice non è condizionato dalla volontà dei coniugi, ma deve verificare la sussistenza dei presupposti per la pronuncia di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, che ha natura costitutiva; lo stesso contenuto degli accordi su affidamento dei figli e rapporti economici, non impedisce al tribunale di intervenire se tali accordi risultino contrari a norme inderogabili per i rapporti patrimoniali, o all'interesse dei figli.

⁵⁸ G. Pignataro, *La genitorialità tra biodiritto e regulatory competition nello spazio giuridico europeo*, in *Freedom, Security & Justice*, (2023), f. 2, 80 s. Nella recente ord. Trib. Padova, 5/03/2024, di rigetto dell'istanza di rettifica di 37 atti di nascita di figli in coppie formate da due mamme, il giudice non si è espresso nel merito ma ha rilevato che la rettifica dell'atto dell'anagrafe presuppone una lacuna o un errore materiale nella redazione dell'atto, che nella specie non ricorre; trattandosi di azioni di *status*, il giudizio deve svolgersi nelle forme del processo ordinario di cognizione.

⁵⁹ Cass., Sez. Un., 30/12/2022, n. 38162, in *Foro it.*, (2023), 1, I, 83 ss., richiama la lettura restrittiva della disposizione di cui all'art. 46, co. 2, l. 184/1983 cui la giurisprudenza è già pervenuta (per genitori esercenti la responsabilità genitoriale si intendono non i meri titolari della responsabilità stessa, ma coloro che abbiano altresì il concreto esercizio grazie a un rapporto effettivo con il minore) e, con interpretazione costituzionalmente orientata, esclude che il dissenso alla costituzione del legame di filiazione adottiva da parte del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale possa essere espressione di un volere meramente potestativo, ma va collocato in una dimensione funzionale. Ne consegue che «L'effetto ostativo del dissenso dell'unico genitore biologico all'adozione del genitore sociale, allora, può e deve essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore, secondo il modello del dissenso al riconoscimento». Pertanto «il genitore biologico potrebbe negare l'assenso all'adozione del partner solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore».

(nonni, zii, fratelli e sorelle se l'adottante abbia altri figli propri), inizialmente esclusi⁶⁰ e ora estesi dalla Consulta all'adozione in casi particolari⁶¹.

La scelta di un rafforzamento della tutela spetta alla discrezionalità del legislatore, che potrebbe anche modificare i requisiti di accesso all'adozione piena e magari rendere più tempestiva ed efficace la procedura. Il limite ineludibile, il rispetto della dignità della persona offesa dalla gestazione per altri, potrebbe giustificare un modello di genitorialità legale che garantisca i diritti connessi allo *status* di figlio senza premiare chi abbia agito in frode alla legislazione nazionale⁶². I diritti del nato non risultano menomati se il rapporto genitoriale viene costruito sul profilo della doverosità e non è estraneo al nostro ordinamento⁶³, in coerenza con l'intento del legislatore di disincentivare la pratica.

Sarebbe questa la sede per tutelare anche il diritto alle origini contro ogni forma di anonimato che condanna all'oblio il genitore biologico, in controtendenza agli studi di genetica, alle istanze identitarie e alla verità biologica o genetica, alle scelte in tema di adozione legittimante e agli orientamenti dei sistemi europei analizzati⁶⁴.

⁶⁰ I dubbi vertevano sul perdurante richiamo operato dall'art. 55 della legge n. 184 del 1983 all'art. 300, co. 2, c.c., che esclude ogni rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. La norma non poteva ritenersi tacitamente abrogata per effetto della modifica dell'art. 74 cod. civ. (art. 1, co. 1, L. n. 219 del 2012); peraltro il rinvio espresso all'art. 300, co. 2, c.c. non è stato incluso tra le norme abrogate dalla riforma della filiazione.

⁶¹ Corte cost., 28/03/2022, n. 79, in *Foro it.*, (2022), I, 2926 ss., con la declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 55, L. 4/05/1982, n. 184, ha rimosso l'ostacolo legislativo (il rinvio all'art. 300, co. 2, c.c.) che impediva di includere tra i figli adottivi, di cui all'art. 74 cod. civ., il minore adottato in casi particolari, mantenendo la distinzione fra i parenti della linea adottiva e quelli della linea biologica. Con lo stato unico di figlio, il legislatore ha disegnato un complesso di diritti e di doveri facenti capo ai parenti, che accompagnano il percorso di crescita del minore, con l'apporto di relazioni personali e di tutele patrimoniali. L'esclusione è stata ritenuta irragionevole in quanto, a dispetto dell'unificazione dello *status* di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, che peraltro il giudice è chiamato per legge a valutare (art. 57, co. 2, L. 184/1983) per deliberare in merito all'adozione. Per un'analisi critica della pronuncia, M. Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *Fam. dir.*, (2022), f. 10, 904 ss.; M. Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, (2022), f. 5, 1013 ss.

⁶² Suggestisce una soluzione drastica, dichiarazione dello stato di abbandono e adozione, G. Ballarani, *Le frontiere del desiderio di genitorialità. A margine dei recenti arresti in materia di gestazione per altri*, in *Riv. dir. civ.*, (2023), f. 3, 818 ss., il quale, per superare il debole effetto deterrente dell'orientamento interpretativo della giurisprudenza, propone di indagare la condotta del genitore biologico nel contesto di un giudizio ablativo della responsabilità genitoriale ex art. 330 c.c., la cui inidoneità è insita nella lesione dei diritti inviolabili del nato. Il medesimo giudizio di inidoneità sarebbe estensibile al genitore intenzionale nel contesto del procedimento di adozione in casi particolari; per E. Bilotti, *Un nuovo diritto della famiglia*, in *Dalla famiglia*, cit., 1038 ss., la clausola generale "interesse del minore" può assumere un connotato eversivo se interpretata in conflitto con il principio di legalità, mantenendo in vita situazioni consolidate e premiando nei fatti condotte illegali.

⁶³ Nel matrimonio putativo la mala fede del coniuge esclude gli effetti del matrimonio nei suoi confronti e la reciprocità dei diritti nei confronti dei figli, che comunque acquisiscono tale *status* (art. 128, co. 3, c.c.). La norma, anche dopo la riforma sullo stato unico di figlio, impedisce la produzione degli effetti tipici del matrimonio al coniuge in mala fede senza danneggiare i figli, nei cui confronti il genitore in mala fede assume i doveri ma non i diritti derivanti dalla filiazione. Una scissione tra doveri e diritti è normata per i genitori decaduti dalla responsabilità genitoriale e per i figli non riconoscibili, al pari dell'adozione del maggiorenne, dove si limita ai doveri l'efficacia verso l'adottante (artt. 300 e 304 c.c.), disciplina estesa all'adozione ex art. 44, l. 183/1984.

⁶⁴ A. Nicolussi, *Diritto di famiglia e cambiamento*, in *Dalla famiglia*, cit., 1038 ss.: l'art. 9, l. 40/2004 non ripete l'automatismo dell'art. 8, per cui non estende all'eterologa l'attribuzione automatica dello *status* come nell'omologa, ma presuppone la presunzione di paternità del coniuge, ove si tratti di coppia coniugata, e il riconoscimento in caso di convivenza. La norma applica una sorta di divieto di *venire contra factum proprium*, che vincola il genitore ma non il figlio, sempre legittimato a rimuovere lo *status*. Per l'A., nel silenzio della legge, il diritto di ciascuna persona a uno *status* conforme alle sue origini o alla cosiddetta verità biologica o genetica

Problema ulteriore è riservare al solo genitore l'iniziativa del riconoscimento, incompatibile con l'idea di una tutela polarizzata sull'interesse del nato e sulla titolarità dei doveri ad esso funzionali, non eludibili *ad libitum*. La riforma del processo civile, entrata da poco in vigore⁶⁵ e che ha riunito nella figura del curatore speciale la duplice funzione di rappresentanza e di difesa tecnica affidata a un avvocato specializzato in tematiche minorili, potrebbe colmare la lacuna⁶⁶. L'art. 78 c.p.c., nella sua nuova formulazione, affianca alle ipotesi di nomina obbligatoria, tassative, una clausola aperta di nomina facoltativa da motivare succintamente «quando i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore». Ipotesi atipica che affida al giudice, nella sua ampia discrezionalità, la nomina di un curatore speciale.

Riguardo il terzo genitore, la mancanza di un generale riconoscimento della figura anche nel nostro ordinamento non ha impedito alla giurisprudenza di valorizzare la relazione di fatto con il minore. Si pensi all'imputazione del danno parentale prodotto dalla perdita del rapporto genitoriale di fatto nei confronti dell'autore dell'illecito commesso ai danni di un minore: la giurisprudenza, replicando l'orientamento consolidato in tema di risarcimento del danno non patrimoniale del convivente *more uxorio* per la morte del partner, ha attribuito rilevanza al rapporto paragenitoriale purché equiparabile alla genitorialità biologica in termini di condivisione della vita quotidiana e di concreto esercizio della responsabilità, pur in assenza della titolarità⁶⁷. La stessa possibilità di conservare rapporti significativi con i figli del partner, nonostante l'interruzione della relazione di coppia, rientra nei diritti del minore secondo la Consulta⁶⁸: seppur in modo indiretto e mediato, trattandosi di tutela dell'interesse del figlio e

non può essere mortificato. Analogamente, A. M. Gambino, *Tecnologie riproduttive e genitorialità d'intenzione, ivi*, secondo cui l'intervento legislativo, reclamato dalla Consulta, rischia di rimuovere il genitore naturale con il pieno riconoscimento dei genitori d'intenzione, che sono anche i committenti della surrogazione di maternità. *Contra*, L. Lenti, *Uguaglianza fra tutti i figli, famiglia e matrimonio, ivi*, il quale oppone che al diritto del figlio di mantenere un rapporto con la madre biologica dovrebbe corrispondere l'obbligo della madre di allevarlo, obbligo invero assolutamente incoercibile. I rimedi a tutela del minore per la grave inadeguatezza della madre o il rifiuto di riconoscere il figlio lungi dal prevedere la costrizione, optano per la privazione dello *status* e dei correlati diritti con la decadenza dalla responsabilità genitoriale, l'affidamento o l'adozione.

⁶⁵ Art.1, co. 30, l. 26 novembre 2021, n. 206, legge delega attuata con d. lgs., 10 ottobre 2022, n. 149, in *G. U.*, 17/10/2022, entrata in vigore il 28/02/2023.

⁶⁶ C. Cecchella, *I diritti del minore nel processo italiano, tra difesa tecnica e ascolto*, in *Famiglia*, (2022), 169 ss.

⁶⁷ Sulla risarcibilità dell'irrimediabile distruzione di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla quotidianità dei rapporti familiari, Cass. 21/04/2016, n. 8037, in *Danno e resp.*, (2017), 30 ss. che parla di genitore *de facto* per distinguerlo dal genitore *de iure* e individua come indici presuntivi del rapporto parafamiliare «la risalenza della convivenza, la *diuturnitas* delle frequentazioni, il *mutuum auditorium*, l'assunzione concreta, da parte del genitore *de facto*, di tutti gli oneri, i doveri e le potestà incombenti sul genitore *de iure*». In precedenza, la giur. di merito aveva già tutelato la relazione di fatto: Trib. Milano, 21/02/2007, in *Fam. dir.*, (2007), 938 ss., dove significativo è l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno non patrimoniale per la morte di un minore in bicicletta, travolto da un'auto, oltre che a favore dei genitori biologici, ad uno soltanto dei loro nuovi partner, in ragione del positivo riscontro di una relazione consolidata per durata e complesso di attività condivise. Analogamente Trib. Reggio Emilia, 2/03/2016, in www.articolo29.it, che ha esteso la tutela alla partner, genitore di fatto in una relazione omoparentale, oltre che ai nonni. In dottrina, Cinque, *Quale statuto*, cit., 1475 ss. considera ragionevole la preesistenza del requisito della convivenza, senza la necessità che questa sussista anche al momento dell'illecito, purché sia rimasto inalterato il rapporto, e l'opportunità di riconoscere analogo diritto al figlio sociale per l'uccisione del genitore di fatto, nonostante l'assenza di decisioni speculari.

⁶⁸ Corte cost., 20/10/2016, n. 225, in *Fam. dir.*, (2017), 307 ss., con nota di F. Tommaso, *La Corte Costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*. Pur rigettando la questione di legittimità dell'art. 337 *ter*, sollevata da App. Palermo, 31/08/2015, in *Foro it.*, (2015), I, 3304 ss., nella parte in cui non include l'ex partner del genitore biologico oltre ai parenti tra gli aventi diritto alla conservazione di rapporti significativi con il minore,

tramite sollecitazione al pubblico ministero, sarebbe difficile non proteggere una relazione che potrebbe essere più solida di quella maturata con i parenti.

Spetta ora al legislatore valutare l'opportunità di valorizzare a livello normativo questa istanza sociale e in che termini. A dispetto del genitore intenzionale, che è parte del progetto costitutivo della genitorialità, il terzo genitore si aggiunge alla coppia dei genitori biologici. Il problema è se è ipotizzabile l'attribuzione di una genitorialità anche all'esito di un procedimento giurisdizionale, o piuttosto qualificare questa nuova figura con uno statuto di diritti e doveri più ampio del mero diritto di visita.

Anche senza un intervento legislativo, la formalizzazione del legame sarebbe possibile tramite l'adozione in casi particolari, con ricorso alla lettera b) dell'art. 44, l. 184/1983 laddove si sia formato un nuovo nucleo coniugale, o alla lettera d) nell'interpretazione estensiva consolidata nella giurisprudenza⁶⁹. Il requisito del consenso, letto in funzione del best interest del minore, non rappresenterebbe più un ostacolo se occorre garantire la continuità affettiva; ben più complesso è regolamentare i rispettivi compiti senza il depauperamento del ruolo del genitore biologico⁷⁰. Problemi analoghi porrebbe l'introduzione di un istituto analogo alla *délégation partage*⁷¹, benché non crei alcun legame di filiazione⁷², il cui utilizzo è stato ridimensionato anche in Francia⁷³.

L'attribuzione invece di uno *status* equiparabile a quello dei genitori biologici, avanzata da talune proposte di riforma, presuppone una definizione dei ruoli difficilmente negoziabile, specie se il genitore biologico non vuole essere assente, oltre ad avere effetti giuridici in termini

la Consulta individua nell'art. 333 c.c. lo strumento per autorizzare la continuità della relazione se la condotta ostativa del genitore risulti pregiudizievole per il figlio. Esclude pertanto un vuoto di tutela.

⁶⁹ Cass., 5/04/2022, n. 10989, in *Guida al dir.*, (2022), f. 16, cassa la pronuncia di merito di rigetto dell'istanza di adozione che indicava nella persistenza di rapporti con il padre biologico l'elemento ostativo all'accoglimento della domanda. Invero, per la Corte l'adozione realizza il preminente interesse della minore con la creazione di legami parentali anche con la famiglia del genitore adottivo oltre che con quella del padre biologico. L'identità è infatti connotata da questa doppia appartenenza e non può essere disconosciuta. Sulla decisione incide sia l'impossibilità del padre biologico di far fronte al mantenimento della figlia, sia il pieno consenso all'adozione.

⁷⁰ Cinque, *Quale statuto*, cit., 1475 ss., che opta per un riconoscimento minimo, inclusivo della rappresentanza per gli atti di ordinaria amministrazione e la garanzia di conservazione del rapporto in caso di divisione della coppia.

⁷¹ Sulla falsariga dell'istituto francese, era stato presentato un disegno di legge, il d.d.l. n. 1320, *Modifiche al codice civile in materia di delega dell'esercizio della responsabilità genitoriale*, presentato dai senatori Manconi, Palermo, Lo Giudice, nel febbraio 2014, ma non ha avuto esito.

⁷² C. Méary, *La délégation partage de l'autorité parentale*, in *Dalloz Actualité*, (2012): «La *délégation partage* de l'autorité parentale permet de déléguer l'autorité parentale à ce tiers, en l'occurrence la compagne ou le compagnon, qui pourra exercer les prérogatives de l'autorité parentale jusqu'à la majorité de l'enfant. Il ne s'agit en aucune manière de l'établissement d'un lien de filiation, mais uniquement du partage de l'autorité parentale. Cela signifie que le délégataire ne peut pas transmettre son nom, il ne peut pas transmettre son patrimoine à l'enfant; plus précisément il peut le faire mais la transmission sera taxée comme entre étrangers».

⁷³ Hervieu, *Point sur la délégation*, cit.: «Elle peut être sollicitée par les parents eux-mêmes, autorisés à demander que « tout ou partie de l'exercice de leur autorité (soit transféré) à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service (...) de l'aide sociale à l'enfance » (C. civ., art. 377). Leur volonté ne suffit toutefois pas à permettre une telle transmission: l'autorité parentale étant indisponible, ils ne peuvent pas librement s'en affranchir. Même s'ils aspirent à la délégation, celle-ci n'est donc concevable que dans les cas où elle est conforme à l'intérêt de l'enfant (Civ. 1^{re}, 24/02/2006, n° 04-17.090) et où «les circonstances l'exigent» (C. civ., art. 377): il faut qu'en raison de leur état de santé, de leur éloignement ou d'autres contraintes, les parents ne soient pas en mesure d'assumer la mission dont ils sont normalement investis. Or il appartient au juge de s'assurer que ces conditions sont remplies: «la délégation (...) résulte toujours d'un jugement » (C. civ., art. 377-1)».

di obblighi di assistenza, alimentari e di diritti successori. Per non parlare del possibile effetto moltiplicativo dopo le riforme sulla negoziazione assistita⁷⁴ e sul c.d. divorzio breve⁷⁵.

Più conforme al best interest of the child appare l'opportunità di riconoscere uno statuto di diritti e doveri più ampio del mero diritto di visita, in ragione della condivisione della vita quotidiana e del concreto esercizio della responsabilità; sulla proliferazione delle figure genitoriali, invece, è lecito dubitare, come desumibile dalla regola che, nella procreazione medicalmente assistita, esclude la genitorialità del donatore nonostante il legame biologico.

ABSTRACT: La continuità degli affetti, valore condiviso in Europa, connota le multiformi figure di genitorialità sociale, non sempre equiparabili. La partecipazione al progetto genitoriale, comune alla fecondazione eterologa e alla gestazione per altri, non altera il sistema binario di attribuzione della genitorialità: quale genitorialità legale e a dispetto della genitorialità naturale, necessita di un previo controllo giurisprudenziale considerata la delicatezza della costituzione del rapporto di filiazione, che non tollera preclusioni ma neppure automatismi. Discutibile è il silenzio sul problema dell'anonimato, in antitesi alla crescente tutela delle istanze identitarie, come l'iniziativa del riconoscimento riservata al solo genitore *de facto*. Riguardo il c.d. terzo genitore, che nelle famiglie ricomposte si aggiunge ai genitori biologici, se una tutela più ampia del diritto di visita è auspicabile, non convince la costituzione di un legame in termini di genitorialità sul presupposto, indimostrato e opinabile, di coerenza del best interest of the child con la proliferazione delle figure genitoriali.

⁷⁴ L. 10/11/2014, n. 162 di conversione del d.l. 12/09/2014, n. 132.

⁷⁵ L. 5/05/2015, n. 55 in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi.