



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2023, n. 2

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTRICE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Presidente della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaro, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bergamo
Giondonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Carlos III de Madrid
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania – Giudice dell'ITLOS
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Federico Casolari, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Giuseppe D'Angelo, Ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico, Università di Salerno
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Ana C. Gallego Hernández, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla
Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Francesca Graziani, Associato di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravallo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Marie Curie Fellow, EUI e Ricercatore di Diritto dell'UE, Università dell'Insubria
Simone Marini, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Michele Messina, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Michele Nino, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Criseide Novi, Associato di Diritto Internazionale, Università di Foggia
Anna Oriolo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho internacional público, Universitat Pompeu Fabra Barcelona
Gianpaolo Maria Ruotolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Foggia
Teresa Russo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidad do Minho
Ángel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna



COMITATO DI REDAZIONE

Angela Festa, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Anna Iermano, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Daniela Marrani, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Rossana Palladino (Coordinatore), Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione linguistica degli abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno

Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"

www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario **2023, n. 2**

Editoriale

Alla ricerca di un *fil rouge* tra diritti (e nuovi orizzonti tematici degli stessi) nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale p. 1
Angela Di Stasi

Saggi e Articoli

I principi della politica di asilo e d'immigrazione dell'Unione e il rischio di 'Fortezza Europa' p. 5
Ugo Villani

Combating Violence against Women and Domestic Violence from the Istanbul Convention to the EU Framework: The Proposal for an EU Directive p. 21
Elisabetta Bergamini

Competenze concorrenti dell'UE e degli Stati membri in materia di asilo nella giurisprudenza più recente della Corte di giustizia relativa al trattamento di cittadini irregolari di paesi terzi p. 42
Pieralberto Mengozzi

La genitorialità tra biodiritto e *regulatory competition* nello spazio giuridico europeo p. 56
Gisella Pignataro

La partecipazione dei cittadini alla riforma dell'Unione europea tra nuovi modelli partecipativi e vecchi problemi p. 93
Angela Maria Romito

Le vittime di mutilazioni genitali femminili tra riconoscimento dello *status* di rifugiato e (discutibile) giurisprudenza europea sui rimpatri p. 121
Valentina Zambrano

FOCUS

Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ordinamento italiano: nuovi sviluppi sostanziali e procedurali

Il Focus contiene i testi rivisti di alcune delle relazioni tenute in occasione del Convegno internazionale organizzato presso l'Università degli Studi di Salerno (17 aprile 2023)

Introduzione p. 146
Guido Raimondi



- Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato nella difesa dello Stato italiano nei giudizi davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo p. 152
Gabriella Palmieri Sandulli
- La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo traccia nuove coordinate in tema di diritto all'informazione, tra oblio e *whistleblowing* p. 166
Raffaele Sabato
- Il nuovo istituto della c.d. revisione europea p. 173
Giovanni Diotallevi
- Il ruolo dell'avvocato nei più recenti assetti della tutela "multilivello" dei diritti umani p. 187
Anton Giulio Lana
- Commenti e Note**
- Free Movement of Lawyers between the European Union and the United Kingdom p. 195
Umberto Aleotti
- Digitalizzazione della cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale e tutela dei dati personali nel diritto dell'UE: alla ricerca di una compatibilità (im)possibile p. 216
Marco Buccarella
- I contraddittori orientamenti delle Corti sul diritto all'oblio nell'ambito dello spazio europeo dei "nuovi" diritti umani p. 237
Donatella Del Vescovo



LA GENITORIALITÀ TRA BIODIRITTO E *REGULATORY COMPETITION* NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO

Gisella Pignataro *

SOMMARIO: 1. La dignità umana nel dialogo tra diritto e tecnologia. – 2. L'autodeterminazione fittizia nella gestazione per altri. – 3. Sul malinteso diritto alla genitorialità. – 4. La *regulatory competition* nei rapporti transfrontalieri. – 5. Effetti sulla gestazione per altri: sistemi giuridici a confronto. – 6. Il rapporto come modello: la giurisprudenza europea. – 7. Mitigazione del doppio binario tra fonte legale e giurisprudenza in Italia. – 8. Alcuni automatismi in difetto di legame biologico. – 9. Dalla genitorialità alle responsabilità.

1. La dignità umana nel dialogo tra diritto e tecnologia

Il diritto, di fronte alla capacità della tecnica di interferire sui processi naturali, non è più spettatore di eventi sottratti alla volontà umana, ma può “agire da barriera o scavare un letto alla corrente”¹. Agisce da barriera se bilancia la propensione al dominio della tecnica con il rispetto della persona²; in assenza, la tecnica può ridurre ogni cosa ad oggetto, manipolabile, perché tutto diventa fattibile e producibile. In una società democratica e liberale il dover essere, la misura del lecito e dell'illecito, non dipende soltanto da scelte di governo espresse nel rispetto della neutralità contenutistica dei canali procedurali³, ma deve ispirarsi a valori che rappresentano il fondamento etico delle Carte, nazionali e internazionali, data la a-territorialità della tecnica. In mancanza del *nomos*, la

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Associato di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Salerno. Indirizzo e-mail: gpignataro@unisa.it.

¹ L'espressione è di Ernst Jünger, richiamata da N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 42. Sull'identità europea fondata sulla sinergia tra libertà, dignità, eguaglianza quali presidi essenziali, che neppure il mercato può violare, P. STANZIONE, *Relazione per l'anno 2020*, in *La privacy dell'era digitale*, Roma, 2022, p. 473. Il rispetto dell'identità viene posta a fondamento del nuovo quadro giuridico europeo sulla privacy e sullo schema di regolamento dell'intelligenza artificiale, nella convinzione che l'anomia non esprime libertà, ma soggezione alla *lex mercatoria* e alla *lex informatica*.

² Tutta la normativa in materia di privacy esprime la necessità di questo costante bilanciamento, cui è predisposto un diritto mite, capace di sinergia tra i vari interessi in gioco tramite il governo antropocentrico dell'innovazione, perché sia la tecnica a servizio dell'uomo e non viceversa: P. STANZIONE, *op. loc. cit.*, p. 469.

³ *Non veritas, sed auctoritas facit legem*, in quanto la norma ha una validità procedurale, non di contenuto: N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, p. 8.

tecnica prevale con la sua indefinita potenzialità, intesa come capacità di realizzare qualsiasi scopo.

La tutela dell'essere umano nella sua dignità e identità costituisce oggetto e finalità della Convenzione di Oviedo⁴ contro i rischi di un uso improprio della biologia e della medicina. Quale risposta europea alle possibili applicazioni al genere umano di tecnologie innovative, in costante e rapido sviluppo, rafforza quel sistema di valori cui le Costituzioni del dopoguerra riconoscono contenuto precettivo assoluto, in particolare dopo l'esperienza nazista⁵. Merito di tale trattato europeo è di aver valorizzato la bioetica e di attribuire centralità alla dignità umana⁶, a dispetto dei manuali di bioetica del periodo⁷. La sua relativizzazione, nel Preambolo della Carta di Nizza, all'evoluzione della società, al progresso sociale e agli sviluppi scientifici e tecnologici non autorizza l'interprete a ridimensionare il valore quando ne delinea i contenuti⁸.

Nota è la tendenza, nell'antropologia moderna della persona, alla transizione del concetto di dignità da una funzione conformativa dei diritti al soggettivismo del modello americano. Nella contrapposizione tra una lettura riduttiva che equipara la dignità al concetto di autonomia⁹ e una lettura difensiva che vi attribuisce un ruolo chiave¹⁰, la dignità umana rappresenta l'unico baluardo in un mondo postumano¹¹: in quanto valore,

⁴ Art. 1, Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina, 4 aprile 1997.

⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 183 s. L'Autore indica nel principio di dignità l'innovazione più significativa del costituzionalismo del dopoguerra: la dignità è richiamata in particolare dall'art. 32 oltre che dagli artt. 3, 36, 41 della nostra Carta costituzionale; definita intangibile dalla Legge fondamentale tedesca del 1949, che attribuisce allo Stato il dovere di rispettarla e proteggerla; rappresenta un complemento dell'uguaglianza nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, per la quale «tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti».

⁶ Definisce la dignità come un ideale, «la nuova religione civile europea con l'approdo alla Convenzione di Oviedo», V. SCALISI, *Ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, p. 13.

⁷ Per tutti, H. TRISTRAM ENGELHARD, *Manuale di bioetica*, a cura di M. MERONI, Milano, 1991. Nel terzo capitolo richiama i principi di autonomia, beneficenza, non maleficenza e giustizia e riconosce ai soggetti capaci di agire il potere di trattare il proprio corpo come oggetto, manipolabile secondo i propri desideri (p. 158 s.).

⁸ Nelle sentenze della Corte di giustizia europea e della CEDU si riserva alla dignità umana un triplice livello di protezione: come valore in sé, come criterio per la determinazione di altri diritti che ricevono protezione relativa ed infine come criterio di bilanciamento tra diritti in conflitto.

⁹ R. MACKLIN, *Dignity is a Useless Concept*, in *British Medical Journal*, 2003, p. 1419 s., dove l'autrice definisce la dignità un concetto inutile in etica medica, privo di contenuto. La teoria giuridica contemporanea associa questo concetto di dignità al filosofo Immanuel Kant, per il quale il rispetto della dignità di una persona implica trattarla come individuo autonomo: I. KANT, *Metaphysical first Principles of the Doctrine of Virtue*, in *Metaphysics of Morals*, 6 aprile 1990, 375 ss.

¹⁰ M. NUSSBAUM, *Human Dignity and Political Entitlements*, in *Human Dignity and Bioethics*, Washington D.C. 2008, p. 351 ss., Con approccio filosofico l'autrice collega alla dignità umana la libertà di scegliere in tema di salute: «So also with health more generally: to be in a healthy condition, without having any opportunity to exercise practical reason and choice with regard to one's health, is to have an incompletely human healthy condition, one that is not worthy of one's human dignity».

¹¹ N. BOSTROM, *Dignity and Enhancement*, in *Human Dignity and Bioethics*, cit., p. 173: «it is possible that through enhancement we could become better able to appreciate and secure many forms of dignity that are overlooked or missing under current conditions. I also suggest that, in a posthuman world, dignity as a quality could grow in importance as an organizing moral/aesthetic idea».

ha un contenuto flessibile, capace di adeguarsi alle dinamiche della società, ma senza possibilità di ridimensionamento¹².

Questa ambivalenza caratterizza le dispute bioetiche, tra chi qualifica il valore concetto giuridicamente inutile¹³ in quanto ambiguo, ricondotto al diritto di autodeterminazione da ordinamenti statunitensi ed europei¹⁴, e chi lo colloca all'apice dei valori costituzionali come criterio di bilanciamento¹⁵, principio flessibile ma non ambiguo. In termini filosofici, l'identificazione della dignità con la libertà di scegliere e di agire porta a estremizzare il concetto e a configurare violazione soltanto in ipotesi di disuguaglianza e ingiustizia sociale, se tutte le persone non abbiano la possibilità di sviluppare le proprie facoltà o utilità, in quanto «necessary conditions of a life worthy of human dignity»¹⁶; all'opposto, vi è chi mette in discussione questa lettura della dottrina kantiana dell'autonomia personale e del consenso informato¹⁷.

¹² Nelle Conclusioni dell'Avvocato generale in *Omega v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, case C-36/02, ECLI:EU:C:2004:162 (18.03.2004), para. 75, sono descritti - con una sintesi concettuale - i tratti della dignità, complemento essenziale della natura umana, diritto inalienabile, condizione necessaria per l'esercizio di ogni altro diritto umano, sintesi di autodeterminazione, libertà, autonomia, identità dell'individuo. Per questi caratteri, non può subire limitazioni né essere bilanciata con altri valori o interessi.

¹³ D. NERI, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e in biodiritto*, in *BioLaw Journal*, 2017, p. 84.

¹⁴ C. SHALEV, *Birth Power. The Case of Surrogacy*, Yale Univ Presse, 2009 (rist); J. A. ROBERTSON, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton, 1996, p. 22 ss.; ID., *Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth*, in *Virginia Law Review*, vol. 69, 1983, p. 405 ss. Nel modello bioetico nordamericano L'*Uniform Parentage Act* (2000), che uniforma la legislazione in materia di filiazione secondo i parametri della *Uniform Law Commission*, disciplina il *Gestational Agreement* all'art. 8, senza però affidarlo alla sola autonomia negoziale delle parti (Sez. 803, *Hearing to Validate Gestational Agreement*). Indicativa a New York è l'estensione della gestazione per altri a quella commerciale a decorrere dal 15 febbraio 2021, corredata da una serie di garanzie sociali per le donne-incubatrici. Il diritto di decidere liberamente sulle questioni che interessano il proprio corpo e la propria persona, senza ingerenze a livello statale, rappresenta il rimedio giuridico in tema di fecondazione assistita e di scelte procreative in generale: R. RAO, *Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, 2003, Rachel Cook et al. eds., 23. Già S. C. California, *Johnson v. Calvert*, Cal. 4th 84, 94, sintetizzava la base ideologica del mercato della discendenza individuando non nella volontà di essere genitore ma nel contratto l'interesse da tutelare. La Convenzione europea di bioetica, invece, esalta la dignità della persona quale valore gerarchicamente sovraordinato. Valore che, pur non estraneo alle esperienze costituzionali degli Stati nordamericani, assume una connotazione soggettiva che rende quel valore disponibile dallo stesso soggetto che ne è portatore. Eppure, in Europa Russia e Ucraina regolamentano la surrogazione di maternità commerciale.

¹⁵ P. STANZIONE, *op. cit.*, p. 474, nella specie sulla necessità di tutela oggettiva della privacy, non riconducibile al potere dispositivo delle parti: la privacy appare «sempre meno una mera questione "privata" e, sempre più, un tema di rilievo pubblico centrale, su cui si misura, anche in termini geopolitici, la tenuta dello Stato di diritto»; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 2008, par. 4.

¹⁶ M. NUSSBAUM, *Human Dignity and Political Entitlements*, cit., p. 351.

¹⁷ D. SCHAUB, *Commentary on Nussbaum, Shell and Kass*, in *Human Dignity and Bioethics*, cit., p. 382 s.: per Shell va superato il rigido dualismo kantiano tra persona e corpo: Kant non riconosce la libertà reciproca degli adulti consenzienti, per cui sono legittimi i limiti all'autonomia correlati all'esigenza di rispettare se stessi; per Leon Kass, invece, soltanto comprendendo la vita umana come unione crescente di corpo e anima è possibile conservare la dignità umana. Constatata la contrapposizione delle teorie di questi autori sul pensiero di Kant, l'autrice conclude che alla scienza spetta dimostrare che tutti gli uomini sono dotati di diritti inalienabili e mette in discussione la legittimità morale della ricerca che distrugge gli embrioni, in

In ambito giuridico la dignità, cui le Carte fondamentali nazionali e internazionali attribuiscono un significato assiologico privo di contenuto intrinseco, perde valore assoluto se collegata astrattamente al concetto di vita privata, richiamato in modo ambivalente dalla giurisprudenza europea con riferimento all'art. 8 Cedu¹⁸. Nel processo ermeneutico volto a individuare la regola coerente con la situazione concreta da tutelare spetta all'interprete evitare che la dignità, da complemento essenziale della natura umana, diventi diritto individuale¹⁹. Maggiore è lo spazio di discrezionalità quando le decisioni esauriscono gli effetti nella sfera dello stesso interessato, dove l'autodeterminazione può prevalere se non lesiva della dignità²⁰; se invece interferiscono con l'altrui sfera umana, deve emergere l'aspetto relazionale della dignità, il rispetto dell'altro²¹.

Si supera così la contrapposizione tra dignità come potere o come limite: nel concetto concorrono entrambe le dimensioni mentre è il contesto a stabilire quando opera come limite all'autodeterminazione. All'interprete spetta la sintesi tra il dover essere della dignità, ovvero la condotta esigibile in astratto, e la condotta effettiva valutata a posteriori: il primo criterio pone limiti al potere di autodeterminazione individuale e di libertà contrattuale di stampo anglosassone; il secondo, elude standard valutativi precostituiti²².

Questa rivoluzione della dignità deve guidare l'interprete nel rapporto tra persona, scienza e tecnologia, considerato lo straordinario progresso delle biotecnologie mediche e la crescente attenzione ai rapporti tra bioetica e diritto. Nelle tematiche sensibili, al biodiritto non spetta vietare o legittimare le biotecnologie, ma disegnare spazi giuridicamente compatibili con i principi e i valori europei. Laddove la tecnica incide sulla vita, il rispetto della dignità della persona rappresenta il confine oltre il quale la tecnologia non può spingersi.

Il divieto di ogni forma di strumentalizzazione della persona, che non può diventare oggetto di decisioni altrui o strumento per scopi altrui²³, rappresenta il limite

quanto non siamo liberi di privare il loro diritto alla vita in funzione della nostra posterità, libertà e ricerca della felicità.

¹⁸ Cedu, *Haas v. Switzerland*, App. n. 31322/07, 2011, para 50, in tema di fine vita; analogamente Cedu, *Pretty v. United Kingdom*, App. n. 2346/02, 2002, par. 65.

¹⁹ Prospetta un'ermeneutica della dignità V. SCALISI, *Ermeneutica della dignità*, cit., p. 57 ss., una vera e propria rifondazione del valore, ispirata al personalismo costituzionale.

²⁰ G. PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento secolare*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2007, p. 28, dove esclude la possibilità di sovrapporre un *ordre moral institutionnel*, incompatibile con la filosofia moderna dei diritti dell'uomo.

²¹ Benché con riferimento alla fecondazione eterologa, C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 1117 ss., nota a Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, rileva l'improprietà terminologica formale e sostanziale del concetto di autodeterminazione riferita alla coppia. Formale perché coppia indica relazione, mentre l'autodeterminazione è espressione dell'identità personale, si riferisce all'individuo; sostanziale in quanto gli effetti della scelta si devono produrre soltanto nella sfera giuridica di chi si autodetermina, mentre nella fecondazione eterologa la determinazione trascende i soggetti che ne sono autori, sia con riguardo al donatore di gamete, sia con riguardo al figlio. Costui nasce con un'identità adulterata dall'eterodeterminazione di altri, di cui uno soltanto o nessuno è suo genitore.

²² D. BUSNELLI, *Le altalenanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2019, p. 1084 ss.: l'autodeterminazione non viene esclusa, ma non può essere esaltata al punto di trasformarsi in un potenziale tiranno di se stessa.

²³ P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, p. 46.

giuridicamente compatibile in tema di procreazione e condiziona la libertà e autonomia del singolo e della coppia, specie quando il corpo diventa fonte di profitto in una logica di mercato.

2. L'autodeterminazione fittizia nella gestazione per altri

Il diritto di famiglia, a lungo ai margini del processo europeo di uniformazione legislativa incentrata sui settori di prevalente interesse economico in conformità ai suoi obiettivi originari, da inizio secolo sperimenta un processo di avvicinamento delle diverse legislazioni nazionali dovuto alla circolazione di modelli culturali e giuridici ormai convergenti su alcuni principi di fondo²⁴. La più recente tendenza regolamentare è spesso in bilico tra i valori ispiratori di libertà e solidarietà e l'individualismo con cui si tende a rileggere il concetto di famiglia: la proliferazione dei modelli familiari incentrata sul solo diritto di sposarsi e formare una famiglia (art. 9) senza richiamo al piano etico dei doveri e delle responsabilità personali, rischia di oscurare la dimensione solidale oltre che affettiva che connota il nucleo familiare per aderire alla dimensione individualistica; analogamente in tema di adozione, se incentrata sul diritto dell'adottante e non sulla funzione dell'istituto.

Nella gestazione per altri, l'endiadi dignità-libertà è comune alla finalità altruistica ed economica, quando è fonte di reddito in assenza di lavoro disponibile o per migliorare la propria situazione finanziaria. Il liberalismo riproduttivo teorizza la pratica della maternità surrogata come espressione di libertà, il cui divieto sarebbe in contrasto con i diritti riproduttivi²⁵ e con la discriminazione di genere²⁶. L'approccio mercantilistico del sistema nordamericano, il libero mercato della procreazione, riconosce all'individuo, senza distinzione di genere, il diritto di negoziare sulla paternità e maternità prima del concepimento, sul presupposto indimostrato dell'uguale capacità di contrattazione tra le parti. Rientra dunque nella libertà contrattuale di procreare la vendita di servizi di procreazione; la surrogazione della maternità diventa contratto a favore di terzo, il bambino, di cui viene programmata la nascita; l'organo riproduttivo è una forma di *utility* che, non alterando in termini assoluti l'integrità fisica dell'individuo, legittima un potere di disposizione²⁷. La teoria si richiama all'argomento kantiano della dignità come

²⁴ Su identiche problematiche convergono le risposte giuridiche in tema di separazione e divorzio, unioni non coniugali e famiglie ricomposte, nuove forme di genitorialità legate alle tecnologie della riproduzione, alimenti.

²⁵ Art. 8 Cedu e art. 12 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, intesi come forma di ingerenza nel diritto alla privacy della donna.

²⁶ La questione investe stereotipi di genere, che inducono a dubitare della capacità della donna di prestare un libero consenso e di consapevolezza delle conseguenze della scelta: E. LAMM, *Gestational Surrogacy – Reality and Law*, in *InDret*, 2012; peraltro il rischio di sfruttamento di donne vulnerabili non è ignoto al mondo del lavoro: M. C. NUSSBAUM, "Whether From Reason or Prejudice": *Taking Money for Bodily Service*, in *The Journal of Legal Studies*, 1998, p. 693.

²⁷ La CEDAW (*Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*), adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 ed entrato in vigore il 3 settembre 1981, riconosce alle donne uguali diritti nella conclusione di contratti (art. 15), ma l'ottica è quella di evitare ogni

autonomia, nel senso di libertà di scelta e capacità di adottare decisioni razionali anche con riguardo alla propria persona, con il correlato dovere di protezione *tout court* da parte dello Stato.

Invero, la dignità kantiana non consente la mercificazione dell'essere umano²⁸. Secondo il modello liberal-solidaristico del sistema europeo, se la scelta è strumentale all'interesse altrui e non fine a sé stessa, non è più libera, il diritto di autodeterminazione risulta depotenziato e legittima l'intervento normativo sanzionatorio. Alla concezione liberale americana l'Europa oppone il riequilibrio delle asimmetrie e, nelle relazioni personali, il ruolo preminente della dignità umana. In questa logica si inserisce la recente risoluzione del Parlamento europeo nel definire pratica inaccettabile la maternità surrogata, lesiva della dignità e dei diritti umani²⁹, ribadendo quanto già affermato nel 2015.

L'approccio economico al tema è inevitabile in una filiera procreativa strutturata a livello globale anche sul piano dell'intermediazione tra domanda e offerta, con i suoi *asset* specifici, tecnologie specialistiche, investimenti, acquisizione di brevetti e contenuti contrattuali sempre più dettagliati in ragione delle esigenze di mercato. Lo squilibrio più che tra le parti, gestante e committenti, si realizza rispetto alle strutture mediche, aziende che organizzano e offrono i servizi riproduttivi alle coppie³⁰. Il consenso, viziato se spinto da un effettivo bisogno come si evince dalla provenienza geografica ed estrazione sociale delle gestanti, difficilmente è informato³¹. Sull'asimmetria informativa incide il limitato livello di istruzione, il basso background socio-economico, la complessità del processo e

forma di discriminazione di genere. In Paesi come l'India vi è chi suggerisce di regolamentare la maternità surrogata per consentire alle donne rurali e povere di guadagnarsi da vivere.

²⁸ N. I. GONZÁLEZ, *Regulating surrogacy in Europe: common problems, diverse national laws*, in *European Journal of Women's Studies*, 2019, p. 435 ss.

²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo, 5 maggio 2022, 2022/2633 (RSP), in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0206_IT.pdf. Non senza contraddizione, in altra risoluzione di poco anteriore, 14 settembre 2021 sui diritti delle persone LGBTIQ nell'UE 2021/2679, invita «la Commissione a proporre una normativa che imponga a tutti gli Stati membri di riconoscere, ai fini del diritto nazionale, gli adulti menzionati in un certificato di nascita rilasciato in un altro Stato membro come genitori legali del figlio, indipendentemente dal sesso legale o dallo stato civile degli adulti, e che obblighi tutti gli Stati membri a riconoscere, ai fini del diritto nazionale, i matrimoni o le unioni registrate costituiti in un altro Stato membro in tutte le situazioni in cui i coniugi o i partner registrati abbiano diritto alla parità di trattamento in virtù della giurisprudenza della CEDU; sottolinea l'importanza del riconoscimento dei certificati di nascita in tutti gli Stati membri, indipendentemente dal sesso dei genitori, in quanto ciò garantirebbe che i bambini non diventino apolidi laddove si trasferiscano in un altro Stato membro».

³⁰ S.AGACINSKI, *L'homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué*, Gallimard, Paris, 2019, sui rischi della deriva di un grande mercato procreativo globalizzato con l'esternalizzazione di una parte delle funzioni riproduttive; V. CALDERAI, *Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, p. 308: l'industria della discendenza scompare la maternità nei suoi costituenti elementari e la rimpiazza con un processo controllato; B. ROCCHI, *Il bambino nella filiera procreativa*, in *FocusMinori*, 2019, in <https://www.onap-profiling.org/il-bambino-della-filiera-procreativa/>. Un business che in Ucraina neppure la guerra ha fermato: il marketing di Biotexcom o GestLife campeggia in rete con offerte crescenti da un pacchetto Standard basic allo Standard plus oppure a quello Vip tutto incluso, pagabili a rate e tentativi illimitati finché il bambino non nasce. Costi concorrenziali rispetto alle più care proposte americane.

³¹ Sul rapporto tra dignità e autonomia della persona in Francia, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Dignité de la personne humaine: peut-on parler d'une exception française?*, HAL, 2017, hal-01665264.

gli ostacoli linguistici in contratti per la maggior parte scritti in inglese. L'accesso alle informazioni si limita a quanto comunicato oralmente, comprese quelle relative alla salute³².

La portata lesiva dei diritti e libertà fondamentali della donna nella gestazione per altri emerge dall'analisi delle clausole contrattuali. L'esecuzione della "prestazione" in un arco temporale prolungato implica il frequente ricorso a clausole limitative della libertà individuale, che vertono sul divieto di consumo non soltanto di sostanze stupefacenti, alcoliche o psicotrope, ma di bevande con alte percentuali di caffeina, del fumo, di medicinali senza prescrizione medica, di sport pericolosi o altre attività rischiose. Controlli sono previsti sulla libertà di circolazione fuori dagli Stati Uniti a gravidanza inoltrata, sull'alimentazione, sulle visite mediche, mentre i genitori di intenzione hanno diritto di accedere alla documentazione medica, assistere a ecografie e al parto³³.

Nei confronti del nascituro l'analisi giuridica può essere ancor più brutale: in una logica dominicale, il minore diventa un prodotto, "fabbricato" per esser consegnato finito ad altri, con conseguente reificazione della persona che la presenza dei gameti di uno o entrambi i membri della coppia ricevente non elimina³⁴, ontologicamente paradossale. La prestazione principale, la gestazione e consegna del nato, pur non rientrando nel concetto tecnico di obbligazione, prevede meccanismi solutori analoghi, l'obbligo di indennizzo e diverse penalità a garanzia del corretto "adempimento dell'intera operazione contrattuale" e in particolare per indurre la gestante alla consegna del bimbo dopo il parto³⁵.

Non mancano clausole contrattuali volte a garantire la consegna di *an healthy child*, benché obbligazione di mezzo e non di risultato, con una serie di interrogativi in caso di danni durante la gravidanza, nascita malformata o con handicap, aborto spontaneo o imputabile a condotta colposa della gestante, compresa la verifica se il danno dipenda da malattie genetiche, e di quale dei gameti. La contrattualizzazione del rapporto non esclude la possibilità di trasferimento del rischio con un'assicurazione, "l'abbandono liberatorio" del bambino, perché malato³⁶ o per separazione durante la gravidanza³⁷.

³² N. SINANAJ, *The Right to Dignity of the Surrogate Mother*, in *Univ. Bologna Review*, 2022, p. 279 ss.

³³ Esempi di modelli contrattuali di maternità surrogata, adottati dalla *Fertility SOURCE Company*, una clinica californiana che si occupa di donazione di gameti, fecondazione in vitro e gestazione per altri, si ritrovano in <https://www.fertilitysourcecompanies.com/>.

³⁴ M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui*, Paris, 2013, ristampa 2019, p. 40; sulla reificazione dei soggetti coinvolti nell'operazione, A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 426; Analogamente, L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, p. 139 ss.

³⁵ A. SUPIOT, *La contractualisation de la société*, in Y. MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que l'humain?*, 2000, p. 157 ss.

³⁶ In Thailandia la gravidanza per altri è stata inibita alle coppie straniere dopo il caso baby Gammy dove due genitori australiani, in un parto gemellare, avevano rifiutato il bimbo affetto da sindrome di down per ritirare soltanto la gemella sana.

³⁷ G. MEOTTI, *L'indifferenza per i neonati à la carte. Dall'Ucraina alla Grecia l'assemblaggio di esseri umani in nome dell'"amore" (con un extra scegli il sesso e il colore degli occhi)*, in *Foglio quotidiano*, 19 maggio 2020.

A sostegno della liceità dell'oggetto, si ricorre a due soluzioni interpretative. La prima individua l'oggetto nel materiale biologico, legittimamente negoziabile e rispettoso dell'integrità fisica di chi ne dispone. Ma il prelievo si inserisce in una complessa operazione negoziale interessata alle potenzialità riproduttive di quel materiale, che concorre alla nascita di una persona, il vero bene futuro non negoziabile. La seconda identifica l'oggetto nei diritti genitoriali della *mère porteuse* sul figlio, ma anch'essi sono indisponibili³⁸: la rinuncia è tecnicamente un abbandono, legittimo soltanto se successivo alla nascita, e dunque non negoziabile con effetti vincolanti per la madre³⁹.

Last, but not least, si pone il problema dei danni eventuali causati dalla gravidanza, fisici o psicologici, di regola non contemplati dal regolamento contrattuale e che non coinvolgono la coppia committente⁴⁰.

La finalità c.d. altruistica e oggettivamente provvidenziale della nascita di un bambino, adottata da chi intende salvare la pratica dalle aberrazioni descritte, non si sottrae alla giuridicità del rapporto e dunque ai problemi di un complesso iter procedurale che si conclude con un abbandono, insito nell'obbligo della *mère porteuse* di consegnare il figlio⁴¹.

3. Sul malinteso diritto alla genitorialità

Il diritto alla genitorialità, indiscusso diritto fondamentale dell'uomo che concorre al pieno sviluppo della persona, esprime progettualità e viene correlato alla tutela della salute anche in ambito internazionale⁴². Non include alcun diritto al figlio. Nella legislazione vigente in tema di procreazione medicalmente assistita (PMA) oggetto del diritto non è il figlio, ma il trattamento medico funzionale alla tutela della salute, questo indiscutibilmente diritto assoluto e indisponibile.

Il trattamento medico non è un diritto assoluto: dipende dalla necessaria intermediazione dell'attività professionale che esclude ogni relazione immediata con il

³⁸ M. XAVIÈRE CATTO, *La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts*, in *Rev. Droits De l'Homme*, 2013, p. 102 ss.

³⁹ M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui*, cit., p. 48, parla di mercato di minori, trattati indiscutibilmente come oggetti, prodotti e abbandonati ad altri dietro remunerazione; M. XAVIÈRE CATTO, *op. loc. cit.*, p. 102 ss.

⁴⁰ S. AGACINSKI, *Corps en miettes*, Flammarion, 2013, p. 125.

⁴¹ Parla di paternalismo libertario R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, 2008. La consegna soltanto in apparenza è espressione di libertà e autonomia dell'individuo, mentre si traduce in coercizione indiretta. Invero, occorre salvaguardare la *freedom of choice*.

⁴² Paper by Council of Europe, Commissioner for Human Rights, *Women's sexual and reproductive health and rights in Europe*, in <https://rm.coe.int/women-s-sexual-and-reproductive-health-and-rights-in-europe-issue-pape/168076dead>, pubblicato nel dicembre 2017, seppur atto non ufficiale; art. 12 CEDAW (*Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*) a tutela del diritto di uguaglianza; omnicomprensivi nel generico riferimento alla vita privata e familiare sono l'art. 8 Cedu e l'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Sull'angosciante interrogativo circa il diritto di produrre l'uomo, J. L. BAUDOIN, C. LABRUSSE RIOU, *Produire l'homme. De quel droit? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, 1987.

bene; non è neppure insindacabile, in quanto condizionato dal concorso di requisiti di legge, oggettivi e soggettivi⁴³. Si pensi al presupposto della sterilità o infertilità e alla rigorosa selezione di aggettivi - assoluta e irreversibile - con cui il legislatore circoscrive l'accesso alla fecondazione eterologa.

La nascita, sia naturale che all'esito del trattamento di procreazione medicalmente assistita, è il fatto; la costituzione del rapporto di filiazione dipende dal diritto ed è sottratta alla disponibilità delle parti. Nella filiazione biologica lo *status* di figlio, effetto della presunzione di paternità o del negozio di riconoscimento, prescinde dall'autonomia privata, stante la possibilità di ricorrere in alternativa al provvedimento giudiziale costitutivo del rapporto⁴⁴, laddove sia interesse del figlio istituirlo⁴⁵. La disciplina in tema di assenso del minore che abbia compiuto i quattordici anni, *condicio iuris* dell'efficacia del riconoscimento, garantisce un interesse distinto e prevalente rispetto a quello perseguito con l'atto negoziale.

Allo stesso modo, con l'impianto degli embrioni cessa la libertà di scelta, non più revocabile, a conferma dell'irrelevanza dell'elemento volontaristico sullo *status* di figlio. Il principio di indisponibilità dello *status* non ammette alcun *vulnus*, soprattutto nel trattamento di tipo eterologo, protetto dal divieto di disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre⁴⁶. Peraltro la facoltà della madre di avvalersi dell'anonimato non esprime un potere di disposizione, non ha effetto risolutivo, ma preclusivo della presunzione legale di maternità; laddove determini anche una condizione di abbandono morale e materiale, subentra l'intervento rimediabile dello Stato per garantire al nato il diritto ad una famiglia. Né il diritto al figlio è corollario del diritto alla procreazione cosciente e responsabile: all'interruzione volontaria della gravidanza non è riconducibile un diritto di abortire, ma la necessità di scongiurare un pericolo serio alla salute fisica o psichica della donna⁴⁷.

La legittimazione attiva del figlio in tutte le azioni di stato è imprescrittibile a dispetto di quella dei genitori, soggetta ad un termine di decadenza quinquennale dalla nascita, per la preminenza dell'identità del minore sulla libertà di diventare genitori.

La genitorialità, dunque, non è nozione astratta, ma insieme dei rapporti tutelati se fondati sulla verità legale o biologica; da valutare se legati ad una verità sociale. I più

⁴³ Artt. 4 e 5, l. 19 febbraio 2004, n. 40.

⁴⁴ Discussa è la natura negoziale dell'atto di riconoscimento: qualificano il riconoscimento atto giuridico in senso stretto F. SANTORO PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Milano, 1959, p. 203; A. PALAZZO, *La filiazione fuori dal matrimonio*, Milano, 1965, p. 129; lo qualifica dichiarazione di scienza, rapporto di discendenza fondato sul fatto della procreazione, Cass. pen., 12 febbraio 2003, n. 17627, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 1712, con nota di S. FERRARI, *Considerazioni sul delitto di alterazione dello status filiationis*; ha natura negoziale per G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2015, ma già in *Diritto di famiglia*, Torino, 1997, p. 222 ss.: la natura negoziale dell'atto prescinde dalla tipicità degli effetti, purché l'atto sia libero e discrezionale, una costante nei negozi familiari; l'irrelevanza dell'errore e del dolo, anziché escluderne la natura negoziale, conferma la specificità della disciplina dei negozi familiari rispetto a quelli di natura patrimoniale.

⁴⁵ G. AUTORINO STANZIONE, *op. loc. cit.*, p. 225.

⁴⁶ art. 9, co. 1 e 2, l. 19 febbraio 2004, n. 40.

⁴⁷ G. PIGNATARO, *Autonomia riproduttiva e volontà non dispositiva. Profili comparatistici*, Torino, 2020, p. 29.

recenti interventi legislativi, pur conservando il sistema binario di attribuzione della genitorialità, segnano il definitivo abbandono degli schemi rigidi con un efficace bilanciamento tra legittimità, verità e responsabilità nello *status* unico di figlio. La biologia non è elemento esclusivo di costruzione dell'identità personale, se si responsabilizza anche il figlio nel decidere che spazio riconoscerle. La verità prevale sulle presunzioni *iuris tantum* se lo *status* corrispondente alla realtà biologica è funzionale al pieno sviluppo della personalità del figlio; se in contrasto con esigenze identitarie, è la responsabilità a qualificare il ruolo genitoriale confortato dalla stabilità del rapporto di filiazione.

Il fattore temporale, ovvero la genitorialità di fatto protratta nel tempo, non è sufficiente ad assegnare all'esclusiva volontà dei potenziali genitori valore costitutivo del rapporto di filiazione. Quest'ultimo, in quanto costitutivo dello *status personae*, è indisponibile, non negoziabile, refrattario agli automatismi della trascrizione di atti di nascita che in un contratto abbiano matrice. La durata infatti non è un valore in sé; gli automatismi non sono rispettosi dei contenuti valoriali dell'interesse del minore, lo degradano a clausola di stile per motivare ogni provvedimento giurisdizionale che lo riguardi⁴⁸. Relatività alle circostanze e proiezione del rapporto nel futuro sono per la dottrina più attenta i tratti che devono indirizzare l'interprete nella determinazione dei contenuti della clausola generale, specificando il ruolo genitoriale nella formazione del minore e nello sviluppo come persona⁴⁹.

Il fattore tempo non è pertanto autoreferenziale, ma indice di consolidazione del rapporto e modello di futura crescita del minore, assunto dal legislatore come limite alla confutazione del rapporto di filiazione nell'azione di disconoscimento della paternità o del riconoscimento per difetto di veridicità, nonché a fondamento del diritto alla continuità affettiva dei genitori affidatari con effetto limitativo della discrezionalità del giudice nell'adozione.

Il sistema binario non è stato rivoluzionato dalla rimozione del divieto normativo di fecondazione eterologa, con una lettura definita fantasiosa⁵⁰ della Carta costituzionale, non necessitata dal recepimento di decisioni della Cedu⁵¹. Per la Consulta il divieto era lesivo del diritto della coppia alla salute riproduttiva e del principio di uguaglianza⁵², ma la legittimazione dell'eterologa non ne muta la funzione rimediale, di terapia per l'infertilità. Il principio di autodeterminazione riproduttiva della coppia, sancito per via giurisprudenziale, è incoercibile se non indispensabile alla tutela di altri interessi di rango

⁴⁸ E. LAMARQUE, *Pesare le parole. Il principio dei best interests of the child come principio del miglior interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 2023, n. 4, p. 370.

⁴⁹ P. STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, in *Rassegna di diritto civile*, 2019, p. 672 ss.; ID., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, p. 359 ss.

⁵⁰ A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, n. 3, p. 749 s.

⁵¹ Cedu, 1° aprile 2010, n. 57813/00, *S. e H. contro Austria*, in *Famiglia e diritto*, 2010, 977 ss. con nota di U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, non sanziona il divieto assoluto della pratica di fecondazione eterologa, ma i limiti, discriminatori, ad una pratica consentita.

⁵² Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 1105 ss.

costituzionale e in assenza di valide alternative tra interessi di pari rango. Ma resta un diritto non assoluto, condizionato dalla diagnosi di patologie causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili e da requisiti soggettivi di accesso che escludono il *right to a child*, in un sistema che declina la genitorialità in termini di responsabilità e non di diritto soggettivo.

In assenza di una disciplina organica, residua il problema della possibilità di ricostruire la propria storia generazionale, mentre il progresso tecnologico rende sempre più facilmente accertabile il legame genetico e dunque l'identità, diritto fondamentale della persona. Il diritto di conoscere le proprie origini biologiche, normato in sede di adozione, ha relativizzato la tutela della *privacy* del genitore genetico. In tema di eterologa, l'opzione regolamentare predilige un anonimato parziale: precluso l'accesso diretto, la registrazione è prevista per finalità di controllo e non esclude l'eventuale accesso ai dati clinici del donatore o della donatrice per ragioni di salute del nato, tramite gli organismi autorizzati, presumibilmente su sollecitazione dell'autorità giudiziaria. Nulla è previsto circa la reversibilità dell'anonimato, ovvero la possibilità di interpellare riservatamente il donante per la rimozione del limite all'identificazione, come in tema di anonimato della madre⁵³.

4. La regulatory competition nei rapporti transfrontalieri

La libertà di circolazione delle persone, con il suo ineludibile corollario di conservazione degli *status* personali e familiari a tutela della preminente funzione identitaria, ha determinato una sorta di globalizzazione e trasposizione delle logiche economiche in ambito giuridico con l'effetto di rendere disponibili le discipline nazionali nel mercato internazionale⁵⁴. La fruizione della disciplina più flessibile, utilizzata per eludere le regole applicabili secondo la nazionalità e veder riconosciuti gli effetti delle

⁵³ La reversibilità della dichiarazione di anonimato ha fondamento giurisprudenziale. La Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Dir. fam. pers.*, 2014, I, p. 13 ss. ha sancito l'illegittimità della normativa nella parte in cui non consentiva la reversibilità della dichiarazione di anonimato, attraverso un procedimento - di competenza legislativa - che assicuri la massima riservatezza nell'interpello della madre su richiesta del figlio. Cass., Sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946 in *Foro italiano*, 2017, I, p. 477 ss., constatata l'inerzia del legislatore, ha affidato al giudice il compito di interpellare la madre, con modalità procedurali di massima riservatezza e di rispetto assoluto della dignità della donna tratte dal quadro normativo vigente. Per un approfondimento del tema, M. G. STANZIONE, *Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, I, p. 326 ss.; ID, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015.

⁵⁴ H. FULCHIRON, *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?*, in *Journal du droit international*, 2014, p. 563 ss.; D. SINDRES, *Le tourisme procréatif et le droit international privé*, *ivi*, 2015, n. 2, p. 429 e ss. Discipline aggirate anche dalla prassi del mercato internazionale degli embrioni, che viaggiano tra continenti senza nessuna copertura assicurativa, illegale data la natura del bene trasportato non declinabile come oggetto. La frammentazione del processo riproduttivo consente la suddivisione nel tempo e nello spazio del procedimento, con prospettive aberranti documentate da L. AUDIBERT, *Enquête sur le trafic d'embryons cryogénisés*, in *La Croix l'hebdo*, 30 octobre 2020, reportage che racconta di come gli embrioni vengano esportati tramite corrieri professionisti in Paesi dove la surrogazione di maternità è legale.

discipline straniere, pone problemi delicati in materia di filiazione quando il ricorso alle biotecnologie consente una “migrazione” limitata al tempo necessario alla realizzazione dell’interesse.

A questa eterogenesi degli scopi originari delle regole di diritto internazionale privato non si sottrae il Regolamento UE sul riconoscimento della filiazione in ambito transfrontaliero, oggi allo stadio di proposta⁵⁵. È notorio come la *law* e il *forum shopping* abbia alimentato una *regulatory competition* tra ordinamenti giuridici⁵⁶, che rischia di vanificare il potere statale di differenziare le regole a fronte della pretesa di riconoscere come valido ciò che è vietato ai propri cittadini. Laddove le limitazioni sono poste a presidio di valori indisponibili e dei diritti dei soggetti deboli, come in materia di filiazione, il lodevole intento di uniformazione normativa della genitorialità nello spazio giuridico europeo ne altera il sistema binario di attribuzione, che individua nel rapporto e non nel consenso l’efficacia costitutiva della genitorialità legale⁵⁷, e rischia di “scavare un letto alla corrente”.

Nonostante la chiarezza del disposto normativo che sottrae la filiazione al potere dispositivo la giurisprudenza, con una lettura forzata dell’art. 8 Cedu, ha introdotto un primo *vulnus* con la legittimazione della fecondazione eterologa⁵⁸. A dispetto della riproduzione interna alla coppia, costitutiva di *status* indisponibili e della responsabilità genitoriale coerenti con la bigenitorialità, questa modalità riproduttiva si avvale del potere dispositivo dei gameti. L’atto costitutivo del legame civile con il nato è volontario e l’effetto è una poligenitorialità di fatto⁵⁹, ricondotta per legge alla bigenitorialità⁶⁰ che

⁵⁵ Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all’accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, 7 dicembre 2022. La proposta non intende pregiudicare la competenza degli Stati membri ad adottare norme sull’accertamento della filiazione in casi privi di elementi di transnazionalità, libertà condizionata da evidenti effetti discriminatori. L’unanimità per l’approvazione del Regolamento in Consiglio (art. 81, co. 3, TFUE) rende difficoltosa la sua adozione.

⁵⁶ Sul ruolo assunto dalla volontà e l’irreversibile tendenza a consentire la scelta della legge applicabile, O. FERACI, *L’autonomia della volontà nel diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 424; ad essa si affianca il *forum shopping*, ovvero la possibilità di far valere nella nostra giurisdizione una legge straniera a sé favorevole con il riconoscimento automatico delle sentenze nello spazio giuridico europeo: E CALÒ, *Le unioni civili in Italia*, Napoli, 2016, p. 19 ss., dove accenna anche alla possibilità di vendita della cittadinanza da parte degli Stati membri dell’Unione europea. Per un approccio critico al tema, A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 713 ss.

⁵⁷ L’equivalenza tra il criterio della residenza abituale e della cittadinanza per individuare la competenza nelle regole di diritto internazionale privato europeo come il criterio della residenza abituale della gestante per la legge applicabile possono alterare il sistema binario di attribuzione della genitorialità nel nostro sistema. Nega al consenso efficacia costitutiva della filiazione, C. FAVILLI, *Fecondazione eterologa all’estero – Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, p. 311 ss.

⁵⁸ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit., p. 1105 ss.

⁵⁹ Per una critica alla genitorialità multipla, che degrada la funzione genitoriale all’idea di servizio delegabile e negoziabile, G. PIGNATARO, *Autonomia riproduttiva e volontà non dispositiva. Profili comparatistici*, cit., p. 154 ss.

⁶⁰ In assenza di disciplina, la fecondazione eterologa era liberamente eseguita nei Centri di riproduzione assistita privati; diventa problema giuridico con la strumentalizzazione delle azioni di disconoscimento della paternità, la cui fondatezza era *in re ipsa*. Dichiarata inammissibile la questione di legittimità dell’art. 235, comma 1, n. 2, c.c., la Consulta esclude l’interpretazione estensiva o analogica dell’art. 235 c.c. per difetto di omogeneità di elementi essenziali e di identità di *ratio*. La Cassazione, negata l’equivalenza tra

eclissa le altre figure coinvolte. Mentre la bigenitorialità legale degli adottanti è effetto di un procedimento improntato alla tutela dell'interesse di un minore già nato e in stato di abbandono morale e materiale, sottratto alla disponibilità degli aspiranti genitori, nella fecondazione eterologa la legge riconosce giuridicità ad un atto dispositivo della maternità e/o paternità con l'attribuzione di una genitorialità legale sottratta ai controlli di idoneità al ruolo genitoriale. Normata con il divieto di *venire contra factum proprium* avente in origine funzione cautelativa, per prevenire riserve mentali sulla possibilità di liberarsi da responsabilità avvalendosi del difetto consapevole del legame biologico⁶¹, la legge non introduce alcuna genitorialità fondata sul consenso. Il fatto costitutivo del rapporto è una fattispecie complessa che richiede, accanto alla procreazione, il concorso della citata pluralità di requisiti e risponde a finalità terapeutiche. La natura eccezionale della fattispecie non autorizza applicazioni analogiche, anche perché la *ratio* è di impedire gli automatismi annessi al principio di veridicità. Inoltre, limita il potere dispositivo la funzione rimediabile della pratica, non costruita in termini di diritto soggettivo.

Il confronto con i principali sistemi giuridici europei, che hanno legittimato e disciplinato il ricorso a questa tecnica, evidenzia una diversificazione tra chi vi assegna una funzione rimediabile rispetto alla sterilità e chi lo considera metodo alternativo di concepimento ed include la sterilità endemica delle coppie omosessuali o dei single. Limite inderogabile è la gratuità: l'illecita pattuizione di un compenso economico declassa il dono del materiale genetico da atto di solidarietà umana ad attività commerciale, lesiva della dignità umana.

Recente è il superamento nella legislazione francese della funzione rimediabile a tutela della salute psichica e per il riequilibrio della disuguaglianza causata da infertilità o rischio di trasmissione di malattie genetiche gravi al nascituro. Con la nuova legge di bioetica sono venute meno le rigorose condizioni di accesso al trattamento sanitario, che garantivano un anonimato assoluto verso i donatori come nei confronti del bambino, e relativo rispetto al personale sanitario che ha gestito la procedura⁶².

fecondazione eterologa e adulterio, rigetta l'azione di disconoscimento in applicazione del principio di responsabilità per la procreazione: il fattore «verità» cede dunque il passo alla «responsabilità» nella soluzione giurisprudenziale. Soluzione successivamente recepita dal legislatore con l'art. 9, l. 19 febbraio 2004, n. 40.

⁶¹ Lo stesso principio ha ribadito la giurisprudenza nel riconoscimento c.d. per compiacenza, rigettando l'impugnazione per difetto di veridicità dopo la consolidazione del rapporto di filiazione, già prima della riforma dell'art. 263 c.c.: Trib. Civitavecchia, 19 dicembre 2008, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 1250; Trib. Roma, 17 ottobre 2012, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 352 con nota di M.G. STANZIONE, *Interesse del minore e verità biologica nel riconoscimento di compiacenza*.

⁶² L'accesso, inizialmente consentito alle sole coppie eterosessuali, indipendentemente dalla formalizzazione del vincolo affettivo, con la nuova legge relativa alla bioetica, l. n. 2021-1017 du 2 août 2021, è esteso alle coppie omosessuali femminili e alle donne single per tutte le tecniche di procreazione medicalmente assistita, omologa o eterologa. Resta il limite alla donazione di spermatozoi e ovociti, non congiunta; 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. Adesso i figli, con la maggiore età, possono accedere alla maggior parte dei dati non identificativi (età, caratteristiche fisiche, situazione familiare, luogo di nascita, motivo della donazione) e, se lo desiderano, alla stessa identità, con conseguente abolizione dell'anonimato del donatore a decorrere dal 2022. Resta

Limiti di accesso indiretti ha posto la normativa tedesca tramite le linee guida dell'Ordine federale dei medici e sui sussidi statali⁶³: la fecondazione eterologa è consentita in casi eccezionali per le sole coppie sposate e previa autorizzazione e comunque il rifiuto dell'iscrizione nell'atto di nascita del partner in una relazione omogenitoriale non è stato considerato lesivo di diritti della personalità mentre è possibile l'adozione⁶⁴. Escluso il diritto di anonimato del donatore, il figlio è legittimato 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.

Liberalo è la disciplina spagnola⁶⁵ che regola la tecnica come metodo alternativo al concepimento naturale⁶⁶, consentita a tutte le donne maggiorenni, capaci di agire, a prescindere dallo stato civile, dall'orientamento sessuale e da una diagnosi di infertilità, previo consenso informato; garantisce altresì l'anonimato⁶⁷.

invariata l'esclusione di ogni legame di filiazione con il terzo donatore e dunque nessuna azione di responsabilità può essere esercitata contro di lui.

⁶³ La finalità di cura della sterilità o di rimedio a malattie trasmissibili geneticamente impone limiti di accesso all'assistenza medica per coppie omosessuali e single. In assenza di una legislazione organica, le coordinate si traggono dalla *Grundgesetz*, la Legge Fondamentale, da cui si evince come limite invalicabile la tutela della dignità umana e il diritto alla vita e all'integrità fisica, nonché dall'*Embryonen schutzgesetz* (ESchG), la legge a tutela dell'embrione del 1990; gli effetti civili invece si desumono dal diritto di famiglia (artt. 1591 e 1600, comma 4, BGB).

⁶⁴ BVerfG, 2 luglio 2010, 1 BvR 666/10.

⁶⁵ Ley 26 maggio 2006, n. 14, in *Boletín Oficial del Estado*, n. 126 del 27 de mayo de 2006, che ha modificato la prima Ley 22 novembre 1988, n. 35, in *BOE*, n. 282, de 24 de noviembre de 1988, p. 33373 ss. La sua conformità alla tutela costituzionale dell'embrione è stata confermata da STC, 17 giugno 1999, n. 116, in *BOE*, n. 162, de 8 de julio de 1999, p. 67 ss. L'assenza di una riforma integrale della disciplina sulla filiazione dopo gli interventi frammentari, come con l'istituzione del matrimonio ugualitario e con la riforma della PMA nel 2015, ha reso necessaria l'opera di supplenza giudiziaria per ovviare a omissioni e incongruenze.

⁶⁶ La legge non pone limiti di accesso alle tecniche di PMA, compresa la fecondazione eterologa; richiede però la capacità di agire del donatore, che non soffra di malattie genetiche, ereditarie o infettive trasmissibili; il limite al numero di donazioni con esito positivo (max 6 figli); il consenso scritto del donatore, revocabile soltanto se, per sopraggiunta sterilità, deve utilizzare per sé i gameti, se ancora disponibili, salvo rimborso spese al centro; gratuità e formalità del contratto.

⁶⁷ I figli, personalmente o tramite rappresentante legale, possono ottenere informazioni generali sui donatori, ma non conoscere la loro identità, salvo che un comprovato pericolo per la vita del figlio o esigenze penali impongano di rivelare l'identità del donatore, ma senza alcuna pubblicità.

Nel Regno Unito, dove pure lo *status* civile non condiziona l'accesso ma i criteri di attribuzione della paternità⁶⁸, la soluzione liberale attribuisce maggior potere negoziale⁶⁹ e pone limiti all'anonimato⁷⁰.

Le divergenze regolamentari si concentrano dunque sulla differenza di genere, che per il sistema italiano è valore qualificante il concetto di bigenitorialità, mentre è requisito fungibile in numerosi paesi europei dove è intesa non in senso qualitativo, espressione di paternità e maternità, ma in senso quantitativo, sessualmente indifferenziato. In assenza di uniformazione normativa, sopperisce la *regulatory competition* con i suoi corollari di *law shopping* e *forum shopping*: i contratti transfrontalieri, una volta eseguiti, spostano l'attenzione sulla nazionalità e identità del nato⁷¹, problema che spetta al diritto risolvere.

5. Effetti sulla gestazione per altri: sistemi giuridici a confronto

Della *regulatory competition* tra ordinamenti si è avvalso chi richiede il riconoscimento in Italia degli effetti delle discipline straniere in tema di gestazione per

⁶⁸ *Human Fertilization and Embriology Act* 1990, il cui impianto normativo, già innovativo, è stato confermato dall'*Human Fertilization and Embriology Act* 2008 con maggiori tutele per il rapporto di filiazione. Il consenso in forma scritta è titolo per l'assunzione della responsabilità genitoriale, mentre nessun legame si costituisce con il terzo donatore. La normativa più recente ha esteso la presunzione di paternità collegata al consenso scritto del marito se vi accede una coppia sposata. Nelle coppie omosessuali femminili unite in *civil partnership* muta la denominazione in quanto si parla di secondo genitore legale e la procedura per l'acquisto della genitorialità legale prevede che la partner è genitore se non dimostra di essersi opposta all'esecuzione del trattamento. Analogamente per le coppie di fatto, se la coppia ha prestato valido consenso al momento dell'esecuzione della procedura. Quando non sussistono i requisiti legali, la soluzione preferita è la *step-parent adoption*. Il *parental responsibility order* è riservato alle coppie di fatto per il riconoscimento legale della paternità.

⁶⁹ È facoltà dei donanti porre condizioni sulle caratteristiche dei riceventi che diventeranno i genitori legali del nato; la gratuità, pur obbligatoria, non esclude la liceità di un rimborso spese, comprensivo del trasporto e del mancato guadagno; è consentita l'*egg sharing*, ovvero la possibilità di donare i propri ovociti soprannumerari, in cambio di uno sconto sul trattamento in corso con il consenso di entrambi i genitori biologici; obbligatoria è l'informazione di eventuali malattie, specie genetiche se conosciute. Il consenso è revocabile fino al momento dell'utilizzo dei gameti; per gli embrioni, invece, il consenso è revocabile individualmente fino al momento dell'impianto: Corte Edu, 10 aprile 2007, *Evans v. UK*, ricorso n. 6339/05; L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Europa e diritto privato*, 2008, p. 225 ss.

⁷⁰ Artt. 24 e 25, *Human Fertilization and Embriology Act*, 2008 prevedono un'articolata disciplina in tema di *information and disclosure of information*. I figli possono chiedere all'Authority, dopo il sedicesimo anno d'età, notizie su eventuali fratelli e sorelle i quali, informati della richiesta, possono autorizzare il rilascio di informazioni identificanti. Analoga facoltà è riconosciuta ai figli nei confronti dei donatori, ma non l'inverso: i donatori possono assumere informazioni sui propri figli biologici, ma non la loro identità. J. MCCANDLESS, S. SHELDON (2010), *The Human Fertilisation and Embryology Act (2008) and the tenacity of the sexual family form*, in *Modern Law Review*, n. 2, pp. 175-207.

⁷¹ Si confronti Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), *Evans c. Regno Unito*, ric. n. 6339/05, 2007, par. 92 e *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, 2014 insieme con *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, 2014: nel primo caso la Corte respinge la richiesta della donna di disporre degli embrioni prodotti in vitro per la procreazione, in quanto il materiale genetico non può esser utilizzato contro la volontà di uno dei partners e ciò non viola la dignità della ricorrente; negli altri due casi la decisione lascia agli Stati la libertà di vietare la surrogazione di maternità, ma protegge l'identità dei nati rispetto al genitore biologico come interesse prevalente.

altri. La solidità del divieto normativo, ribadito regolarmente nelle pronunce giurisprudenziali, verte sull'antinomia concettuale tra lo strumento contrattuale e la filiazione. Impossibilità e illiceità dell'oggetto e della causa, frammentazione genitoriale concordata e programmata, cessione del figlio come adempimento rappresentano un valido ostacolo all'uniformazione normativa.

A parte i pochi Stati che autorizzano la surrogazione di maternità commerciale (Ucraina, Georgia, California), la regolamentazione della pratica interessa un numero ristretto di Stati mentre altri, non legiferando, si limitano a gestire gli effetti rispetto alla gestante e al nato. Laddove è regolamentata, la nascita del rapporto di filiazione non è automatica, ma soggetta a controllo preventivo, nel preminente intento di evitare ogni forma di commercializzazione. Richiede una previa autorizzazione giudiziaria per sole ragioni di ordine medico la Grecia⁷², mentre i Paesi Bassi si affidano a strutture autorizzate, il *Child Care and Protection Board*, cui spetta attestare l'acquisto della piena responsabilità genitoriale previo 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 che non intendevano avere⁷³. Trasversale è la regola che individua nel parto l'identificazione della madre finché non rinuncia formalmente al figlio.

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 naturale⁷⁴, 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 che non deve eccedere l'ammontare

⁷² L. n. 3089 del 2002, che ha novellato il codice civile. L'accesso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita è consentito per impossibilità della procreazione naturale o rischio di trasmissione di una malattia grave. Età massima di 50 anni della committente, differenza di sesso, accesso esteso per sentenza all'uomo celibe per il principio di uguaglianza, ovuli della madre committente o di una terza donna ma mai della gestante, indennizzo determinato nel limite massimo ma non retribuzione sono le condizioni legali; il domicilio in Grecia della madre d'intenzione e della gestante richiesto non è sufficiente ad evitare il turismo procreativo: A. C. PAPACHRISTOS, *Le don d'utérus et le droit hellénique*, in F. MONÉGER, *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood*, Paris, 2011, p. 169 ss.

⁷³ 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: M. J. VONK, *Maternity for another: a double dutch approach*, in F. MONÉGER, *op. loc. cit.*, p. 205 ss.

⁷⁴ *Surrogacy Arrangements Act* del 1985 e l'*Human Fertilisation and Embriology Act* del 2008.

delle spese vive⁷⁵, ma sono talvolta calcolate con generosità⁷⁶, limite rimosso di recente purché la surrogazione commerciale sia effettuata all'estero⁷⁷. Con la maggiore età il nato da accordo di maternità surrogata ha diritto di conoscere le proprie origini.

La situazione negli Stati Uniti è molto fluida e confusa: gli Stati che hanno legiferato adottano leggi ampiamente differenti di cui talune rispettano i contratti di maternità surrogata, altri li vietano totalmente, altri li consentono a date circostanze; la maggior parte non ha legiferato in materia⁷⁸. Laddove manca una risposta legislativa, spetta alle Corti decidere della validità dei contratti, con soluzioni alterne⁷⁹.

Nel contesto della genitorialità legale il sistema tedesco pone una serie di limitazioni normative, volte a scoraggiare la gestazione per altri⁸⁰. Ogni contratto dispositivo della genitorialità, di surrogazione come di adozione, stipulato prima o dopo la nascita, non soltanto è nullo in quanto contrario all'ordine pubblico e al buon costume, ma non è eseguibile, perché il bambino può essere consegnato soltanto ai genitori cui il giudice ha dato l'affidamento⁸¹. La tutela del benessere del minore può però indurre il giudice a soluzioni differenti⁸². Legittima è l'adozione da parte degli aspiranti genitori, ma è

⁷⁵ E. STEINER, *Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission*, in F. MONÉGER, *op. loc. cit.*, p. 39 ss. Condizioni necessarie sono il legame biologico con almeno una delle parti, la convivenza con il minore, il domicilio nel Regno Unito, la comune volontà di tutti i soggetti.

⁷⁶ Re C (*Application by Mr and Mrs X*), (2000) *Fam. Law* 351.

⁷⁷ Lo ha affermato Peter Thompson, chief executive dell'Hfea il 20 ottobre 2021, rispondendo a un quesito posto da Nga Law e da Brilliant Beginnings, un importante studio legale specializzato nelle "nuove famiglie" e la ong no profit dedicata alle mediazioni per gravidanze conto terzi. L'apertura è conseguenza di una pronuncia giurisprudenziale della Corte Suprema (*Whittington Hospital Nhs Trust v XX* [2020] *Uksc14*) a seguito di un caso di negligenza sanitaria. La signora, che si era rivolta a una clinica californiana per avere un figlio con l'utero in affitto, aveva iniziato un contenzioso con il Servizio sanitario britannico per ottenere il rimborso delle spese. La Corte suprema britannica, contrariamente a un analogo caso del 2001, ha stabilito che il sistema sanitario pagasse i costi della procedura in California in quanto responsabile dell'infertilità della donna. I giudici hanno ammesso anche il rimborso per il compenso della surroga commerciale all'estero, purché il costo sia ragionevole e il Paese coinvolto garantisca standard di qualità e il rispetto degli interessi di tutte le parti coinvolte.

⁷⁸ R. RAO, *Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, 2003, Rachel Cook et al. eds. 23, che riconduce i vari approcci statuali in quattro tipologie: divieto, inattività, regolamento di stato e ordinamento contrattuale.

⁷⁹ SC California, *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84 (1993), individua nell'intenzione di procreare il fondamento della genitorialità. Il criterio è confermato da *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410, 72 Cal. Rptr 2d 280 (1998); la vincolatività del contratto è richiamata in *P.G.M. v. J.M.A.*, 2997 WL 4304448 (Minn. App.); la genetica giustifica la consegna del nato in caso di errore di impianto dell'embrione in *Belsito v. Clark*, 644 N.E. 2d 760, 762 (Ohio 1994); *Perry-Rogers v. Fasano*, 715 N.Y. S. 2d 19 (N.Y. App. Div. 2000). Rare sono le pronunce che richiamano il superiore interesse del minore: *In re Adoption of Matthew B. M.*, 284 Ca. Rptr. 18 (Cal. Ct. App. 1991); *K.M. v. E.G.*, 118 Cal. App. 4th 477 (2004); *Flynn v. Bimber*, 2005 WL 1349640 (Pa. Com. Pl. 2005).

⁸⁰ *Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – EschG)*, 13 Dezember 1990 (BGBl. I S. 2746).

⁸¹ U. WANITZEK, *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, 2002, p. 237 ss.

⁸² Mitiga il rigore di OLG Braunschweig, decisione del 12 aprile 2017, causa 1 UF 83/13 che negava la genitorialità di entrambi i committenti, Bundesgerichtshof, 5 settembre 2018, XII ZB 224/17. La Corte ribadisce il diritto dei minori, non degli adulti, ad ottenere il riconoscimento dello stato di figlio di entrambi i committenti, compreso quello intenzionale, confermando il precedente del 10 dicembre 2014. La lesione della dignità viene collegata a circostanze che mettono in discussione la libera partecipazione della madre surrogata, o se circostanze essenziali rimangono incerte, come indicazioni inerenti alla persona della surrogata, alle condizioni alle quali si è dichiarata disponibile a condurre la gravidanza dei bambini oppure

necessario il consenso di chi ha partorito e dei genitori adottivi, nonché la verifica di idoneità, che spetta al giudice tutelare quando dispone l'adozione⁸³.

L'identità biologica riceve piena tutela in questo sistema: il figlio ha sempre diritto di conoscere l'identità della madre biologica, se non si è avvalsa del parto in anonimato, come il genitore di verificare la propria genitorialità anche nell'ipotesi di ovodonazione⁸⁴.

Forti analogie sono riscontrabili tra il sistema francese e italiano, equiparati nella scelta del divieto esplicito della pratica con disposizioni di ordine pubblico⁸⁵ che non risolve il problema dello *status* del nato quando le coppie si avvalgono di discipline straniere più flessibili. L'oggettiva illiceità della condotta, anche perché in frode alla normativa in tema di adozione, non ha impedito oscillazioni nelle decisioni della giurisprudenza francese⁸⁶. L'istituto della *delegation 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 mai stato richiesto, privilegiando le coppie l'istituto dell'adozione.

In assenza di regolamentazione della pratica, spetta ai giudici decidere della costituzione del legame di filiazione con il genitore d'intenzione. Se per il padre il riconoscimento non incontra difficoltà in presenza di un legame genetico, la regola che identifica la madre nella partoriente esclude la maternità a prescindere dal legame genetico. Si era proposta la condivisione della responsabilità genitoriale con la madre di intenzione, con annotazione, a margine dell'atto di nascita, del giudizio straniero che ne ha riconosciuto il legame per impedire l'interruzione del rapporto in caso di decesso del

se mancano informazioni sull'accordo raggiunto, oppure quando nel procedimento giudiziario straniero sono state ignorate fondamentali garanzie procedurali: A. SCHUSTER, *La Corte federale tedesca si esprime ancora in materia di GPA*. A maggior ragione BGH, ord. 20 marzo 2019, XII ZB 530/17, indirizza la madre intenzionale e genetica all'adozione; Trib. Reg. sup. di Francoforte sul Meno, ord. 28 febbraio 2019, I UF 71/18 ha consentito l'adozione della madre genetica del figlio del marito e padre genetico nato da madre surrogata, in quanto funzionale all'interesse superiore del bambino.

⁸³ BGH, ord. 20 marzo 2019, XII ZB 530/17 e XII ZB 320/17, escludono l'automatico riconoscimento dell'atto di nascita ucraino e subordinano l'acquisto della genitorialità alla procedura di adozione; KG Berlino, ord. 21 gennaio 2020, I W 47/19 e KG Berlino, ord. 17 marzo 2020, I W 298 precisano che la madre surrogata, non essendo mai diventata madre legale, non debba essere annotata nel registro delle nascite.

⁸⁴ *Vaterschaftserklärungsgesetz*, 26 marzo 2008, *Bundesgesetzblatt* I 2008, p. 441; una più dettagliata normativa è nella legislazione in tema di diagnosi genetica: *Gendiagnostikgesetz*, 31 luglio 2009, *Bundesgesetzblatt* I 2009, p. 2529). Le modalità, concepite per la verifica di paternità, possono essere estese alla maternità naturale.

⁸⁵ La *Loi bioéthique* 29 luglio 1994, n. 94-653, qualifica illecita la maternità surrogata. Né la l. 6 agosto 2004, n. 2004-800, né la L. 2 août 2021, n. 2021-1017 *relative à la bioéthique* ha apportato alcuna modifica; quest'ultima, integrando l'art. 47 code civil, conferma il rispetto della legge francese nella valutazione degli atti di nascita stranieri.

⁸⁶ Sanziona la condotta illecita di una coppia non sposata, che si era avvalsa di una *mère porteuse* in California, negando efficacia al riconoscimento secondo il diritto territoriale di due gemelle, seppur figlie genetiche, T. Rennes, 4 juillet 2002, *D.*, 2002, p. 2902 ss.; all'inverso, Cour d'Appel Paris, 25 octobre 2007, si pronuncia sull'irricevibilità dell'istanza del pubblico ministero di impugnazione della trascrizione dell'atto di nascita, in quanto priva i nati del legame anche rispetto al genitore biologico; Cour d'Appel Paris, 26 février 2009, *Gaz. Pal.*, 3-4 avr. 2009, p. 21 dispone la rettifica dell'atto di nascita in relazione alla maternità legale; Cour d'Appel Paris, 18 mars 2010, confermata da Cass., 6 avril 2011, n. 10-19.053, annulla la trascrizione dell'atto di nascita redatto in California nei registri dello stato civile.

coniuge, ma è l'adozione *simple et plénière* il modo privilegiato di costituzione del legame di filiazione con il genitore sociale dopo la recente *Loi relative à la bioéthique*.

Lo scenario europeo registra pertanto un uniforme contrasto alla pratica e una comune necessità di regolamentazione degli effetti, tendenzialmente non automatici ma soggetti a controllo dell'autorità giudiziaria. Eppure la ricerca di una soluzione equilibrata ha prodotto, nel sistema italiano, un mosaico di decisioni nell'intento di privilegiare talvolta il divieto normativo, sanzionato anche penalmente, talaltra la libertà di circolazione e la conservazione del significativo rapporto di tipo familiare tra il nato e la coppia, valori europei.

6. Il rapporto come modello: la giurisprudenza europea

La tutela in Europa della libertà di circolazione delle persone con la conservazione dello *status* acquisito all'estero, secondo la *lex* del luogo di nascita, ha avallato il modello del fatto compiuto con obbligo di uniformazione dell'identità personale nei diversi ordinamenti europei. Il modello entra in crisi con la gestazione per altri dove, a dispetto della *vicenda del* cognome familiare, il possesso di stato *contra legem* non investe una norma imperativa ma un valore irriducibile, la dignità della persona.

Nelle questioni sottoposte all'attenzione della Corte di Strasburgo, viene separata la posizione dei committenti da quella del nato. Nei casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*⁸⁷, trattati simultaneamente, la Corte riconosce fondata la motivazione giuridica del rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita⁸⁸, ma richiede di valorizzare la parentela biologica per ragioni identitarie, lese da *une troublante incertitude* contraria al prevalente interesse del minore. Rispetto ai ricorrenti viene esclusa l'illecita ingerenza dello Stato francese; 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. Di riflesso la Cassazione francese ha mutato la propria giurisprudenza, autorizzando la trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero nel

⁸⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze *Menesson* e *Labasse*, cit., in entrambi i casi 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.

⁸⁸ L'accordo di gestazione per altri è nullo, perché in frode alla legge, contrario all'ordine pubblico internazionale e non può avere efficacia indiretta. Né è possibile dissociare la situazione del minore dal destino del contratto illecito, pur se eseguito all'estero, senza esporsi all'incoerenza di riconoscere effetti giuridici a una situazione vietata, lesiva della persona e causa di una gravissima disparità in base alle possibilità economiche delle coppie. Peraltro, la mancata trascrizione non toglie effetto al riconoscimento negli Usa dello *status filiationis* né ha impedito che in Francia si mantenesse la relazione di tipo familiare in coerenza al superiore interesse del minore.

rispetto della filiazione biologica, salvo irregolarità, falsificazione o difformità dei dati dichiarati⁸⁹.

Diversamente per la madre d'intenzione, che può diventare genitore legale tramite adozione, nel rispetto del diritto francese⁹⁰, soluzione accolta dalla più recente legge di bioetica a dispetto di un'interpretazione giurisprudenziale che, in assemblea plenaria, aveva autorizzato la trascrizione dell'atto di nascita straniero⁹¹ a seguito di un parere consultivo richiesto alla Corte di Strasburgo⁹². Nel quesito proposto l'*Assemblée plénière* chiedeva se, rifiutando di trascrivere l'atto di nascita nei registri di stato civile francese, 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

⁸⁹ Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, n. 14-21.323 e Cass., Ass. Plén., 3 juillet 2015, n. 15-50.002, in *Bull.*, 2015, Ass. plén., n. 4.

⁹⁰ Cass. 1^{re}, 4 nov. 2020, n^{os} 19-15.739 et 19-50.042, *Dalloz actualité*, 12 nov. 2020, obs. L. GAREIL-SUTTER; D. 2020. 2172; Cass., 5 juillet 2017, n^o 15-28.597; Cass., 5 juillet 2017, n. 16-16.901 e, n. 16-50.025; Cass., 5 juillet 2017, n. 16-16.455; Cass., 5 juillet 2017, n^o 16-16.495.

⁹¹ Cass., Ass. Plén., 4 oct. 2019, n^o 10-19.053, *Dalloz actualité*, 8 oct. 2019. Critica la decisione, S. PARICARD, *La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA: un schisme entre loi et jurisprudence*, in *Recueil Dalloz*, 2020, p. 426.

⁹² La possibilità è stata introdotta dal Protocollo addizionale n. 16 allegato alla CEDU, entrato in vigore il 1^o agosto 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. La procedura ha sollevato criticità nel dialogo tra le Corti nazionali e la Corte EDU: K. DZEHTSIAROU, *Interaction between the European Court of Human Rights and Member States: European Consensus, Advisory Opinions and the Question of Legitimacy*, in S. FLOGAITIS ET AL. (eds.), *The European Court of Human Rights and Its Discontents: Turning Criticism into Strength*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2013, p. 133; L. A. SICILIANOS, *L'elargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme - A propos du Protocole no 16 & la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, n. 97, p. 28. La finalità è introdurre forme di collaborazione volte a prevenire la violazione della Cedu ovvero di porvi rimedio: V. E. CANNIZZARO, *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?* in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali (prime riflessioni in vista della ratifica del Prot. 16 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo)*, Torino, 2015, p. 81 e ss.; A. DI STASI, *Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi*, in ID. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, pp. 3-114.

la decorrenza non dalla nascita del bambino, ma da quando la relazione sia diventata significativa a giudizio delle autorità nazionali⁹³.

Il riconoscimento dello *status filiationis* richiede dunque l'accertamento del *best interest* del minore in concreto: se viene negata la genitorialità, occorre contestualmente individuare una persona responsabile della sua crescita ed educazione, ma non può 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 concreto⁹⁴, compresa l'eventuale inidoneità della madre o il rifiuto del consenso della madre surrogata.

Per assenza del legame biologico tra il bambino e la coppia e breve durata della relazione di tipo familiare la Cedu aveva già riconosciuto legittimità al provvedimento di allontanamento del bambino, alla dichiarazione di stato di abbandono e al conseguente avvio della procedura di adozione da parte delle autorità italiane nel caso *Paradiso Campanelli v. Italy*⁹⁵. La pronuncia conferma l'attenzione alla comprensione della realtà senza acritico adeguamento ad essa e la necessità di sottrarre al rapporto contrattuale, illecito, il fondamento della relazione giuridica con il nato.

Maggiore flessibilità richiede la Corte di Giustizia europea⁹⁶ a protezione del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio negli Stati membri, interesse

⁹³ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Defensibility of the Margin of Appreciation Doctrine in the ECHR: Value-Pluralism in the European Integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, p. 1162. Per un'analisi più approfondita sul parere consultivo della Corte europea, L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, in questa *Rivista*, 2019, n. 2, p. 160 ss., spec. p. 169 ss.

⁹⁴ Cedu, 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, ricorso n. 11288/18.

⁹⁵ Cedu [GC], 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, in *Foro it.*, 2017, IV, c. 105 ss.: manca il legame biologico con la coppia e la relazione con il bambino è di breve durata. Nella specie, consegnato il bambino a un paio di mesi dalla nascita, viene portato in Italia dove le autorità vengono allertate dal Consolato italiano in Russia. L'ingresso in Italia del bambino senza il rispetto della procedura sull'adozione internazionale aveva attivato anche il procedimento penale per alterazione di stato con conseguente test genetico, che aveva attestato l'assenza di legami biologici con il padre, causa del rifiuto del Comune di registrare il certificato di nascita. La Corte, dunque, accoglie la tesi difensiva del Governo: a parte la falsità di un atto di nascita che indica i ricorrenti come genitori «biologici» del minore, l'aver concluso un contratto per comprare un neonato ha viziato la loro situazione fin dall'inizio, difficile da regolarizzare. La necessità dell'allontanamento risponde alla diversa esigenza di assicurare al minore una vita privata e familiare in un'altra famiglia, in grado di assicurare il suo sviluppo sano e una identità certa. In prima istanza, Cedu, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, in *Foro it.*, 2015, IV, c. 117 ss., aveva sanzionato l'Italia, motivando l'ingerenza statale con la convivenza durante le prime tappe importanti dell'infante (otto mesi), il comportamento *uti parentes*, la buona fede sull'esistenza di un legame genetico, considerazioni ribaltate dalla *Grande Chambre* per la condotta fortemente anti-giuridica dei ricorrenti.

⁹⁶ Corte giustizia UE, grande sezione, 14 dicembre 2021, n. 490, *V.M.A. v. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, f. 6, p. 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 di un 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

prevalente rispetto all'identità nazionale. 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 circolazione⁹⁷. 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 impedimenti.

Per la Corte 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 (nella specie, bulgara) come gli altri effetti civili ad esso connessi⁹⁸.

Gli indici desumibili dalle pronunce europee, pur rigorosi nella protezione del legame biologico e nella conservazione dello *status* per l'esercizio delle libertà fondamentali, non sembra reputino connaturale al *best interest of the child* l'automatismo in tema di genitorialità.

7. Mitigazione del doppio binario tra fonte legale e giurisprudenza in Italia

La più recente legislazione, che pure ha introdotto novità rilevanti in tema di filiazione, riconduce sempre al fatto procreativo la genitorialità e correlata responsabilità⁹⁹.

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, p. 1103.

⁹⁷ Art. 4, paragrafo 3, direttiva 2004/38.

⁹⁸ 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 nazionale nel rispetto del diritto dell'Unione europea*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, Napoli, 2023, p. 348 ss.

⁹⁹ La l. 10 dicembre 2012, n. 219 e il d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 sullo stato unico di figlio all'art. 243 *bis* c.c. conservano il riferimento al fatto procreativo in tema di disconoscimento della paternità e la regola del parto come prova della maternità all'art. 269, co. 3, c.c.; la l. 19 febbraio 2004, n. 40 in materia di

All'inverso la giurisprudenza, attenta al caso concreto senza le implicazioni di una regola generale e astratta, nel fronteggiare il fatto compiuto ha talvolta forzato il sistema con una sorta di filiazione socialmente tipica ma *contra legem*¹⁰⁰. L'occasione del nuovo corso interpretativo, la filiazione nei rapporti omogenitoriali, assume valenza generale per il principio di non discriminazione. La tesi è che la trascrivibilità del provvedimento straniero costitutivo del rapporto di filiazione non può essere impedita per l'identità di genere dei genitori, perché la genitorialità di coppia, incentrata sulla bi-genitorialità e differenza di genere, non è un modello costituzionalmente obbligato. Alcun contrasto con l'ordine pubblico internazionale è pertanto rinvenibile nella richiesta di riconoscimento della genitorialità rispetto al figlio di due donne, biologicamente legato ad entrambe per aver l'una trasmesso il proprio patrimonio genetico con la donazione dell'ovulo, e l'altra per averlo partorito¹⁰¹; analogamente per la rettifica dell'atto di nascita che originariamente indicava come genitore la sola madre biologica e non anche la compagna della madre quale genitore¹⁰².

In assenza di gestazione per altri, questa giurisprudenza ha reso la genitorialità indipendente dalla differenza di genere, a tutela della continuità di uno *status* concorrente con la verità biologica, e poi anche dal legame biologico, con riverbero nella giurisprudenza di merito¹⁰³. Invero, la natura imperativa delle norme, se posta a presidio

procreazione medicalmente assistita autorizzava la sola fecondazione omologa, ma l'impianto è stato smantellato da numerosi interventi demolitori della Consulta; la l. 20 maggio 2016, n. 76 in tema di unioni civili non ha inserito la figura del partner nell'art. 44, co. 1, lett. b) della l. 4 maggio 1983, n. 184 in tema di adozioni.

¹⁰⁰ Di doppio binario tra fonte legale e momento giurisprudenziale parla A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 741.

¹⁰¹ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, secondo cui è compatibile con l'ordine pubblico l'atto di nascita straniero che non contrasti con i principi fondamentali proclamati dalla Costituzione italiana, dai trattati fondativi dell'Unione europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'eventuale difformità tra la disciplina nazionale e la normativa straniera non ha rilevanza dovendo valutare il giudice nazionale, chiamato alla verifica di compatibilità con l'ordine pubblico di un atto straniero, non la conformità o difformità della disciplina straniera rispetto a quella interna, ma soltanto se sussista un contrasto tra l'atto straniero e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. La coerenza con il sistema è motivata con il riscontro, nella fattispecie, di una tecnica di fecondazione assimilabile in parte alla fecondazione eterologa e in parte a quella omologa: l'apporto genetico del donatore di gamete per la sterilità o infertilità assoluta e irreversibile, implicito nella tipologia di relazione, è coerente con la fecondazione eterologa; il contributo genetico della partner all'altra che partorisce è invece tipico della fecondazione omologa. L'assenza dell'apporto strumentale di una gestante estranea è determinante per escludere la configurabilità della maternità surrogata.

¹⁰² Cass., 15 giugno 2017, n.14878, in *Guida al diritto*, 2017, f. 28, p. 51, accoglie la richiesta di rettifica dell'atto di nascita di un bambino di una coppia di due cittadine italiane sposatesi all'estero, in quanto «si deve fare riferimento alla nozione di ordine pubblico internazionale e non a quella di ordine pubblico interno, nonché deve aversi riguardo all'"interesse del minore" e al suo "diritto al riconoscimento ed alla continuità delle relazioni affettive, anche in assenza di vincoli biologici ed adottivi con gli adulti di riferimento, all'interno del nucleo familiare"»; analogamente Cass., 23 agosto 2021, n. 23319, in *Foro italiano*, 2022, 1, I, c. 293 ss.

¹⁰³ App. Venezia, ord. 16 luglio 2018, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 1, I, p. 149 ss., sul riconoscimento dell'atto di nascita rettificato, redatto da autorità canadesi, che indica come genitori del bambino entrambi i ricorrenti e non soltanto il padre biologico: il divieto posto dal sistema italiano si risolve in una difformità di disciplina, non è indice di contrarietà all'ordine pubblico internazionale; App. Trento, ord. 23 febbraio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1035 s.; App. Milano, decr. 28 ottobre 2016, *ivi*, c. 722.

dei soggetti più deboli e dei valori indisponibili, non è derogabile ricorrendo alla categoria dell'ordine pubblico internazionale nei rapporti transnazionali.

Un primo freno, a fronte della pretesa illegittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. in materia di azioni demolitorie dello *status*, viene posto dalla Consulta che rigetta l'istanza volta a subordinare l'impugnazione del riconoscimento del minore per difetto di veridicità alla conformità al suo interesse¹⁰⁴. Nell'intento della Corte remittente il *best interest* del minore, richiamato dai principi internazionali ed europei come interesse concreto del destinatario del provvedimento, coincide con la conservazione dello *status filiationis* – e quindi dell'identità acquisita - anche in presenza di una surrogazione di maternità.

Il seguente intervento correttivo delle Sezioni unite della Cassazione sposta il problema dall'equiparazione tra paternità biologica e non biologica, alla conformità all'ordine pubblico internazionale di un progetto genitoriale di coppia, dello stesso sesso o meno, la cui attuazione necessita di ricorso ad una legislazione straniera scelta a tal fine dai soggetti interessati¹⁰⁵. In astratto, è indubbio l'interesse del minore a conservare lo *status* di figlio riconosciuto, implicito nel *favor filiationis*, con la correlata identità familiare, responsabilità genitoriale e diritti anche nei confronti del genitore intenzionale. Ma riconoscere efficacia al documento estero implica adeguamento alla scelta di chi costituisce il legame di filiazione sul presupposto, indimostrato, di un conforme interesse del minore¹⁰⁶. La surrogazione di maternità, al pari della commercializzazione di gameti o di embrioni, è condotta penalmente rilevante, perché offende la dignità della gestante e progetta una genitorialità anche totalmente priva di legami biologici con il nato. Il rifiuto degli automatismi e la necessità di bilanciamento degli interessi sottesi all'accertamento dello *status* sottrae al potere dispositivo il rapporto di filiazione, in coerenza con l'indisponibilità degli *status*.

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,

¹⁰⁴ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 2969 ss. La questione era stata sollevata nel corso del giudizio di appello avverso la sentenza del Tribunale ordinario di Milano che aveva accolto l'istanza presentata dal curatore speciale di un minore, nominato dal Tribunale per i minorenni, una volta accertato, tramite indagini avviate dalla Procura della Repubblica presso codesto Tribunale, il ricorso alla surrogazione di maternità con ovodonazione; il riconoscimento del minore effettuato all'estero e poi trascritto in Italia non era dunque conforme a verità *ex latere matris*.

¹⁰⁵ La nozione di ordine pubblico internazionale, elaborata per consentire la circolazione di atti giuridici nonostante le difformità di disciplina, è centrale in materia di stato e capacità delle persone, dove le norme di regola sono imperative. La loro assoluta inderogabilità, infatti, impedirebbe l'applicazione di norme di diritto internazionale privato.

¹⁰⁶ Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Dir. fam. pers.*, 2019, n. 3, p. 1062, sollecitata da Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, in *D&G*, 2018, p. 10. La fattispecie è sempre la medesima: matrimonio omosessuale in Canada, oggi riconosciuto come unione civile; nascita di due minori con la PMA eterologa e l'ausilio di una donna gestante; trascrizione in Italia del provvedimento giudiziale canadese di riconoscimento della paternità al padre biologico; successiva richiesta di trascrivere il diverso provvedimento canadese di riconoscimento della co-genitorialità del partner e l'integrazione dell'atto di nascita; rifiuto dell'ufficiale di stato civile, impugnato. Sul superiore interesse del minore, V. P. MCELEAVY, *The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: prioritising return or reflection?*, in *Netherlands International Law Review*, 2015, n. 62, p. 365.

dove l'articolata e talvolta farragginosa legislazione speciale tutela *in primis* l'interesse del minore, non protetto dalla naturale discendenza biologica.

Profilo questo prevalente rispetto al problema se la bi-genitorialità richieda la differenza di genere come requisito indispensabile. La scelta politica del legislatore, confermata in sede di disciplina delle unioni civili, non impedisce infatti la crescita di figli in una relazione omogenitoriale. A parte i figli nati da precedenti matrimoni, questa forma di genitorialità è ricorrente sia in caso di mutamento di sesso, per effetto della conversione del matrimonio in unione civile, sia per i figli nati nonostante il mutamento di sesso, una volta resa autonoma la rettifica degli atti di stato civile dall'intervento chirurgico. Ipotesi dove è la pregressa consolidazione del rapporto ad attestare il preminente interesse del minore, cui si aggiunge 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 ostativo¹⁰⁷. Invero, nella fecondazione eterologa e surrogazione di maternità, eseguite all'estero perché nel nostro sistema la nozione di genitori non è di genere neutro¹⁰⁸, la progettualità di coppia è espressione di un diritto di autodeterminazione sottratto alla verifica di attualità del disegno genitoriale, i cui effetti non si esauriscono nella sfera giuridica di chi lo esercita, ma investono la sfera giuridica altrui, il minore, peraltro soggetto debole.

Nel rapporto tra uomo e tecnoscienza il diritto deve svolgere funzione promozionale¹⁰⁹, piuttosto che adattarsi alla realtà in funzione rimediale. In questa ottica si colloca la tutela del legame affettivo, garantendo la continuità degli affetti pur in assenza del legame di discendenza biologica¹¹⁰. Il principio nasce per tutelare situazioni di affidamento del minore, inizialmente temporanee, da automatismi e rigidità normative che impedivano la conservazione del legame quando il ricongiungimento con il genitore biologico risultava definitivamente compromesso. Viene estesa dalla legge sullo stato unico di figlio con il termine di decadenza quinquennale all'azione di disconoscimento della paternità o per difetto di veridicità, a protezione dell'identità del nato. In seguito, in via strumentale, la continuità di affetti è stata indicata come elemento costitutivo di *status* familiari anche in situazioni *contra legem*, una sorta di sanatoria della pregressa condotta fraudolenta in una fattispecie a formazione progressiva. Ma il fattore temporale non può

¹⁰⁷ Cass., Sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Foro italiano*, 2021, n. 6, I, c. 2054 ss., riconosce efficacia al provvedimento giurisdizionale straniero (nella specie, dello Stato di New York) di adozione di un minore da parte di una coppia omoaffettiva maschile (entrambi cittadini americani, uno anche cittadino italiano), che attribuisce uno *status* genitoriale corrispondente all'adozione piena o legittimante, ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione.

¹⁰⁸ La bigenitorialità fondata sulla diversità di genere si riscontra nei concetti di paternità e maternità di cui agli artt. 30, ult. comma, 31 e 29 cost. sull'istituto del matrimonio; eterosessualità, biologicità, bigenitorialità, unicità e indisponibilità sono addotti dalla disciplina della PMA come postulati del rapporto di filiazione: R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 954 ss.

¹⁰⁹ P. STANZIONE, *Sulla «Berufung» del nostro tempo per la (ri)codificazione del diritto privato (in risposta a Salvatore Mazzamuto)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p.107. Le stesse Sezioni unite (Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.) hanno escluso l'esistenza, nell'ordinamento italiano, di un modello di genitorialità alternativo a quello fondato sul legame biologico, diverso dall'adozione.

¹¹⁰ P. STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, cit., p. 677.

costituire il diritto soggettivo allo *status* del minore in quanto diritto inviolabile: inviolabilità implica indisponibilità¹¹¹.

8. Alcun automatismo in difetto di legame biologico

La più recente giurisprudenza, motivando la legittimità del rifiuto di inserimento di una duplice maternità nell'atto di nascita, puntualizza che la bi-genitorialità implica la duplicità delle figure genitoriali nel genere, non soltanto nel numero¹¹². Limite imperativo e legittimo per la Consulta, pronunciata sulla trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero nell'ipotesi speculare della genitorialità di due padri¹¹³.

¹¹¹ V. CALDERAI, *Il dito e la luna*, cit., p. 308: l'opinione contraria presuppone una cornice etico-politica prossima al costituzionalismo statunitense, dove l'autodeterminazione procreativa è intesa come libertà negativa. La concezione paidocentrica del costituzionalismo italiano ed europeo, per contro, circoscrive l'autonomia nelle relazioni familiari ai rapporti simmetrici, mentre i rapporti tra figli e genitori sono presidiati da norme inderogabili di tutela e dallo *status* filiale come sintesi di situazioni giuridiche indisponibili.

¹¹² Cass. 3 aprile 2020, n. 7668, in *D&G*, 2020, 6 aprile. L'occasione è offerta dalla richiesta di rettifica dell'atto di nascita per inserire la duplice maternità, della madre genetica e intenzionale. La pronuncia obietta che la genitorialità sociale non può essere effetto di attività amministrativa: funzione della rettifica è correggere eventuali vizi nella formazione dell'atto di nascita per assicurare la corrispondenza con la realtà generativa, non ricorrente nella specie, in quanto il consenso della madre di intenzione non è costitutivo della relazione genitoriale. I requisiti soggettivi di accesso alle tecniche procreative e le disposizioni in tema di ordinamento dello stato civile postulano l'unicità della madre. La tesi è ribadita da Cass., 23 agosto 2021, n. 23321, in *Fam. dir.*, 2022, f. 2, p. 154 ss. e da Cass., 4 aprile 2022, n. 10844, in *Guida al diritto*, 2022, p. 15: non è accoglibile la domanda di rettificazione dell'atto italiano di nascita per ottenere la qualità di madre del bambino, concepito con tecniche di PMA di tipo eterologo all'estero e nato in Italia, della donna legata in stabile relazione affettiva con chi l'ha partorito. La richiesta confligge con l'art. 4, co. 3, L. 40/2004, che esclude il ricorso a tali tecniche da parte delle coppie dello stesso sesso. Il principio, già recepito in presenza di apporto biologico della genitrice di intenzione (da ultimo, Cass., 25 febbraio 2022, n. 6383, in *GiustiziaCivile.com*, 11 luglio 2022), va ribadito a maggior ragione se tale apporto manca. L'accesso a tali tecniche è limitato dal legislatore a situazioni di infertilità patologica, cui non è omologabile la condizione di infertilità della coppia omosessuale. Né può essere invocata un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8, L. 40/2004: una diversa interpretazione delle norme relative alla formazione dell'atto di nascita non è imposta dalla necessità di colmare in via giurisprudenziale un vuoto di tutela che richiede, in una materia eticamente sensibile, necessariamente l'intervento del legislatore. Conferma la legittimità del quadro normativo che vieta la trascrizione degli atti di nascita e la duplice maternità di figli nati in Italia da procreazione medicalmente assistita eseguita all'estero, Corte di Strasburgo, 22 giugno 2023, ric. n. 47998/20 e 23142/21, Nuti v. Italia e Dallabora e altri v. Italia: il divieto rientra nell'ampio margine di discrezionalità dell'Italia in materia, non lesivo degli artt. 8 e 14 della CEDU nella misura in cui si offre una possibilità di riconoscimento del legame di filiazione tra il nato e il genitore d'intenzione. La possibilità di adozione ex art. 44, l. 184/1983, lett. d), non esperita dai ricorrenti, giustifica la manifesta infondatezza dei ricorsi.

¹¹³ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, I, c. 3782 ss., secondo cui sono infondate le questioni di legittimità costituzionale della l. 19 febbraio 2004 n. 40, art. 5, limitatamente alle parole "di sesso diverso", e 12, comma 2, limitatamente alle parole "dello stesso sesso o", "anche in combinato disposto con i commi 9 e 10", nonché degli art. 1, commi 1 e 2, e 4, in riferimento agli art. 2,3,31,32, nonché 11 e 117 Cost., questi ultimi in relazione agli art. 8 e 14 Cedu, nonché agli art. 2, 17,23 e 26 del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 19 dicembre 1966, e agli art. 5, 6, 22, 23 e 25 della convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre.

L'esistenza del legame biologico diventa così condizione necessaria e sufficiente per la genitorialità. Da essa va distinta la tutela di relazioni consolidate nel tempo, compresa quella del partner di un progetto procreativo condiviso, che presuppone la verifica dell'attitudine a favorire lo sviluppo della personalità del minore tramite l'esercizio della responsabilità genitoriale. Si conferma dunque la necessità di un puntuale accertamento da parte del giudice, non riconducibile al consenso prestato.

In questi termini va inteso il *favor* per la rilevanza giuridica, oltre che sociale, del legame espresso dalla giurisprudenza più recente. Come precisa la Consulta¹¹⁴, la prospettiva non è la tutela di un ipotetico "diritto alla genitorialità", ma individuare la titolarità giuridica di quell'insieme di doveri funzionali all'interesse del minore inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali¹¹⁵, cui nessuno può sottrarsi *ad libitum*.

La tipicità della genitorialità legale, eccezione alla regola della genitorialità naturale, vincola l'interprete a ricorrere all'istituto dell'adozione, figura più generale rispetto alla PMA di tipo eterologo. In attesa di una soluzione legislativa, 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. È inapplicabile, infatti, la lett. b) riferita al «coniuge nel caso in cui il minore sia figlio del genitore anche adottivo dell'altro coniuge», mentre la lett. d) rappresenta una clausola aperta, di chiusura del sistema, cui ricondurre tutte le ipotesi di difficoltà o impossibilità, giuridica oltre che di fatto, di accedere all'adozione piena¹¹⁶. La conclusione sarebbe confortata dall'affinità strutturale

¹¹⁴ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Giur. cost.*, 2021, f. 2, p. 321 ss., sulla questione di illegittimità sollevata contro l'art. 12, L. 40/2004, art. 60, l. 218/1995, n. 218 e art. 18, d.p.r. 2000, n. 396, nella parte in cui non consentono il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero sull'inserimento del genitore di intenzione non biologico nell'atto di stato civile del minore, perché contrario all'ordine pubblico. Il caso riguarda un bambino nato in Canada da maternità surrogata a favore di una coppia di uomini unita in matrimonio, relazione riconosciuta in Italia come unione civile. L'atto di nascita indica come solo genitore quello biologico, mentre non nomina il partner, né la madre surrogata, né la donatrice di ovuli, per cui i coniugi chiedono prima in Canada la rettifica dell'atto di nascita per includere il partner e poi la rettifica dell'atto in Italia. Il rifiuto dell'ufficiale di stato civile viene impugnato e l'atto di nascita, inizialmente riconosciuto dalla C.A. Venezia, viene poi privato di effetti dalla Cassazione che prende atto di quanto stabilito dalle Sezioni unite nel 2019.

¹¹⁵ Il riferimento è alla cura della salute, all'educazione scolastica del minore, alla tutela degli interessi patrimoniali e diritti ereditari, ad essere identificato come membro di quel nucleo di affetti che, seppur composta da persone dello stesso sesso, abbia condiviso il progetto di concepimento e poi concretamente accudito il minore, esercitando in maniera congiunta la responsabilità genitoriale. Il bambino avrebbe diritto di essere allevato dalla madre che lo ha partorito, ma di regola la gestante che adempie l'obbligo contrattuale non ha alcuna intenzione di svolgere la funzione materna, a meno che non cambi idea. In mancanza, non è nell'interesse del nato agire nei suoi confronti se non altro perché, risiedendo in uno Stato diverso, è palese la difficoltà di far valere i doveri parentali.

¹¹⁶ Da istituto marginale, l'adozione in casi particolari ha gradualmente incrementato il raggio d'azione allorché la giurisprudenza ha esteso in via ermeneutica la nozione di impossibilità (art. 44, comma 1, lettera d), L.184/1983) all'impedimento giuridico oltre che di fatto. Con la cd. adozione mite si evita al minore non abbandonato, ma i cui genitori biologici non sono in grado di assicurare in modo permanente l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale, il ricovero in istituto o affidamenti temporanei in successione. La giurisprudenza ora lo estende anche a minori che hanno una relazione affettiva con il partner del genitore biologico, quando è impossibile l'adozione o perché convivente e non coniuge (il che esclude il ricorso alla lett.b), o perché partner in un'unione civile o in una relazione non formalizzata.

con l'adozione (difformità del patrimonio genetico con il nato e genitorialità legale), in particolare con quella regolata all'art. 44, per la medesima *ratio* di valorizzare il rapporto instaurato con il minore. L'assenso dei genitori e la conservazione dei legami con la famiglia d'origine compensa il requisito dello stato di abbandono, presupposto esclusivo dell'adozione piena.

In effetti, la procreazione con ricorso alla biotecnologia prescinde dall'attenta selezione delle coppie interessate e ha una funzione inversa rispetto all'adozione - far nascere un figlio per una famiglia e non assicurare una famiglia al minore che ne è privo - tale da giustificare limiti legislativi contro il rischio di maternità surrogata o prodotti su misura. Al controllo dell'autorità giudiziaria si affida la verifica di congruità con l'interesse del minore, con cui arginare derive di soggettivismo sottese alla circolazione dei documenti e automatica efficacia nel diverso ordinamento. L'equivalenza con i figli nati da incesto, cui la condotta penalmente illecita dei genitori non può più impedire, da sola, l'acquisizione dello *status filiationis*, è circoscritta alla genitorialità biologica e conferma la delicatezza della costituzione del rapporto di filiazione, che non tollera preclusioni ma neppure automatismi¹¹⁷.

I giudizi critici concordano sull'incapacità dell'istituto di offrire una tutela adeguata. La giurisprudenza è dovuta intervenire sul necessario assenso del genitore "biologico"¹¹⁸, che poteva essere negato per sopravvenuta crisi della coppia, mentre ora va letto in funzione del *best interest* del minore¹¹⁹; lo stesso dicasi per i rapporti di parentela tra il bambino e i parenti dell'adottante (nonni, zii, fratelli e sorelle se l'adottante abbia altri figli propri), inizialmente esclusi¹²⁰ e ora estesi dalla Consulta all'adozione in casi

¹¹⁷ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1053 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, co. 1, c.c. nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale e relative indagini nei casi in cui, ex art. 251, co. 1, c.c., il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato. La norma infatti è stata riformulata dalla l. 219/2012 con l'introduzione dello stato unico di figlio: per i figli nati da relazione incestuosa è stata introdotta l'autorizzazione del giudice al riconoscimento, possibile se conforme all'interesse del minore.

¹¹⁸ Art. 46, L.184 /1983. Compulsata dal Tribunale di Padova, la Consulta ha precisato che l'assenso è necessario per le caratteristiche peculiari dell'adozione in casi particolari, che opera in ipotesi tipiche e circoscritte, con effetti limitati, visto che non conferisce al minore lo *status* di figlio legittimo dell'adottante e non interrompe i rapporti con la famiglia d'origine: Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in *Giur. cost.*, 2021, f. 2, p. 306 ss. L'ostacolo alla creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, richiamato dalla Corte, è stato rimosso dalla stessa l'anno seguente. La questione riguardava due gemelle nate in Italia a seguito di PMA eterologa all'estero, seguita dalla richiesta della partner di esser dichiarata genitore per aver prestato il consenso alla pratica o, in alternativa, di ottenere il riconoscimento dinanzi all'ufficiale di stato civile, o con sentenza oppure con rettifica dell'atto di nascita, oltre all'attribuzione del cognome. Aveva convissuto con le bimbe per 5 anni, preoccupandosi della cura, educazione e crescita delle stesse, ma non poteva procedere all'adozione ex art. 44, lett. d) perché la madre negava l'assenso a seguito della cessazione della relazione. La Corte, nonostante la tutela del diritto all'identità affettiva, relazionale, sociale, fondata sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura risponda all'interesse del minore, come più volte ribadito dalla stessa giurisprudenza europea, esclude di poter intervenire in via interpretativa. Spetta pertanto al legislatore individuare un «ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana» e dei diritti incompressibili dei minori.

¹¹⁹ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Foro it.*, 2023, I, c. 83 ss.

¹²⁰ 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

particolari¹²¹, salva la necessità del consenso come per l'adozione piena. Gli effetti dell'adozione, che non retroagiscono al momento della nascita ma decorrono dalla data della pronuncia, come la revocabilità sono coerenti con il presupposto condizionante¹²².

Nonostante i dubbi di compatibilità¹²³, la soluzione è coerente con il sistema binario della genitorialità, non alterato dalla procreazione medicalmente assistita in entrambe le forme.

Automatismo e genitorialità legale nascono dunque come concetti antitetici, perché la delicatezza della materia è restia a presunzioni di coerenza con l'interesse del minore. In questa ottica si spiega la conflittualità con la trascrizione dell'atto di nascita estero, oggi attuata da taluni sindaci in ragione della confusione normativa, e con la proposta di Regolamento europeo per le situazioni familiari transfrontaliere¹²⁴, che determinerebbe una discriminazione ai danni della genitorialità adottiva. Un soddisfacente equilibrio tra istanze di tutela dei bambini e rispetto di principi e diritti indisponibili non è raggiungibile senza un intervento legislativo¹²⁵ che, in una materia eticamente sensibile, legittima limiti alle libertà individuali purché in funzione promozionale.

2012); peraltro il rinvio espresso all'art. 300, co. 2, c.c. non è stato incluso tra le norme abrogate dalla riforma della filiazione.

¹²¹ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Foro it.*, 2022, I, c. 2926 ss., con la declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 55, L. 4 maggio 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, p. 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, p. 1013 ss.

¹²² Sull'impatto sistematico del legame parentale, A. FINESSI, *Unicità dello stato di figlio e interesse del minore nell'adozione in casi particolari*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, f. 6, p. 1049 ss.; R. SENIGAGLIA, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, f. 5, p. 1343 ss.

¹²³ G. PIGNATARO, *Autonomia riproduttiva e volontà non dispositiva. Profili comparatistici*, cit., p. 149: l'adozione come coppia ex art. 44 è riservata alla lettera b) della norma, non è estensibile alle unioni civili per espressa disposizione legislativa, volutamente non ampliata in sede di approvazione della legge sulle unioni civili a dispetto di quanto contemplato dal disegno di legge originario. Analogamente, la tutela del diritto alla continuità affettiva, sancito in tema di affido familiare, intenzionalmente non include nella riforma la lettera d); nel regolamentare le unioni civili, il legislatore precisa che l'equiparazione al coniuge non opera per le norme del codice non richiamate espressamente, né per le disposizioni in tema di adozione. La continuità affettiva come valore non può autorizzare automatismi in un impianto normativo che, allo stato, rifiuta la completa equiparazione tra matrimonio e unione civile in materia di filiazione, senza rendere discriminatoria la disciplina differenziata.

¹²⁴ Parere contrario ha espresso il Senato francese in data 22 marzo 2023, in quanto illecita ingerenza in una materia di competenza statale, non indispensabile alla libera circolazione e soggiorno nell'Unione.

¹²⁵ Tale è la conclusione di Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, cit.: «Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistemica», la Corte «non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore».

9. Dalla genitorialità alle responsabilità

La genesi dei contrasti interpretativi, alimentati da convinzioni giuridiche e culturali suggestionate dalla tendenza alla soggettivizzazione della dignità (salvaguardia della libertà e del diritto all'autodeterminazione della donna) diffusa nel sistema americano, è nella difficoltà di bilanciare interessi non antagonisti ma funzionali, nel sistema europeo, al preminente *best interest of the child*. Difficoltà potenziata da una legislazione scarna, che sanziona come reato la surrogazione di maternità e omette ogni riferimento al nato, obiettivo programmato della condotta illecita, a dispetto della fecondazione eterologa. L'inadeguatezza della logica rimediale, con cui il giudice ricerca, nel caso concreto, gli strumenti codificati per riconoscere al minore i diritti connessi al suo *status* di figlio anche nei confronti del genitore di intenzione, è suffragata dalla successione di pronunce delle Sezioni unite della Cassazione¹²⁶ e della Cedu¹²⁷.

Confutata l'idea del vuoto normativo dopo la pronuncia della Consulta¹²⁸, la Cassazione nel suo massimo consesso riconduce al limite dell'ordine pubblico internazionale il divieto di trascrizione dell'atto di nascita¹²⁹ e di delibazione del provvedimento straniero. L'inserimento del genitore non biologico nell'atto di stato civile del minore, procreato tramite gestazione per altri, non può avere titolo in un atto illecito. Il tentativo della Corte remittente di smentire l'assolutezza del contrasto e di formulare criteri di valutazione validi come direttiva per tutti i giudici di merito in sede di giudizio

¹²⁶ Da ultimo, Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Foro it.*, 2023, 1, I, c. 83 ss., che conferma la precedente pronuncia del 2019 e confuta le singole obiezioni della Corte rimettente, Cass., ord. 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, f. 5, p. 1055 ss. La Prima sezione aveva già sollevato la questione di legittimità rigettata da Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit. nel corso del procedimento di impugnazione a C. Appello Venezia, ord. 16 luglio 2018, su cui si erano già pronunciate le Sezioni unite nel 2019.

¹²⁷ Da ultimo, Cedu, 22 novembre 2022, *D.B. e altri c. Svizzera*, 58817/15 et 58252/15, in <https://www.cortedicassazione.it/>.

¹²⁸ Il riferimento è a Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., che per le Sezioni unite u. c. non ha determinato il superamento del diritto vivente suggellato dalle Sezioni unite nel 2019. La Consulta non ha previsto un rinvio ad altra udienza, né indicato al legislatore un termine per intervenire, o avallato l'accertamento di una genitorialità puramente intenzionale; si è limitata a dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, co. 6, L. 19 febbraio 2004, n. 40, dell'art. 64, co. 1, lett. g), L. 31 maggio 1995, n. 218 e dell'art. 18, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, nella parte in cui non consentono che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del genitore non biologico nell'atto di stato civile di un minore procreato con la gestazione per altri, pur riconoscendo gli aspetti di criticità del ricorso all'art. 44, l. d) e la necessità di una valutazione discrezionale del legislatore. Indica altresì in questa sede come punti deboli la tempistica, la parificazione degli effetti a quelli dell'adozione legittimante e l'assenso del genitore biologico dell'adottando.

¹²⁹ La trascrizione è esclusa da Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., per un triplice ordine di considerazioni: la finalità di disincentivare il ricorso alla pratica degradante della maternità surrogata, che la trascrizione finirebbe per legittimare in maniera indiretta e surrettizia; il desiderio di genitorialità non può legittimare un diritto alla genitorialità che, oltre all'*an* e al *quando*, includa anche il *quomodo* in un sistema che limita alla sola fecondazione eterologa l'effetto costitutivo dello *status* di figlio tramite consenso; l'automatismo non è funzionale al miglior interesse del minore, ma richiede una valutazione di concretezza, che riscontri l'interesse del bambino a continuare un rapporto di cura e di affettività in atto con la veste giuridica dello *status*.

di delibazione¹³⁰, si scontra con le argomentazioni delle Sezioni unite. Le garanzie del procedimento consentono al giudice di valutare il caso singolo contro il rischio di automatismo in materia di *status filiationis* e di bilanciare i valori compromessi (identità del minore, continuità della vita familiare e dignità della donna) con l'interesse dello Stato a scoraggiare le pratiche elusive del divieto.

Nel sistema italiano la dignità della persona trova tutela nella sua dimensione oggettiva, offesa dal ruolo strumentale assegnato alle capacità procreative della donna, lesione non attenuata dall'autonomia del processo decisionale. La distinzione tra forme di surrogazione di maternità diventa perciò irrilevante, in quanto unitario è il raggio di azione dell'ordine pubblico internazionale, volto ad arginare la pratica in sé non specifiche modalità di attuazione.

Le garanzie della libertà di circolazione per il cittadino europeo non esimono dal riconoscere all'ordine pubblico una funzione promozionale, volta alla circolazione di valori condivisi a livello internazionale e sovranazionale, seppur assenti nelle Costituzioni nazionali¹³¹. Valore condiviso è attribuire la responsabilità genitoriale al partner del genitore biologico che ha aderito al progetto genitoriale e partecipa alla cura del nato, non condizionato dalle modalità della procreazione, purché si constati la coerenza con il *best interest* del minore, ovvero l'effettività del legame affettivo con chi ha concorso alla nascita del minore. In altri termini, il limite dell'ordine pubblico ostacola soltanto l'ingresso di valori incompatibili con i principi ispiratori del singolo ordinamento¹³², come gli interessi sottesi alla surrogazione di maternità, specie commerciale¹³³. Il riconoscimento al minore dei diritti connessi allo *status* di figlio nei

¹³⁰ I criteri di valutazione suggeriti da Cass., ord. 21 gennaio 2022, n. 1842 cit. (adesione libera consapevole e non determinata da necessità economiche della gestante; revocabilità del consenso alla rinuncia al rapporto di filiazione sino alla nascita del bambino; necessario apporto genetico da parte di uno dei due committenti; valutazione in concreto degli effetti dell'eventuale diniego del riconoscimento sugli interessi in conflitto, eventualmente in aggiunta o combinazione con altri criteri generali) ricorrevano nella questione sottoposta alla sua attenzione.

¹³¹ Cedu, 22 novembre 2022, *D.B. e altri c. Svizzera*, 58817/15 et 58252/15, cit., sanziona la Svizzera per aver lasciato privo di tutela il minore per sette anni e otto mesi, condizione di incertezza lesiva della sua identità sociale, ma non per le difficoltà pratiche incontrate dai committenti nella vita familiare. A tal fine ribadisce «*La Cour rappelle d'emblee que l'interet superieur de l'enfant comprend inter alia l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable [...]. Pour cette raison, le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention [...]. Des lors, la marge d'appréciation des Etats est limitée s'agissant du principe même de l'établissement ou de la reconnaissance de la filiation [...]. La Cour estime également que l'interet de l'enfant ne peut pas dépendre de la seule orientation sexuelle des parents*». La conclusione richiama quanto già affermato da Cedu, 16 ottobre 2020, *D. c. Francia*, n. 11288/18 in <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203565>: il rispetto della vita privata del figlio vincola gli Stati al riconoscimento di un legame familiare del nato con il genitore di intenzione; sulle modalità, legittima è la scelta di non procedere alla trascrizione dell'atto di nascita straniero.

¹³² Per le Sezioni unite «L'apertura all'altro non è perdita del sé. E il sé di un ordinamento - la sua identità, appunto - è quanto risulta tanto dalla Costituzione quanto dalle fondamentali e consolidate opzioni che tracciano le grandi linee della legislazione» ed ancora «La sentenza straniera deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che [...] inverano l'ordinamento costituzionale».

¹³³ Condanna la maternità surrogata commerciale il Parlamento europeo, Risoluzione 13 dicembre 2016; analoga è la conclusione del Tribunal Supremo Madrid, 31 marzo 2022, n. 277, in

confronti del committente privo del legame biologico trova fondamento non nell'atto illecito, ma nella relazione e nella responsabilità di chi ne ha determinato la nascita con il proprio comportamento, atto naturale o contratto. La Corte europea subordina l'adeguatezza dei rimedi nazionali alla celerità del procedimento, per garantirne la decorrenza con la creazione del legame con il nato¹³⁴.

Stabilità del legame e potenzialità di sviluppo del minore in termini di progettualità compensano il disvalore di una condotta oggettivamente illecita, da valutare con le garanzie di un procedimento di adozione. Il modello ex art. 44, lett. d), pur imperfetto, risponde alla funzione rimediabile, richiesta al giudice, di costituire il legame giuridico con i caratteri di doverosità tipica della responsabilità genitoriale, osservate le circostanze concrete, l'idoneità dell'adottante e la coerenza con l'interesse del nato, senza aderire alla logica del fatto compiuto. Interesse questo prevalente sull'eventuale mancato assenso del genitore biologico all'adozione.

La giurisprudenza già limita la facoltà di rifiuto ex art. 46, co. 2, l. 1983/184 ai soli genitori che hanno un rapporto affettivo con il minore e non soltanto formalmente titolari della responsabilità genitoriale. Va pertanto esteso all'adozione ex art. 44 lett. d) il modello del dissenso al riconoscimento: non può essere espressione di una volontà meramente potestativa, ma deve essere funzionale all'interesse del minore. Di conseguenza, il tribunale, su istanza dell'adottante e sentiti gli interessati, può pronunciare ugualmente l'adozione se ritiene il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando¹³⁵. Con questa interpretazione viene smussata una delle innegabili criticità di una lettura forzata della lett. d).

Resta il problema dell'iniziativa riservata al solo genitore, incompatibile con l'idea di una tutela polarizzata sull'interesse del nato e sulla titolarità giuridica dei doveri ad esso funzionali sintetizzati nel concetto di responsabilità genitoriale, non eludibili *ad libitum*. Sulla scia delle Convenzioni internazionali¹³⁶, la difesa del minore è stata affidata

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0e6219d460d65731/20220405>. L'elevato grado di disvalore, implicito nella sanzione penale, è dovuto alle caratteristiche di un'operazione che riduce l'umanità della gravidanza e del parto a servizio di gestazione e adempimento della prestazione.

¹³⁴ Cedu, 22 novembre 2022, *D.B. e altri c. Svizzera*, 58817/15 et 58252/15: «*l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre l'enfant et le premier requérant* [genitore d'intenzione] *pendant un laps de temps significatif constitue une ingérence disproportionnée dans le droit du troisième requérant* [il figlio] *au respect de sa vie privée protégée par l'article 8. Il s'ensuit que la Suisse, dans les circonstances de la cause, a excédé sa marge d'appréciation en n'ayant pas prévu à temps, dans sa législation, une telle possibilité*»; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.

¹³⁵ Mettendo in collegamento l'art. 46 con l'art. 57 della L. n. 184 del 1983, che impone al giudice di valutare se l'adozione particolare realizzi in concreto il preminente interesse del minore, il rifiuto dell'assenso all'adozione, da parte del genitore biologico, appare ragionevole soltanto se espresso nell'interesse del minore, ossia quando non si sia realizzato tra quest'ultimo ed il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione. Se tale relazione sussiste, il rifiuto non sarebbe certamente giustificato dalla crisi della coppia committente né potrebbe essere rimesso alla pura discrezionalità del genitore biologico: Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.

¹³⁶ Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, 20 novembre 1989, che sancisce principi generali con riferimento alla rappresentanza, senza distinguere tra rappresentanza sostanziale e tecnica; la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore, 25 gennaio 1996 e ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77, le cui regole di diritto sono immediatamente applicabili. L'art. 5 richiama espressamente la rappresentanza tecnica, che non è né rappresentanza legale né nomina di un curatore non

all'ascolto¹³⁷ e ai riflessi processuali della sua mancanza, come la nullità della sentenza e l'obbligo di motivare la contrarietà ai contenuti assunti in quella sede. Ma l'ascolto presuppone la capacità di discernimento e non muta il ruolo del minore nel procedimento che lo riguarda, parte sostanziale in quanto destinatario degli effetti del giudizio ma non formale, privo delle garanzie della difesa. In materia di diritti indisponibili, affidare la difesa al giudice confligge con la sua terzietà ed imparzialità mentre la rappresentanza legale è indebolita dal conflitto di interessi, immanente alla responsabilità genitoriale.

La riforma del processo civile, entrata da poco in vigore¹³⁸, ha riunito nella figura del curatore speciale la duplice funzione di rappresentanza, per difetto di capacità processuale del minore, e di difesa tecnica affidata a un avvocato specializzato nelle tematiche minorili, che diventa figura centrale nelle controversie di natura familiare¹³⁹. La complessità soggettiva comune a questi procedimenti si è tradotta in autonoma rappresentanza processuale del minore nelle ipotesi codificate dall'art. 78 c.p.c. Nella sua nuova formulazione, la norma 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 nei procedimenti in cui in genere ricorreva all'ascolto del minore, come in quelli relativi alla costituzione o contestazione del legame di filiazione¹⁴⁰.

Con la responsabilità genitoriale il legislatore ha accentuato il profilo della doverosità su quello della potestà nella cura, educazione, istruzione, assistenza materiale e morale, di cui all'art. 337-ter, c.c., associata al fatto della procreazione. Laddove questa non è un fatto, ma effetto del ricorso alle biotecnologie, la scissione tra volontà e responsabilità è protetta con la non revocabilità del consenso dopo l'impianto dell'embrione, data l'indisponibilità del dovere. Se la PMA è eseguita all'estero e l'atto di nascita non è trascrivibile, la costituzione del legame con il committente privo di legame biologico è funzionale all'assunzione della responsabilità più che alla genitorialità.

Il complesso sistema multilivello delle fonti nazionali, europee e internazionali converge sulla centralità della protezione del minore e della sua identità giuridica, di cui l'azionabilità dei diritti è complemento necessario¹⁴¹. Nella filiazione in natura, l'acquisto dello *status* è effetto di presunzioni legali o del negozio di riconoscimento, libertà coercibile con ricorso alla dichiarazione giudiziale di genitorialità che per il minore, se

professionista; l'art. 9, co. 2, riconosce all'autorità giudiziaria il potere di designare un rappresentante distinto, e un avvocato laddove opportuno.

¹³⁷ Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 119 ss.; R. PESCE, *L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, *ivi*, 2015, p. 257 ss.

¹³⁸ 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 ottobre 2022, entrata in vigore il 28 febbraio 2023.

¹³⁹ C. CECHELLA, *I diritti del minore nel processo italiano, tra difesa tecnica e ascolto*, in *Famiglia*, 2022, p. 169 ss.

¹⁴⁰ A. CORDIANO, *Il curatore del minore nei procedimenti di responsabilità. Luci e ombre di un percorso*, in *Famiglia*, 2022, p. 531.

¹⁴¹ La Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore, *loc. cit.*, invita gli Stati a promuovere diritti azionabili dal minore nel processo, sancendo un diritto di azione.

promossa dal tutore come rappresentante legale, richiede l'autorizzazione del giudice che può nominare un curatore speciale (art. 273, co. 1, c.c.). Nella PMA eseguita all'estero è ipotizzabile la nomina di un curatore speciale a tutela dei diritti del nato. Questi non possono dipendere da una scelta discrezionale senza svuotare di contenuti il concetto di responsabilità genitoriale.

In questo puzzle di principi, diritti e interessi da bilanciare, l'acquisto dello *status* di figlio del nato è valore assoluto, incondizionato e autonomo dalla condotta penalmente illecita dei committenti: dal rapporto di filiazione dipende la titolarità dei diritti in ambito familiare e l'esercizio del diritto di circolazione quale cittadino europeo. La genitorialità invece, non declinabile come diritto che includa il *quomodo* oltre all'*an* e al *quando* in un sistema che stigmatizza come pratica degradante la maternità surrogata, è soggetta agli automatismi della biologia. La trascrizione, che condiziona l'efficacia dell'atto di nascita estero, è vincolata rispetto al solo genitore biologico (giurisprudenza Cedu), mentre la partecipazione al progetto procreativo è giuridicamente irrilevante, per l'illiceità dell'operazione contrattuale.

Valore condiviso nello spazio giuridico europeo è la continuità del rapporto di cura e di affettività in atto, se funzionale allo sviluppo equilibrato del minore. L'elemento condizionale esclude gli automatismi e valorizza il profilo della responsabilità, di regola associata alla genitorialità: in assenza di legame biologico, la genitorialità è legale e non può che aver titolo in un provvedimento del giudice per il principio di indisponibilità dello *status*. Nel caso Paradiso-Campanelli la motivazione della decisione di allontanare il minore e dichiarare lo stato di abbandono verte, oltre che sulla condotta fortemente antiggiuridica dei coniugi, sull'accertamento di un ambiente parentale vulnerabile, predittivo di un danno al minore.

Il modello di adozione ex art. 44, lett. d) allo stato assicura la genitorialità legale a tutela del minore e tiene indenne lo Stato dagli obblighi di risarcimento irrogati dalla Cedu per danni alla sua identità¹⁴². Il discrimine tra i due modelli disciplinati non dipende dalla diversa rilevanza attribuita all'adozione piena, costruita sui caratteri della filiazione biologica¹⁴³, rispetto a un'ipotetica figura minore¹⁴⁴, ma al differente presupposto, lo stato di abbandono del minore, che nell'adozione ex art. 44 l. 183/1984 manca. La funzione solidaristica che la connota si identifica con l'assunzione dei doveri insiti nella responsabilità genitoriale in situazioni tipizzate dove non può essere annullato il legame con la famiglia di origine, che esiste anche laddove i genitori siano entrambi deceduti¹⁴⁵.

¹⁴² Da ultimo, Cedu, 22 novembre 2022, 58817/15 et 58252/15 cit., nei confronti della Svizzera.

¹⁴³ Tali sono la duplicità delle figure genitoriali, l'esclusività del legame e la non revocabilità.

¹⁴⁴ *Contra*, V. CALDERAI, *Il dito e la luna*, cit., p. 309 ss., che denuncia una disciplina che tratta in modo diverso situazioni oggettivamente simili e conserva nell'attributo "legittimante" una distinzione scomparsa nella filiazione biologica.

¹⁴⁵ Recente è la pronuncia che autorizza l'adozione in casi particolari anche quando il minore conservi relazioni con il genitore biologico, in riforma della sentenza di rigetto dell'istanza da parte della Corte d'Appello di Bologna: Cass., 5 aprile 2022, n. 10989, in *Fam. dir.*, 2022, f. 12, p. 1115 ss., con nota adesiva di G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e pluralità di rapporti parentali*. La serenità della relazione in atto per la Corte non costituisce un ostacolo, essendo destituita di fondamento la tesi volta a circoscrivere l'adozione alle ipotesi di morte, abbandono o disinteresse da parte del genitore.

La genitorialità legale infatti sopperisce all'impossibilità oggettiva o soggettiva di provvedere alla cura del minore.

La palese forzatura del ricorso alla lett. d) come clausola aperta è suffragata dagli interventi di progressiva riduzione degli elementi di criticità, come l'inclusione della famiglia dell'adottante nei rapporti di parentela senza alcun effetto ablatorio della parentela naturale, con i correlati problemi di impianto sistematico. Fattore propulsivo è il bisogno di tutelare i diritti del nato rispetto a chi, anche indirettamente, abbia contribuito alla sua nascita e che, per ciò stesso, risulta responsabile della sua crescita.

Discussa è l'indistinta inclusione delle ipotesi di maternità surrogata e di fecondazione eterologa nei casi vietati in patria. Il maggior disvalore della maternità surrogata, sanzionato anche a livello sovranazionale, non rimuove l'elemento unificante della genitorialità legale e della necessaria verifica di idoneità alla funzione genitoriale, oggetto di presunzione nella discendenza biologica seppur *iuris tantum*. Il problema non è la bi-genitorialità se alcun ostacolo viene oggi frapposto alla trascrizione del provvedimento straniero di adozione da famiglie omogenitoriali, purché non riconducibile alla surrogazione di maternità.

Ricorrenti sono le sollecitazioni di un nuovo e più organico impianto legislativo che recepisca le trasformazioni in atto nella società. La discrezionalità del legislatore, che potrebbe anche modificare i requisiti di accesso all'adozione piena e magari rendere più tempestiva ed efficace la procedura, incontra un limite ineludibile nel rispetto della dignità della persona, offesa dalla surrogazione di maternità. Il sistema di tutela, ad oggi imperniato sulla certezza dell'identità del nato, ruota intorno al concetto di responsabilità e potrebbe optare per un modello di genitorialità legale che garantisca i diritti connessi allo *status* di figlio senza premiare chi abbia agito in frode alla legislazione nazionale¹⁴⁶. I diritti del nato non risultano menomati se il rapporto genitoriale viene costruito sul profilo della doverosità e risponde all'intento del legislatore di disincentivare la pratica; maggiore è il danno all'identità connesso all'anonimato irreversibile che condanna all'oblio il genitore biologico¹⁴⁷, in controtendenza agli studi di genetica.

Questo modello di disciplina recupererebbe valore alla funzione propria delle norme di diritto internazionale privato, di collaborazione e non competizione tra ordinamenti, strumentalizzate da chi vuole sottrarsi in modo surrettizio ai limiti normativi interni¹⁴⁸, è

¹⁴⁶ E. NALIN, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Freedom, Security & Justice*, 2022, 1, p. 255.

¹⁴⁷ In Cedu [GC], 13 February 2003, *Odièvre v. France*, n. 42326/98: «*details of a person's identity and the interest "in obtaining information necessary to discover the truth concerning important aspects of one's personal identity, such as the identity of one's parents" have been considered relevant to personal development. Article 8 of the CRC guarantees "appropriate assistance and protection" where a child is illegally deprived of some or all elements of his or her identity, with a view to speedily re-establish that identity*». Analogamente in Cedu, 7 February 2002, *Mikulić v. Croatia*, n. 53176/99: «*a child's interest in establishing paternity must be balanced against the interests of the presumed father as well as the general interest. Indeed, a child's interest in having legal certainty about his or her paternal affiliation does not trump a father's interest in rebutting the legal presumption of paternity*».

¹⁴⁸ L. MURA, *Predisposizione ai rapporti di schiavitù e ruolo del diritto internazionale privato al vaglio della giurisprudenza Cedu sulla maternità surrogata*, in *Freedom, Security & Justice*, cit., p. 205.

coerente con il principio di proporzionalità; soprattutto non è estraneo al nostro ordinamento. Nel matrimonio putativo determinante è la mala fede del coniuge per escludere 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 filiazione¹⁴⁹. Una scissione tra doveri e diritti è normata nell'adozione del maggiorenne, dove si limita ai primi l'efficacia verso l'adottante (artt. 300 e 304 c.c.), disciplina estesa all'adozione ex art. 44, l. 183/1984; analogamente per i genitori decaduti dalla responsabilità genitoriale¹⁵⁰ e per i figli non riconoscibili. La logica è dare valore giuridico ad un legame in funzione degli impegni di cura inerenti alla responsabilità genitoriale.

La famiglia del XXI secolo registra un'inversione di marcia che contrappone allo stato unico di figlio, conquista da preservare in un sistema europeo che ne condivide la concezione paidocentrica, un'ampia varietà di modelli e aggregazioni familiari¹⁵¹, dove la responsabilità genitoriale non ha un contenuto unitario. Spetta alla discrezionalità legislativa la selezione puntuale dei contenuti di questa tipologia di genitorialità legale, auspicabile data la forzatura della soluzione odierna. Sarebbe questa la sede per tutelare il diritto alle origini contro ogni forma di anonimato e per distinguere tra fecondazione eterologa e surrogazione di maternità, in ragione del forte disvalore di una pratica da disincentivare e dell'esigenza di equiparare al genitore cd. intenzionale il genitore

¹⁴⁹ A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 764 s., suggerisce di prendere spunto dal modello di soluzione previsto dall'art. 128, co. 3, c.c., per evitare che gli autori dell'illecito godano della sanatoria giudiziale e prendere in debita considerazione le ragioni dell'interesse del minore. La norma, pur riferendosi a una questione diversa, declina in modo raffinato un'idea che non può dirsi eccezionale in un ordinamento che consideri il bene del minore di importanza preminente e non sia disposto a rinunciare al principio di legalità. Infatti prevede una tutela del minore coerente con il principio che la responsabilità è personale e previene che le conseguenze negative di un illecito commesso da altri, inclusi i genitori, colpiscano un terzo, soprattutto se minore. Per l'Autore il ricorso a tale disciplina per colmare una lacuna in via interpretativa non patisce l'obiezione di una presunta eccezionalità, mentre è la regola applicata dalla giurisprudenza ad essere eccezionale, se non irrazionale, comportando la sanatoria di un comportamento illecito, peraltro penalmente rilevante. Tale è la preferenza per la trascrizione dell'atto di nascita che attribuisce ad entrambi i partner, e non solo al genitore genetico, la qualifica di genitori o l'interpretazione *contra legem* dell'art. 44, lett. d), l. adoz., letta in chiave asistemica per qualificare come impossibilità di fatto le ipotesi di affidamento preadottivo non contemplate dalla lett. b). Analogamente, sull'esigenza riservare la funzione deterrente a una regola analoga a quella di cui all'art. 128 c.c., U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, in *Giur. it.*, 2022, f. 8-9, p. 1832.

¹⁵⁰ Cass., 27 marzo 2007, n. 16559, in *Cass. pen.*, 2008, 2, p. 628: la decadenza fa venir meno i soli poteri del genitore decaduto, ma non i doveri di natura economica e morale (istruzione ed educazione) se non incompatibili con le ragioni che hanno determinato il provvedimento.

¹⁵¹ M. PARADISO, *Dal matrimonio alla filiazione. Ritorno al futuro del diritto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2022, f. 11, p. 1045, che enumera la decina di figure che si affacciano all'orizzonte rispetto all'unica forma di convivenza socialmente e giuridicamente accettata nella tradizione, quella fondata sul matrimonio; S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, f. 3, p. 507 ss., constatata la scomparsa della compattezza concettuale delle comunità familiari, sposta l'attenzione sul loro fondamento omogeneo, il rapporto di filiazione caratterizzato dallo *status* unico di figli, garante dell'uguaglianza e del rispetto della persona.

biologico, partecipe della medesima operazione fraudolenta, offensiva della dignità nel suo aspetto relazionale: *ex iniuria non oritur ius*.

ABSTRACT: La legittimazione delle biotecnologie in tema di filiazione non ha innovato il sistema binario di attribuzione della genitorialità, non eludibile dalla *regulatory competition* tra ordinamenti non soltanto europei. In assenza del legame biologico, le garanzie di un procedimento giurisdizionale restano le uniche a poter legittimare il rapporto di filiazione in un sistema che declina la genitorialità in termini di responsabilità e non di diritto soggettivo. L'invocato intervento del legislatore, incentrato sulla titolarità dei doveri funzionali all'interesse del minore, cui nessuno può sottrarsi *ad libitum*, potrebbe optare per un modello di genitorialità legale che garantisca i diritti connessi allo *status* di figlio senza premiare chi abbia agito in frode alla legislazione nazionale, a prescindere dal genere.

KEYWORDS: dignità – biodiritto – genitorialità – regolamentazione concorrente – responsabilità genitoriale.

PARENTHOOD, BIOLAW AND REGULATORY COMPETITION IN THE EUROPEAN LEGAL AREA

ABSTRACT: The legitimation of biotechnology in the matter of filiation has not innovated the binary system of attribution of parenthood, which cannot be circumvented by regulatory competition between legal systems not only in Europe. In the absence of the biological link, the guarantees of a judicial procedure remain the only ones that can legitimise the filiation relationship in a system that defines parenthood in terms of responsibility and not subjective rights. The much called-for intervention of the legislature, centred on the titularity of the duties functional to the child's interest, from which none can evade *ad libitum*, could opt for a model of legal parenthood that guarantees the rights attached to the status of a child without rewarding those who have acted in fraud of national legislation, regardless of gender.

KEYWORDS: dignity – biolaw – parenthood – regulatory Competition – parental liability.