



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO, PERSONA E MERCATO

Ciclo XXXIV

Titolo della tesi:

CHI E' LA MADRE?

I CRITERI NORMATIVI PER L'ATTRIBUZIONE DELLA MATERNITA'

Coordinatrice del dottorato: Prof.ssa Elena D'Alessandro

Tutor: Prof.ssa Joëlle Long

Dottoranda: dott.ssa Marta Mantione

Anno Accademico 2022 - 2023

CHI E' LA MADRE? I CRITERI NORMATIVI PER L'ATTRIBUZIONE DELLA MATERNITA'

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE

L'ambito di indagine	pp.6-9
Gli obiettivi	pp.9-10
Metodologia della ricerca	pp.10-12
Piano dell'elaborato	pp.12-14

CAPITOLO 1

SESSUALITA', PROCREAZIONE E DIRITTO

1. Introduzione	pp.15-16
2. Il complesso rapporto tra il corpo femminile e il diritto	
2.1. Corpo, diritto e sessualità	pp.16-22
2.2 La tensione tra la necessità di autodeterminazione e la richiesta di regolamentazione: il ruolo del femminismo giuridico	pp.22-25
2.3 Il dibattito femminista su maternità e riproduzione	pp.26-28
3. La questione procreativa	
3.1 Premessa	pp.28-30
3.2 La "questione negativa" della procreazione: profili di diritto internazionale	pp.30-33
4. La dimensione positiva della procreazione	
4.1 Premessa	pp.34-37
4.2 Il panorama italiano	pp.37-41
4.3 Il panorama sovranazionale	pp.41-48

CAPITOLO 2

LA GESTAZIONE E IL PARTO COME CRITERI DI ATTRIBUZIONE DELLA MATERNITA'

1. Il principio del <i>mater semper certa est</i>	
---	--

1.1. L'applicazione dell'antico brocardo nel tempo	pp.49-53
2. Madre è, <i>soprattutto</i> , colei che partorisce?	
2.1 La disciplina della ricerca delle origini nel caso della madre partorienti rimasta anonima: madre e anche chi rifiuta la genitorialità sociale	
2.1.1 Premessa	pp.53-54
2.1.2 Origine storica e disciplina normativa del parto anonimo	pp.54-58
2.1.3 Le novità introdotte dopo l'intervento della Corte Europea dei Diritti Umani e della Corte Costituzionale	pp.58-65
2.2. La centralità della dimensione biologica nell'accertamento contenzioso della maternità	
2.2.1 La dichiarazione giudiziale di maternità: l'art. 269 c.c.	pp.65-71
2.2.2 La dichiarazione giudiziale nel caso della madre rimasta anonima	pp.71-76
2.2.3 La dichiarazione giudiziale nel caso di compresenza di più madri	pp.76-90
2.2.4 L'accertamento non contenzioso <i>ex ante</i> della maternità (riconoscimento volontaria per la madre nubile)	pp.90-93
3. La centralità del parto nella disciplina interna sulla PMA	pp.94-102
4. Le azioni di reclamo dello stato di figlio: il caso della supposizione di parto e della sostituzione di neonato	pp.103
5. La centralità del parto e della dimensione biologica nella disciplina lavoristica di tutela della maternità tra ordinamento interno e diritto dell'Unione Europea	
5. 1 La tutela della lavoratrice madre in Italia: <i>excursus</i> storico e situazione attuale	
5.1.1 Premessa – l'art 37 Cost. (cenni)	pp.104-106
5.1.2 La legislazione ordinaria	pp.106-110
5.2 La tutela della lavoratrice madre nel diritto dell'Unione Europea	pp.110-113
6. Riflessioni conclusive	pp.113-114

CAPITOLO 3

LA VOLONTA' COME CRITERIO DI ATTRIBUZIONE DELLA MATERNITA'

1. Introduzione: finalità, struttura del capitolo e rischi	pp.115-121
--	------------

2. Le modalità di manifestazione della volontà	pp.122
2.1 La volontà – dichiarazione	pp.122-123
2.1.1 L’adozione piena	pp.123-126
2.1.2 La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo	pp.126-133
2.2 La volontà - atti concludenti	pp.133-141
3. Il ruolo della dimensione di genere nella filiazione basata sulla volontà	pp.141-147
4. Il rischio di ragionare “per fatto compiuto”	pp.147-155
5. La crescente attenzione alla dimensione della cura e al tema della conciliazione nella disciplina lavoristica di tutela della maternità	
5.1 Premessa	pp.155-156
5.2 Ordinamento interno	pp.157-163
5.3 Ordinamento europeo	pp.163-164
6. Riflessioni conclusive	pp.165-167

CAPITOLO 4

IL CONTRIBUTO GENETICO COME CRITERIO DI ATTRIBUZIONE DELLA MATERNITA’

1. Introduzione	pp.168-174
2. Il contributo biologico vs. il contributo genetico	
2.1 Premessa: il contributo genetico nella paternità (cenni)	pp.175-178
2.2 Nella maternità	pp.179-180
2.2.1 Il legame genetico nella filiazione naturale	pp.181-185
2.2.2 Il legame genetico nella filiazione da PMA e da <i>surrogacy</i>	pp.185-195
3. Il contributo intenzionale vs. il contributo genetico	pp.195-207
4. Riflessioni conclusive	pp.207-210

Conclusioni	pp.211-219
BIBLIOGRAFIA	pp.220-238
SITOGRAFIA	pp.238-239
INDICE DELLE FONTI NORMATIVE CITATE	pp.239-242
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA CITATA	pp.242-248

Introduzione

1. L'ambito di indagine

Dottrina autorevole¹ ha affermato che, in anni recenti², si è realizzato un capovolgimento del tradizionale brocardo *mater semper certa est, pater numquam*, poiché la maternità non è più ancorata al (solo) dato biologico.

In effetti, l'evoluzione dei modelli familiari e, soprattutto, l'evolversi della tecnologia riproduttiva hanno portato ad una sempre maggiore incertezza circa la definizione di concetti un tempo ritenuti basilari, come quello di "maternità". Infatti, fino a circa quarant'anni or sono, il contributo biologico e quello genetico nella maternità coincidevano necessariamente. Invece, per la donna, la gestazione e il parto, eventi facilmente riscontrabili, garantivano anche la discendenza genetica.³ In questo contesto, si collocavano le norme del codice civile, ed, in particolare, l'art. 269 c.c. sulla "Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità". La disposizione era nota per essere considerata l'espressione normativa del sopracitato brocardo latino *mater semper certa est*. In particolare, il terzo comma di tale norma, secondo il quale: "La maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre". Nella realtà dei fatti, come si vedrà,⁴ è opinione piuttosto diffusa quella secondo cui l'art. 269 c.c. enuncia una norma sull'oggetto della prova della filiazione e non una norma sul criterio in ragione del quale è attribuito lo *status* di figlio.⁵

¹ Si fa riferimento a M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Cedam, 2021, p. 377.

² Il *dies a quo* è da individuarsi nell'avvio delle tecniche di fecondazione in vitro .

³ Cfr. L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Giappichelli, 2021, p. 132.

⁴ V. *infra* capitolo 2, par. 2.

⁵ A. Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, op. cit., 430; nello stesso senso, G. Ferrando, "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli *status filiationis*", in *Corr. giur.*, 2017, 2, 196; G. Recinto, "Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?", in www.dirittifondamentali.it, 2015, 4; F. Prospero, "La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello *status filiationis*", in C.A. Graziani, I. Corti (a cura di) *Verso nuove forme di maternità?*, Giuffrè, 2022; V. G. Cattaneo, "Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione", in Tratt. Rescigno, vol. 4, II ed., 1997, 21; J. Long, "(RI)Pensare la maternità", in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, la pubblicazione è liberamente consultabile qui https://www.cirsde.unito.it/sites/c555/files/allegatiparagrafo/20-02-2019/e-book_riproduzione_e_relazioni_isbn_9788875901288.pdf.

Lo sviluppo delle tecniche di medicina della procreazione pone, dunque, i giuristi e le giuriste di fronte a una serie di interrogativi, in quanto ha portato al proliferarsi della frammentazione degli elementi biologico, genetico e sociale, un tempo identificabili in un unico soggetto. Tra i casi più divisivi vi è certamente quello della maternità per surrogazione⁶, ma anche della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, soprattutto nelle ipotesi in cui ad accedervi siano coppie di donne.⁷

L'accesso alla PMA (da parte di coppie *same sex*) ovvero alla *surrogacy* (sia da parte di coppie eterosessuali che omosessuali) è espressamente vietato nell'ordinamento interno italiano dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40.⁸ In particolare, gli artt. 5 e 12, rispettivamente, impongono determinati requisiti soggettivi per l'accesso alla PMA e sanzionano penalmente “chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”. Tuttavia, la contrarietà del dato normativo non scoraggia coppie e persone singole a fare ricorso all'estero a dette pratiche e, successivamente, a chiedere la formazione di atti di nascita attestanti la doppia maternità (caso della PMA eterologa femminile) ovvero a domandare la trascrizione di atti o provvedimenti formati all'estero, in osservanza della *lex loci*, in cui anche colui⁹ che risulta privo di legami biologico-genetici con la persona nata risulti genitore (caso della PMA eterologa o della maternità per surrogazione). In dette ipotesi, vi potrebbero essere tre donne che pretendono di detenere lo *status* di madre sulla base dell'elemento biologico, genetico ed intenzionale. Tali criteri sono,

⁶ Per maternità surrogata si intende quella pratica in base alla quale una donna, dietro corrispettivo o a titolo gratuito, porta avanti una gravidanza, non per sé, ma per conto di altri, i quali si propongono come i genitori o il genitore del nascituro non potendo o non volendo avere figli autonomamente.

⁷ N. Cahn, J. Carbone, “Introduction to the Symposium on Assisted Reproductive Technology and Family Law”, in *Family Law Quarterly*, Vol. 49, No. 1, 2015 e gli altri contributi pubblicati all'interno dello stesso volume monografico. Più in generale, queste tecnologie di riproduzione consistono nella «capacità medica di asportare ovociti e sperma dal corpo umano, manipolarli e inserirli o nel corpo femminile da cui erano stati estratti gli ovociti o in un altro corpo femminile oppure di crio-conservarli. Il processo di fecondazione viene rimosso dal corpo della donna e trasferito in laboratorio», così, D. Farquah, “Reproductive Technologies are Here to Stay”, in *Sojourner*, 1995, p. 6-7.

⁸ V. *infra* cap. 2, par. 3. Recentemente, la Camera dei Deputati ha approvato la proposta di legge del partito Fratelli d'Italia, che mira a rendere “reato universale” la pratica della maternità per surrogazione, Il ddl è, al momento in cui si scrive, in fase di discussione in Senato.

⁹ Non sarà possibile per l'intera trattazione utilizzare un linguaggio pienamente inclusivo da un punto di vista di genere, nonostante si sia consapevoli che il maschile plurale non sia una modalità neutra di utilizzo della lingua parlata e scritta (cfr. sul tema, tra i tanti contributi, M. Manera, *La lingua che cambia. Rappresentare le identità di genere, creare gli immaginari, aprire lo spazio linguistico*, Eris, 2021).

talvolta, presenti nella medesima coppia affettiva, omosessuale ovvero eterosessuale, la quale richiede il riconoscimento di tutti i contributi forniti per l'attuazione del progetto procreativo, richiamandosi ai principi generali¹⁰ o a specifiche disposizioni dell'ordinamento¹¹. In altre ipotesi, invece, gli elementi biologico, genetico ed intenzionale risultano in conflitto¹² e, dunque, si rende necessario comprendere se vi sia (e, nel caso, quale sia) un ordine gerarchico per gli stessi.

Il tema è, indubbiamente, di grande rilevanza per rispondere alle continue istanze che, ormai da un discreto numero di anni, giungono ai giuristi e alle giuriste dalla società. Anzi, le richieste divengono sempre più “incalzanti” e variegate, soprattutto in quegli ordinamenti che, in una certa misura, hanno già cercato di fornire una risposta ad alcuni dei quesiti che saranno oggetto del presente lavoro.

Per fornire un esempio concreto di quanto appena affermato, e per dare conto della complessità dei temi trattati, si fa riferimento al caso, ormai piuttosto noto, dell'inglese Freddy McConnell. La vicenda, cui si darà conto nella trattazione¹³, ha ad oggetto un uomo *transgender*, il quale si sottoponeva ad un ciclo di tecniche di procreazione medicalmente assistita, dopo aver ottenuto il *gender recognition certificate* (GRA), che attestava la sua transizione dal genere femminile a quello maschile. Successivamente al parto, McConnell chiedeva di essere riconosciuto come il padre del minore e non come madre, sulla base del genere verso cui era ormai definitivamente transitato. Come si vedrà, detta richiesta veniva rigettata e, per tale ragione, l'uomo esperiva tutti i rimedi di ricorso interni, i quali non avevano gli esiti auspicati. I giudici inglesi, invero, concordavano tutti sul medesimo punto: la maternità è attribuita sulla base degli eventi della gestazione e del parto, a nulla rileva il genere della madre. Il caso inglese è certamente rilevante per i temi che ci si prefigge di trattare, non soltanto perché si discute di criteri per l'attribuzione di maternità, ma, soprattutto, in quanto si tratta di una sorta di anticipazione di quelle che saranno probabilmente istanze che

¹⁰ Prevalentemente, come si vedrà, il principio del preminente interesse del minore (art. 3 Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza) ovvero il principio di non discriminazione.

¹¹ Come si vedrà, principalmente le norme della legge 40 del 2004 sul consenso (artt. 6, 8 e 9), posta alla base, secondo talune teorie, della “filiazione da procreazione medicalmente assistita”.

¹² Si tratta delle situazioni, che si vedranno, di “eterologa da errore” e conseguente scambio di embrioni o dei casi in cui la scissione di coppie genitoriali, che avevano fatto ricorso alle pratiche in commento, porta ad un conseguente conflitto tra i criteri.

¹³ Vedi *infra* cap. 2, par. 1.

giungeranno anche in Italia. Il *focus*, infatti, non è tanto su quale elemento si fonda la richiesta di riconoscimento della maternità, ma sulla base di quale genere.

2. Gli obiettivi

L'obiettivo di questo elaborato, dunque, è quello di identificare, soprattutto nell'ambito dell'ordinamento interno, quali sono i criteri di attribuzione della maternità, partendo dalla considerazione, ormai evidente, che la gestazione ed il parto non possono essere più considerati fonti uniche dell'esistenza di una relazione giuridica materna. Alla luce di tale assunto, dunque, ci si prefigge di comprendere se l'ordinamento italiano, allo stato attuale, contenga, o meno, al suo interno un ordine gerarchico con riferimento ai criteri per l'attribuzione della maternità. Più precisamente, al termine della presente analisi, si intende rispondere alla domanda di ricerca *chi è la madre?* Nel senso di individuare sulla base di quali criteri l'ordinamento consente di divenire madre legale.

Considerando, come sopra detto, che non solo il parto e la gestazione debbono essere valutati, altri criteri di attribuzione sono la volontà¹⁴ ed il legame genetico¹⁵. Per quanto concerne il dato intenzionale, si pensi ai casi di adozione piena¹⁶, all'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44 lett. d legge 4 maggio 1983, n. 184 ovvero *ex art.* 44 lett. b l. 184/1983.¹⁷ Come si vedrà, poi, discutere genericamente di “volontà” pare piuttosto riduttivo, in quanto si possono riscontrare più di una manifestazione dell'intenzione e ciò rileva per i mezzi proposti dall'ordinamento per la sua formalizzazione.¹⁸

Non solo, una relazione giuridica *ex latere matris* potrebbe anche fondarsi unicamente sull'esistenza di un legame genetico tra madre e nascituro; si pensi alla

¹⁴ V. *infra* cap. 3.

¹⁵ V. *infra* cap. 4.

¹⁶ V. *infra* cap. 3, par. 2, sottopar. 2.1.

¹⁷ V. *infra* cap. 3, par. 2, sottopar. 2.2.

¹⁸ V. *infra* cap. 3, par. 2.

donazione di ovociti all'interno di una coppia *same sex* femminile (cd. R.O.P.A. *Reception of Oocytes from Partner*)¹⁹.

2. Metodologia della ricerca

La ricerca normativa, bibliografica e giurisprudenziale, prodromica alla scrittura di questo elaborato, ha riguardato prevalentemente il sistema italiano. Tuttavia, soprattutto in ragione dei temi trattati, grande interesse è stato rivolto alle pronunce della Corte Europea dei Diritti Umani e, principalmente, quella attinente all'interpretazione dell'art. 8 Cedu sul diritto al rispetto della vita privata e familiare. La Corte di Strasburgo, infatti, si è negli anni pronunciata su moltissime delle questioni che costituiscono centro di interesse, nell'ambito del presente elaborato. Si pensi, per esempio, al tema dell'esistenza in capo agli individui di un diritto alla procreazione, di cui si parlerà diffusamente al capitolo primo²⁰ ovvero, ancor di più, alle pronunce e ai pareri²¹ forniti dalla Corte Edu in materia di maternità per surrogazione e, in particolare, di riconoscimento del legame tra il minore e la madre intenzionale.²² Le posizioni assunte dalla Cedu su dette tematiche costituiscono preziosi spunti di riflessione per gli obiettivi che il lavoro si prefigge di raggiungere.²³

Con riferimento, invece, alla parte giuslavorista²⁴, è stata studiata la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea che, in tema, di tutela della maternità della lavoratrice madre ha, certamente, fornito un rilevante contributo al presente elaborato, al fine di comprendere quali criteri di attribuzione per lo *status* di madre vengono maggiormente valorizzati in ambito europeo.

¹⁹ P. Brandao, A. De Pinho, N. Ceschin, R. Sousa Santos, “ROPA – Lesbian shared in vitro fertilization – Ethical aspects”, in *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, 2022, pp. 230 ss.

²⁰ Cap. 1, par. 3 ove ci si è chiesti se nell'ambito di applicazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) possa farsi rientrare il diritto degli individui al rispetto della decisione se avere o meno figli.

²¹ Si fa essenzialmente riferimento al parere reso dalla *Grande Chambre* della Corte Edu il 10 aprile 2019.

²² Le pronunce della Cedu in materia di maternità surrogata ed il parere del 2019 sono più volte richiamati nel corso della trattazione, ma in particolare si rimanda al cap. 3, par. 4 e al cap. 4, par. 2 e 3.

²³ Si pensi, per esempio, alla questione dell'importanza conferita al rispetto del diritto relazionale e alla continuità dello *status* del minore, approfondita nel corso del capitolo terzo.

²⁴ Per la parte giuslavorista v. *infra* cap. 2, par. 5 e cap. 3, par. 5.

Per la stesura del primo capitolo, di carattere socio-giuridico, l'attività di ricerca è stata consolidata durante il mio soggiorno presso l'Università di Bath (UK) nel corso dei mesi di ottobre e novembre 2019. Presso il centro accademico inglese ho avuto modo di affinare le conoscenze in riferimento alle questioni di genere ed ai diritti riproduttivi, oggetto del capitolo, non solo grazie all'accesso alle fonti bibliografiche, ma anche grazie ad un proficuo confronto con la mia *supervisor* presso l'Università di Bath (Dr. Fran Amery), esperta dei *topics* da me studiati.

Ancora con riferimento all'approccio metodologico, si precisa che la ricerca verrà condotta attraverso un costante intreccio tra il diritto positivo ed il diritto vivente. Tale connessione risulta particolarmente importante per l'oggetto dell'indagine. Talune delle questioni che verranno trattate, infatti, rappresentano alcuni dei molteplici esempi di "scarto" tra il piano delle posizioni giuridiche soggettive reali e delle istanze sociali con l'enunciazione legale. Si fa, per esempio, riferimento al tema dell'omogenitorialità omosessuale femminile, che ritornerà spesso nel corso della trattazione²⁵, e in riferimento al quale si riscontra un'assenza di leggi, ma, nel contempo, una copiosa "produzione" giurisprudenziale. In generale, nel corso dell'indagine si porrà in evidenza il ruolo decisivo assunto dai giudici (costituzionali o ordinari) rispetto a moltissime delle questioni che si affronteranno nell'elaborato.

Inoltre, la mappatura e l'analisi delle fonti di diritto positivo, supererà, in taluni punti, i confini disciplinari. Infatti, l'attenzione verrà rivolta non solo al diritto civile di famiglia, ma anche al diritto del lavoro²⁶, al fine di individuare le maternità protette nel settore giuslavoristico, ma, soprattutto, di rilevare, anche in tale ambito, i criteri per l'attribuzione della maternità legale.²⁷

L'interesse all'approccio multidisciplinare nasce dal fatto che dal dibattito, sia giuridico che politico, sulle diverse forme della maternità, ed in particolare sulla procreazione medicalmente assistita, rimane spesso esclusa l'attenzione alle ricadute sulla donna in quanto lavoratrice, quasi a voler tenere distinta la dimensione privata e

²⁵ Pressoché in tutti i capitoli, ma, in particolare, v. *infra* cap. 2, par. 2 sottopar. 2.2 e par. 3 e v. *infra* cap. 3, par. 2 e 3 e cap. 4, par. 2 e 3.

²⁶ V. *infra* cap. 2, par. 5 e cap. 3, par. 5.

²⁷ Nel corso del capitolo primo, invece, per gli obiettivi che verranno a breve chiariti, si analizzeranno alcune questioni giuridiche proprie del diritto penale, costituzionale ed internazionale.

familiare della donna/madre da quella lavorativa e dal tema della conciliazione. L'argomento è di particolare rilevanza ed attualità. Se, infatti, anche nel settore giuslavoristico il parto e la dimensione biologica della maternità non costituiscono più l'unico parametro per l'individuazione della figura della lavoratrice madre e, di conseguenza, il perno della disciplina a tutela della stessa (si pensi a quanto previsto in Italia per le madri affidatarie e adottive), spostandoci sul piano del diritto dell'Unione Europea la normativa di riferimento è ancora la risalente direttiva 92/85/CEE, la quale ha come base giuridica esclusivamente il profilo della salute e della sicurezza della lavoratrice gestante, puerpera e in periodo di allattamento. Ne sono un esempio le due celebri pronunce della Corte di Giustizia, riguardanti entrambe la richiesta di riconoscimento del congedo di maternità da parte di una madre committente, la quale aveva avuto un figlio mediante *surrogacy*. In entrambi i casi i giudici hanno respinto tale domanda (causa C-167/12 e C-363/12 del 18 marzo 2014).

Da ultimo, si precisa che la trattazione dei temi non verrà condotta secondo un approccio neutro, ma con una particolare attenzione al genere, imprescindibile se si intende studiare il fenomeno della maternità. Tale approccio (che non ci si esime dal definire femminista) non inficierà il rigore scientifico dell'analisi che si intende condurre, ma, piuttosto, la inquadrerà in una specifica cornice teorica, che è quella del pensiero della "differenza sessuale" e del concetto dell'*asimettria* dei sessi nella procreazione, i quali verranno meglio delineati nel corso della trattazione.²⁸

3. Piano dell'elaborato

L'elaborato è diviso in quattro capitoli.

Il primo ha ad oggetto la trattazione di alcuni temi socio-giuridici (con un forte approccio interdisciplinare)²⁹ che concernono il corpo delle donne. Ciò proprio in ragione dell'attenzione al genere di cui si parlava: non si può trattare la maternità dimenticando che la stessa ha a che fare con i corpi delle donne. Più nel dettaglio, si cercherà di porre in evidenza come il fatto di svincolare *in toto* il dato biologico (e quindi il corpo della madre) dai criteri di attribuzione della maternità non può essere considerata come un'operazione "neutra" e priva di connotazioni da un punto di vista

²⁸ Vedi *infra* cap. 1, par. 1.

²⁹ Si toccheranno, per esempio, gli ambiti del diritto penale e del diritto costituzionale.

del genere. Diversamente, l'anzidetto approccio è da interpretare come un tentativo di "nascondere" quello che le giuriste femministe definiscono il "valore del materno"³⁰ e di far venire meno il naturale ruolo primario che le donne detengono nell'ambito procreativo. Per far comprendere meglio quanto appena affermato, e anche al fine di fornire una cornice socio-giuridica ai temi oggetto dell'elaborato, si enunceranno alcune questioni giuridiche che trovano fondamento nella relazione corpo femminile e diritto e che costituiscono chiari esempi di tentativi di "sottrazione" alle donne della disponibilità dei propri corpi. Inoltre, nel corso del capitolo, si darà conto di quelle che sono le posizioni assunte negli anni dal femminismo giuridico con riferimento alla questione procreativa³¹ e, da ultimo, si rifletterà sull'esistenza (o meno) di un diritto alla procreazione.

Il secondo capitolo, invece, sarà dedicato all'analisi della gestazione e del parto come criteri di attribuzione della maternità. Verrà condotta una mappatura dell'ordinamento interno, partendo dall'analisi del noto brocardo latino *mater semper certa est*, al fine di individuare gli ambiti del diritto di famiglia e del diritto del lavoro ove il dato biologico viene valorizzato quale criterio di attribuzione dello status materno. Si approfondirà, in particolare, l'istituto del parto anonimo, la dichiarazione giudiziale di maternità (che trova nell'art. 269 c.c. il proprio riferimento normativo), le azioni di reclamo dello stato di figlio, la disciplina interna regolatrice delle tecniche di procreazione medicalmente assistita ed, infine, la disciplina lavoristica di tutela della maternità.

Il capitolo terzo sarà dedicato all'individuazione dei casi in cui la figura materna è individuata sulla base dell'intenzione ed, in particolare, della volontà di essere e di diventare genitori. Il tema verrà esplorato attraverso l'individuazione di alcune questioni problematiche connesse con l'elemento intenzionale: le diverse modalità di manifestazione della volontà, il ruolo della dimensione di genere nella filiazione intenzionale e, da ultimo, il rischio di ragionare "per fatto compiuto". Infine, parallelamente a quanto fatto nel capitolo precedente, si continuerà con l'analisi della

³⁰ Cfr. S. Niccolai, "Principio *mater semper certa* e divieto di surrogazione in dialettica, per riscoprire il valore del materno", in M. C. Belloni, A. Bosia, C. Saraceno (a cura di) *Cirsde. Un progetto che continua, Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere*, Cirsde. Centro Studi interdisciplinare di ricerche e studi di genere dell'Università degli Studi di Torino, 2018, pp. 108-129.

³¹ Tale sezione dell'elaborato sarà utile, al fine di dare conto delle teorie che costituiranno il filo conduttore dell'intera analisi, considerando l'approccio non neutro, bensì femminista e "di genere", del lavoro.

disciplina lavoristica di tutela della lavoratrice madre, al fine di porre in evidenza la crescente attenzione posta dal Legislatore all'aspetto della relazione con i figli, a discapito della dimensione biologica della maternità.

L'ultimo capitolo sarà dedicato all'esame dell'elemento genetico come possibile criterio di attribuzione della maternità. Detto criterio verrà esplorato attraverso una comparazione dello stesso con l'elemento biologico e quello intenzionale, al fine di comprendere il ruolo assunto nell'ordinamento interno dalla sussistenza di un legame genetico tra la donna che pretende di detenere lo *status* materno e la prole.

Infine, verranno svolte alcune riflessioni conclusive partendo dai risultati ottenuti dall'analisi svolta. In particolare, si cercherà di fornire una risposta alla domanda di ricerca: "Chi è la madre?".

Sessualità, procreazione e diritto: il contesto socio-giuridico

1. Introduzione

Il primo capitolo dell'elaborato ha un contenuto certamente più vasto ed eterogeneo rispetto a quelli che seguiranno, incentrati, ciascuno, sull'analisi dei criteri di attribuzione della maternità (biologico, genetico ed intenzionale).

La parte iniziale dell'elaborato, infatti, avrà ad oggetto una serie di tematiche incentrate sulla questione del rapporto "corpo femminile e diritto". Si tratta di un binomio che non può essere trascurato nell'ambito dello studio della maternità con un approccio di genere. Per le donne, infatti, la procreazione è inevitabilmente legata al corpo (ossia al dato biologico). L'idea, dunque, di poter svincolare totalmente ed acriticamente il corpo stesso dai criteri di attribuzione della genitorialità non deve essere interpretata come un'operazione neutra, bensì come un tentativo della cultura patriarcale di oscurare l'importanza della gestazione e del parto nella maternità e, in generale - come si vedrà - , l'asimmetria dei sessi nella procreazione. L'anzidetta tendenza di impossessarsi del corpo femminile, per perseguire "interessi degli uomini" è frequente nella storia della nostra società e non attiene unicamente alla sfera procreativa. A dimostrazione di ciò, nella prima parte del capitolo, si illustreranno alcuni esempi di diritto positivo italiano, in cui è palese come il diritto si è fatto strumento del patriarcato per sottrarre alle donne la disponibilità dei propri corpi.

Considerate le tematiche che si intendono approfondire, non si è potuto prescindere dall'analisi delle posizioni del femminismo italiano (ma non solo)³² su tali questioni ed, in particolare, il ruolo del femminismo giuridico, le cui teorie rappresenteranno un punto cardine dell'intera trattazione.

³² Si è scelto di richiamare anche le teorie delle femministe statunitensi, che, soprattutto per quanto attiene all'ambito procreativo, hanno avuto un ruolo non trascurabile. V. *infra* cap. 1, par. 2.

2. Il complesso rapporto tra il corpo femminile e il diritto

2.1 Corpo, diritto e sessualità

Vi sono dei temi socio-giuridici, che attengono al rapporto tra “donne” e “diritto”, da cui non si può prescindere nell’ambito di un progetto di ricerca concernente la maternità. Tra questi, penso principalmente alla relazione tra il corpo delle donne e il diritto.³³

A tal proposito, nel ragionare sul tema della maternità e della figura della “madre” è necessario muovere dalla consapevolezza che si tratta di una delle tante tematiche giuridiche che coinvolgono i corpi, ed in particolare il corpo della donna. Quest’ultimo, infatti, nonostante i quasi incontrollabili sviluppi della scienza e della tecnologia, continua a collocarsi al centro del fenomeno procreativo.³⁴

In ogni caso, le questioni giuridiche che trovano fondamento nella relazione corpo femminile e diritto non hanno ad oggetto unicamente la sfera riproduttiva. Infatti, soprattutto dall’analisi delle vicende di taluni reati si può evincere come, in particolare fino alla seconda metà del secolo scorso, il diritto aveva come finalità il controllo della sfera della sessualità.³⁵

Seguendo un criterio di tipo cronologico, esempio emblematico, per il tema in esame, è il caso dell’aborto. Come è noto, fino al 1978 il nostro ordinamento considerava l’aborto un delitto contro l’integrità della stirpe, confermando così la

³³ Tali tematiche emergono con estrema chiarezza in un testo di riferimento a cui è opportuno rimandare: T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Il Saggiatore, Milano, 1998, p. 5. Emblematico il passo tratto dal testo appena citato di Tamar Pitch: “Il diritto parla solo del corpo femminile. Il corpo maschile adulto e sano non è normato, perché esso è la norma, lo standard di riferimento, perciò è invisibile, privato, proprietà di chi lo abita [...]. Al contrario, il corpo adulto femminile sano è normato, oggetto della norma, dunque di per sé eccezione rispetto allo standard. Perciò è visibile, pubblico o quantomeno a proprietà fortemente limitata” (ivi, pag. 12).

³⁴ Vi sono casi di dissociazione tra procreazione e corpo femminile. Non si può, per esempio, non far riferimento ad una sentenza dell’*High Court* inglese del 25 settembre 2019, confermata dalla *Court of appeal*, su cui si tornerà più dettagliatamente nel prosieguo. Il caso di specie riguardava una gravidanza portata avanti da un uomo *transgender*, il quale chiedeva di venire registrato nel certificato di nascita come padre (e non come madre) del minore. Tale richiesta è stata rigettata dai giudici inglesi, i quali hanno introdotto una nuova categoria legale di “madre” basata su di una esperienza riproduttiva e non sul tradizionale discorso di corpo-genere-sessualità. Anche il parto, quindi, non è più solo “donna”. Ma, come accennavo, la questione verrà approfondita nel seguito della trattazione.

³⁵ Sul tema, v. M. Graziosi, “*Infirmis sexus*. La donna nell’immaginario penalistico”, in *Democrazia e diritto*, 33, 2, 1993; L. Terragni, *Sul corpo di donna. Una ricerca sulla violenza sessuale in Italia*, Milano, 1999; P. Zatti, “Il corpo e la nebulosa appartenenza. Dalla sovranità alla proprietà”, in *Per uno statuto del corpo* (a cura di C. M. Mazzoni), 2008.

considerazione della donna (e del suo corpo) come “affare di pubblico interesse”, e la piena indisponibilità della stessa rispetto alle scelte procreative. La legge 22 maggio 1978, n. 194 (e prima di questa la celebre sentenza della Corte Costituzionale n. 27 del 18 gennaio 1975) ha quindi indubbiamente costituito un passo in avanti contribuendo, unitamente all’abrogazione dell’art. 533 c.p. che vietava la propaganda e l’uso di qualsiasi mezzo contraccettivo³⁶ e alla legge 405 del 22 luglio 1975, istitutiva dei consultori familiari, alla separazione della sfera della sessualità da quella della procreazione e ad una maggiore autonomia delle donne in tali ambiti.³⁷ Con la battaglia per l’aborto legale, infatti, le donne esprimevano in realtà “la loro volontà di essere protagoniste e il loro rifiuto del ruolo materno quale unica forma di autorealizzazione femminile. Esse affermavano che la donna ha il diritto di separare la sessualità dalla procreazione, con tutte le modificazioni sociali che tale separazione avrebbe portato con sé”.³⁸ Non stupisce, quindi, che proprio l’aborto abbia costituito il campo di battaglia per l’autonomia e per la libera scelta in tema di corpo, sessualità e procreazione.³⁹

Tuttavia, la Corte Costituzionale⁴⁰, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 546 c.p.⁴¹, ha finito per sacrificare l’unicità del rapporto tra donna e embrione. Con tale pronuncia, infatti, si è passati dal “prodotto del concepimento” della legge sui consultori al “concepito”, termine che soggettivizzando il frutto del concepimento facilita l’operazione di distinzione tra donna e corpo fecondato. Ed è per tale motivo che un filone del pensiero femminista imputa tale atteggiamento di astrazione degli interessi dell’embrione da quelli della donna e del ventre materno proprio alla sopramenzionata sentenza della Corte Costituzionale.⁴² La legge n. 194 del 1978 con la

³⁶ Abrogazione avvenuta in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale del 16 marzo 1971, n. 49, che dichiarava l’incostituzionalità dell’art. 533 c.p... Storica pronuncia, di cui si parlerà meglio nel proseguito, intervenuta in un tempo in cui le tecniche di contraccezione conoscevano una vera rivoluzione con la commercializzazione della pillola anticoncezionale, iniziata negli USA nel 1960.

³⁷ V. sul punto L. Ronchetti, “Donne e corpi tra sessualità e riproduzione”, cit.

³⁸ AA.VV. (a cura della Libreria delle donne di Milano), *Non credere di avere dei diritti. La generazione della libertà femminile nell’idea e nelle vicende di un gruppo di donne*, Rosenberg & Sellieri, Torino, 2017 (1987).

³⁹ V. A. Simone, A. Condello, I. Bonanno, *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Mondadori Università, 2018. V. anche M.L. Boccia, *Le parole e i corpi. Scritti femministi*, Ediesse, Roma, 2018.

⁴⁰ Nella sentenza n. 27 del 1975.

⁴¹ La norma era stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui non prevedeva la possibilità di interrompere la gravidanza in caso di danno o pericolo per la salute psicofisica della donna.

⁴² V. sul punto L. Ronchetti, “Donne e corpi tra sessualità e riproduzione”, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007.

sua disciplina dettagliata, la clausola dell'obiezione di coscienza ecc. non si è quindi limitata ad eliminare il reato di aborto e con ciò ha confermato l'interesse pubblico e sociale per la maternità e la tutela dell'inizio della vita.

Inoltre, l'impostazione di fondo della legge 22 maggio 1978, n. 194, basata su una continua operazione di bilanciamento e contrapposizione degli interessi da tutelare, è stata infusa anche nella successiva L. n. 40 del 19 febbraio 2004, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"⁴³, di cui si dirà a breve.

Un altro esempio che può essere fatto in tema di rapporto fra diritto, corpo femminile e sessualità riguarda il complesso fenomeno della prostituzione.

Anche qui, a seguito della entrata in vigore della legge cd. Merlin (L. 20 febbraio 1958, n. 75) il bene giuridico tutelato non era costituito dalla persona e dalla libertà di autodeterminazione del soggetto che si prostituiva, bensì dalla moralità pubblica e dal buon costume, con ciò facendo intendere, ancora una volta, una sorta di indisponibilità della prostituta (vista come soggetto passivo dello sfruttamento, del favoreggiamento o di altre attività ritenute penalmente perseguibili) nei confronti della sessualità. L'inquadramento all'interno del codice penale era infatti il medesimo di quello del reato di violenza sessuale e ancora una volta la donna emergeva come un soggetto incapace di autodeterminarsi e, per questo motivo, "appare destinataria di un paternalismo giuridico volto a rispettare e a promuovere una nozione oggettiva di dignità".⁴⁴

Solo da alcuni anni a questa parte si è assistito ad una significativa svolta ed a una progressiva ridefinizione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie in esame. In particolare, con la sentenza della Corte di Cassazione del 8 giugno 2004, n. 35776, i giudici hanno individuato il suddetto nella "dignità e libertà della persona umana con particolare riguardo al libero esercizio del meretricio al fine di evitare lo sfruttamento della stessa o comunque il pericolo di una qualsiasi forma di speculazione". Questo bene giuridico è stato, quindi, ritenuto dagli Ermellini prevalente rispetto a quello della moralità pubblica. L'impostazione della pronuncia del 2004 è stata poi ripresa da

⁴³ Sul punto v. S. Niccolai, "La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto", in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005 e T. Pitch, "L'embrione e il corpo femminile", in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005.

⁴⁴ V. sul punto C. Rigotti, "Prostituzione e diritti fondamentali. Un'analisi comparata delle costituzioni e delle legislazioni nazionali", in *Studi di Genere. Quaderni di Donne & Ricerca*, 3, 2019.

un'altra sentenza sempre della Suprema Corte del 17 dicembre 2015, n. 49643, la quale ha individuato come bene giuridico “la libera autodeterminazione della prostituta”.

Proseguendo nell'analisi delle questioni socio-giuridiche scaturenti dal rapporto tra corpo delle donne e diritto, ed osservando un criterio di tipo cronologico, si fa ora riferimento al tela della violenza sessuale.⁴⁵ Come è noto, fino al 1996, il reato di violenza sessuale era parte “Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume” e non “Dei delitti contro la persona”. Con tale collocazione sistematica, si affermava che la violenza sessuale non offendeva principalmente l'individuo, ma ledeva una generica moralità pubblica e che il bene da tutelare non era tanto la persona, quanto il buon costume sociale, secondo il quale la donna non era libera di disporre della propria sessualità e, quindi, del proprio corpo.⁴⁶

Si dovrà attendere la legge 15 febbraio 1996, n. 66 “Norme contro la violenza sessuale”, per vedere riconosciuto che il bene giuridico da preservare con i reati in esame è costituito dalla libertà sessuale, parte della libertà personale, e non dalla morale pubblica ed il buon costume.

Un cenno a parte merita il tema della violenza sessuale all'interno della coppia: efficace esempio di controllo del corpo femminile da parte del diritto.⁴⁷

E' noto, infatti, che, fino quantomeno alla prima metà del '900, era assolutamente inconcepibile⁴⁸ che, all'interno del rapporto coniugale, potessero

⁴⁵ V. sul tema, S. Beltrami, R. Marino, *Le nuove norme sulla violenza sessuale. Commento sistematico alla L. 15 febbraio 1996, n. 66*, Braciliano, Sa; L. Terragni, *Sul corpo di donna. Una ricerca sulla violenza sessuale in Italia*, 1999; J. Bourke, *Stupro. Storia della violenza sessuale dal 1860 ad oggi*, Roma-Bari, 2009; T. Noce, *Il corpo e il reato. Diritto e violenza sessuale nell'Italia dell'Ottocento*, 2009; E. Cicone, *Storia dello stupro. E di donne ribelli*, Soveria Mannelli, 2014; M. Virgilio, “Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge contro la violenza sessuale?”, in *Democrazia e Diritto*, 1, 1996; M. Pignata, “Dal Corpo e sul Corpo della donna. Il reato di stupro fra Ottocento e Novecento”, in *Questione Giustizia*, 2, 2016.

⁴⁶ V. sul punto, tra gli altri, M. Pignata, “Dal Corpo e sul Corpo della donna. Il reato di stupro fra Ottocento e Novecento”, in *Questione Giustizia*, 2, 2016; C. Colombo, “Violenza sessuale e vittime del reato. Breve excursus giuridico-scientifico”, in *Rivista penale*, 5, 2005; M. Bertolino, “I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1464; F. Romano, “La violenza sessuale: luci ed ombre nella normativa vigente e nelle prospettive e nelle prospettive di riforma”, in *Giur. Merito*, 1991, IV, 436;

⁴⁷ In questo caso il tema è quello del controllo maschile del marito sulla moglie, assimilabile, nel diritto penale, al delitto d'onore.

⁴⁸ “In materia di stupro coniugale la soluzione giudiziaria più diffusa – quantomeno sino alla prima metà del Novecento – era [...] quella di chi disconosceva la violenza carnale nel matrimonio, salvo che non fosse tesa a rapporti “contro natura” ovvero andasse a configurare altri reati” così M. Cavina, *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Storia e Società, 2019.

delinearsi comportamenti ascrivibili alla violenza sessuale e che il marito potesse essere accusato di un siffatto reato. Trattasi dell'esimente del *debitum* coniugale⁴⁹, il quale, per usare le parole di Rodotà, si inseriva in un contesto socio-culturale in cui “il rapporto tra i coniugi è stato ricondotto a uno schema tipico di rapporto patrimoniale, in cui vige la logica del cosiddetto “debito coniugale” di natura sia economica che sessuale, che sancisce una sorta di diritto di proprietà nei confronti dell'altro”.⁵⁰ Quanto appena affermato non è difficile da immaginare nell'ambito di un quadro normativo e culturale in cui al marito si riconosceva una *potestas* tale da ammettere l'esercizio dello *ius corrigendi* nei confronti della moglie, oltre che dei figli.

Si dovrà aspettare la seconda metà del secolo scorso (ed in particolare la riforma del diritto di famiglia del 1975, improntata sulla condizione paritaria dei coniugi, la celebre sentenza della Corte di Cassazione del 1976⁵¹ e la L. n. 66 del 1996 in materia di violenza sessuale⁵²) per veder venir meno il suddetto principio ed ammettere la configurabilità del reato di violenza carnale anche all'interno della coppia, con ciò rigettando l'idea di una perdita della disponibilità rispetto al proprio corpo, in seguito al coniugio.⁵³

⁴⁹ Sul tema v. D. Novarese, “Sul corpo delle donne. Stupro e *debitum* coniugale in Italia fra Otto e Novecento”, in *Violenza di genere, politica e istituzioni* (a cura di M. A. Cocchiara), Milano, 2014; G. D. Pisapia, “Norme di diritto e norme di civiltà, a proposito del preteso *ius corrigendi* del marito nei confronti della moglie”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, II, 1958.

⁵⁰ S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Editori Laterza, 2015; F. Vassalli, “Del *Ius in corpus* del *debitum* coniugale e della servitù d'amore”, Forni, 2001.

⁵¹ Trattasi della sentenza della III sezione penale della Corte di Cassazione, del 16 febbraio 1976. Pronuncia che, se contestualizzata, può definirsi storica: “*Il consenso che i coniugi si scambiano con l'atto di matrimonio non si deve intendere come quella prestazione che unilateralmente, brutalmente ed impietosamente si possa imporre all'altro senza il suo piacerimenti. [...] Il coniuge non si priva incondizionatamente nei confronti dell'altro coniuge del potere di disporre del proprio corpo, né perde la naturale libertà di negare la prestazione sessuale*” (Corte di Cassazione, III sez penale, 16 febbraio 1976, n. 12855). La citata sentenza è stata poi seguita da altre conformi pronunce quali Corte di Cassazione, Sez. III penale, 13 luglio 1982, n. 10488; Corte di Cassazione, Sez. III penale, 16 novembre 1998, n. 11243.

⁵² Secondo la legge 15 febbraio 1996, n. 66 è violenza sessuale qualunque atto sessuale, attivo o passivo, imposto ad una persona contro la sua volontà, mediante violenza, minaccia o abuso di autorità. Sono compresi nel reato gli atti sessuali che taluno è indotto a compiere o subire a causa delle condizioni di inferiorità fisica o psichica al momento del fatto o perché il colpevole si è, con l'inganno, sostituito ad altra persona.

Oggi il reato di violenza sessuale è compreso nell'ambito dei delitti sessuali previsti e disciplinati nel codice penale agli artt. Da 609 *bis* a 609 *decies*, collocati nel titolo XII del secondo libro, dedicato ai “Delitti contro la persona”. Tale collocazione è avvenuta proprio per opera della legge n. 66/1996.

⁵³ Sul punto v. le interessanti pronunce Corte di Cassazione, Sez. III penale, sentenza 26 marzo 2004, n. 14789 di cui cito il principio di diritto: “*Il concetto di violenza sessuale, nella oggettività di tutela apprestata dalla previsione normativa, ha una sua sostanziale ed immodificabile unitarietà che non*

Da ultimo, come poc'anzi accennato, un cenno deve essere fatto all'ambito della procreazione medicalmente assistita che trova in Italia la propria normativa di riferimento nella legge 19 febbraio 2004, n. 40. Tale legge muove un passo ulteriore rispetto alla legge del 1978, aprendo il suo articolato con un espresso riferimento ai "diritti del concepito"⁵⁴; affermazione che è apparsa, fin da subito, in contrasto con l'art. 1 del nostro codice civile, il quale, come è noto, fa dipendere dall'evento nascita l'insorgenza della capacità giuridica e quindi della idoneità ad essere titolari di posizioni giuridiche soggettive⁵⁵. Non solo, numerose altre norme della legge 40, alcune delle quali oggi sono state abrogate in seguito alla copiosa giurisprudenza che negli anni si è pronunciata sul tema, hanno sempre fatto pensare ad una volontà del legislatore di accordare una maggior tutela all'embrione, piuttosto che alla donna (si pensi al divieto di crioconservazione, all'obbligo di impianto di tutti gli embrioni, al divieto della diagnosi preimpianto, al divieto di revoca del consenso e a quello imposto alla madre di avvalersi della possibilità di non essere nominata alla nascita del figlio), seppur parte della dottrina ha sostenuto si trattasse di un "mero" sfavore dell' organo legislativo nei confronti delle tecniche di PMA.⁵⁶ E ciò pure in riferimento al fatto che, anche se ci fosse stato un effettivo tentativo del legislatore di costituire un nuovo statuto giuridico dell'embrione, contribuendo così ad una progressiva astrazione di esso dalla donna, non è pensabile che il suddetto potesse, con una sola legge ordinaria, andare ad intaccare delle nozioni proprie della nostra tradizione giuridica, sulla base delle quali la capacità giuridica è acquisita solo in seguito alla nascita e, di conseguenza, unicamente dopo tale evento si può parlare di "soggetto" in senso tecnico-giuridico.

In ogni caso, nonostante molti passi in avanti siano stati fatti verso una più ampia autodeterminazione delle donne⁵⁷, si è ancora ben lontani dall'escludere futuri

consente di distinguere tra violenza sessuale consumata tra estranei e violenza sessuale consumata all'interno di un rapporto coniugale" ; v. poi Corte di Cassazione, Sez. III penale, sentenza 12 luglio 2007, n. 36962.

⁵⁴ L'art 1, comma 1, della legge 40/2004 tuttora definisce il concepito come "soggetto" e gli riconosce la titolarità di "diritti". La norma dispone, infatti, quanto segue: "Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito".

⁵⁵ V. sul punto M. R. Marella, "La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita", in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005.

⁵⁶ IBIDEM.

⁵⁷ Si ricorda che quando si parla di autodeterminazione femminile ci si può riferire a significati diversi e molte donne hanno difeso e difendono ancora la legge 194/1978 vedendovi un primo riconoscimento di questo principio. V. sul punto C. D'Elia, *L'aborto e la responsabilità. Le donne, la legge, il contrattacco*

nuovi tentativi di controllo del diritto sul corpo delle donne e sulla sfera procreativa. E, da ultimo, può essere interessante ricordare che l'inviolabilità del corpo femminile non è stata ricondotta dal legislatore né dalla Corte Costituzionale alla libertà personale (art. 13 Cost.), bensì alla tutela della salute psicofisica della persona di cui all'art. 32 Cost.⁵⁸ Tale preferenza potrebbe proprio essere favorita dal fatto che il "corpo" in questione è quello femminile.

2.2 La tensione tra la necessità di autodeterminazione e la richiesta di regolamentazione: il ruolo del femminismo giuridico

Le questioni a cui si è fatto appena riferimento rappresentano alcuni esempi lampanti di interventi legislativi sul corpo delle donne e, probabilmente, spiegano perché il diritto sia sempre stato visto dal movimento femminista come uno strumento ambiguo e da maneggiare con cura.

Se, infatti, la cosiddetta "prima ondata femminista emancipazionista"⁵⁹, collocabile nella prima metà del secolo scorso, ha visto nello strumento giuridico un

maschile, Ediesse, 2008. Cfr. anche M. L. Boccia, "Aborto, pensando l'esperienza", in *Coordinamento nazionale donne per i consultori, Storie, menti e sentimenti di donne di fronte all'aborto*, Roma, maggio 1990 che fornisce un'efficace definizione del principio di autodeterminazione: "L'autodeterminazione è la forma in cui si è tradotta e si è trascesa la riappropriazione di sé, ed in primo luogo della propria corporeità e della propria capacità riproduttiva". M anche S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Editori Laterza, 2015 in cui il giurista affermava che in seguito alla pionieristica sentenza della Corte Costituzionale n. 27 del 1975 "[...] il passo compiuto non era più reversibile su un punto essenziale. Il diritto è costretto a riconoscere che la donna non può essere più prigioniera del ruolo obbligato della riproduzione. Non vi è più un destino al quale è impossibile sottrarsi, e compare, sia pure con temperamenti, l'autodeterminazione. Il corpo della donna non è più oggetto del potere pubblico". L'autodeterminazione è stata inoltre riconosciuta come diritto fondamentale dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 438 del 23 dicembre 2008, in www.cortecostituzionale.it (la pronuncia riguardava una vicenda correlata all'utilizzo di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti).

Va poi ricordato che le donne della Libreria delle donne di Milano non riconoscono questa come origine dell'autodeterminazione; in Libreria delle donne di Milano, *Non credere di avere dei diritti*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1987. Esse, infatti, sostengono che "parlare di autodeterminazione a proposito di aborto non ha quasi senso" e ricostruiscono tutta la vicenda dell'aborto, rifiutando qualsiasi forma di regolamentazione pubblica.

⁵⁸ Corte Costituzionale, sent. n. 27/1975; V. sul punto A. Musumeci, "Bioetica", in *Enc. Giur.*, V, 1998; L. Ronchetti, "Donne e corpi tra sessualità e riproduzione", in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005.

⁵⁹ Prima stagione inaugurata già da prima da Olympe de Gouges con la sua "Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina" del 1791 e proseguita con il movimento delle suffragette e con la nascita delle "pari opportunità".

forte alleato per affermare la condizione paritaria tra uomo e donna e per decurtare le palesi discriminazioni tra i due sessi, allora vigenti in pressoché tutti gli ambiti, dalla fine degli anni settanta, all'interno del pensiero femminista, inizia a delinearsi un considerevole mutamento, basato sul riconoscimento e sulla valorizzazione della differenza. In particolare, sulla consapevolezza della falsa neutralità sessuale del diritto⁶⁰, basato su categorie e costrutti totalmente “maschili”. Le analisi femministe, quindi, iniziano a mettere in dubbio l'idea dell'universalità di teorie e paradigmi del pensiero occidentale, sostenendo il loro carattere sessuato; secondo le stesse, nell'elaborazione di norme non ci si riferisce ad un soggetto asessuato, senza razza, né ceto sociale, bensì ad un individuo con precise caratteristiche corrispondenti a quelle della classe dominante e, in ogni caso, uomo.⁶¹

Fatta propria tale consapevolezza (del fenomeno giuridico come espressione volitiva del politico, che è maschile), l'immediata conseguenza è la diffidenza verso la regolamentazione attraverso il diritto di ambiti fondamentali quali la famiglia, la procreazione e la sessualità.

A sostenere le anzidette teorie erano soprattutto le esponenti del cd. *femminismo giuridico*, la cui voce compariva per la prima volta in Italia nel 1992,

⁶⁰ Sul tema è utile rinviare anche ai lavori della nota femminista statunitense Martha Fineman, la quale conia e introduce il concetto di *neutered mother*, che potrebbe tradursi come ‘madre neutralizzata/che ha subito un processo di neutralizzazione’ per definire l’atteggiamento e l’approccio del diritto all’istituto della maternità. Fineman afferma che il desiderio di uguaglianza formale che ha caratterizzato la prima ondata femminista ha comportato nel diritto una tendenza verso la neutralità sessuale che, di fatto, ha penalizzato le donne in quanto ha totalmente ignorato la loro posizione sociale. Fineman si riferisce, in particolare, al diritto di famiglia, dove la sostituzione della nozione di maternità con quella neutrale di genitorialità ha significato ignorare il predominante ruolo materno nella cura dei figli. (M. A. Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, Routledge, 1996).

⁶¹ I riferimenti bibliografici sul tema sono moltissimi, al momento si rinvia a C. Smart, *Feminism And The Power Of Law*, Routledge, New York-Londra, 1989 (celebre la sua tripartizione contenuta nel testo citato: “Il diritto è sessista, il diritto è maschile, il diritto è sessuato”); M. L. Boccia, “Da sopra la legge una critica al punto di vista maschile”, in *Democrazia e Diritto*, 2, 1993; GRUPPO GIURISTE VIRGINIA WOOLF B, “Per un diritto leggero. Esperienza di giustizia e criterio di equità”, in *Democrazia e Diritto*, 1, 1996; A. Facchi, “Il pensiero femminista sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, in *Filosofi del diritto contemporaneo* (a cura di) G. Zanetti, Cortina, Milano, 1999; S. De Beauvoir, *Il secondo sesso*, Il Saggiatore, Milano, 2008; A. Facchi, “A partire dall’uguaglianza. Un percorso nel pensiero femminista sul diritto”, in *AG AboutGender International journal of gender studies*, 1, 2012; T. Casadei, *Donne, Diritto, Diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Giappichelli, 2015; N. Stamile, “Appunti su femminismo e teoria del diritto. Una rassegna”, in *Ordines*, 2, 2016; A. Simone, I. Boiano, *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, argomentazione, interpretazione*, Edizioni Efestò, 2018; A. Simone, I. Boiano, A. Condello, *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Mondadori, 2018;

all'interno del Digesto delle discipline privatistiche (sez. civile)⁶², mentre già a partire dagli anni ottanta del secolo scorso cominciava a diffondersi nell'ambito dei Paesi anglosassoni.

Nodi centrali del femminismo giuridico, in Italia da sempre incentrato sul concetto della “differenza sessuale”⁶³, sono *in primis*, come già accennato, lo svelamento della finta neutralità sessuale del diritto, inteso come prodotto del soggetto maschile e, di conseguenza, incapace di accogliere, interpretare e soddisfare le istanze provenienti dalle donne, e, *in secundis*, la riflessione circa la reale utilità dello strumento giuridico stesso, soprattutto in riferimento a talune questioni (essenzialmente quelle che concernono il corpo femminile), rispetto alle quali le donne potrebbero forse essere meglio tutelate da una diminuzione della regolazione giuridica. Si tratta, quindi, di un reale ripensamento del ruolo del diritto positivo.

Infatti, gli ambiti ai quali si è maggiormente applicata la teoria giuridica femminista sono proprio quelli dei rapporti della donna con il proprio corpo e dei rapporti familiari, in riferimento ai quali si propone la “tensione” tipica del pensiero in esame, il cui interrogativo di fondo si può così schematizzare: libertà e maggiore autodeterminazione o riconoscimento e regolamentazione giuridica?⁶⁴ In altre parole, ha senso impegnarsi per cambiare le leggi in determinati ambiti o bisognerebbe aspirare unicamente alla creazione di “vuoti legislativi”, considerando lo strumento giuridico positivo inetto a soddisfare le esigenze di certi gruppi sociali (tra cui le donne)?⁶⁵

Emblematico l'articolo “Sopra la legge” (1992) di Lia Cigarini, la quale, oltre ad argomentare contro l'impegno per nuove leggi, indicava l'utilità dei “vuoti legislativi”,

⁶² S. Colombo, “Femminismo giuridico”, in *Digesto*, IV ed. Discipline privatistiche, sezione civ., Utet, Torino, 1992, vol. VIII, p. 247.

⁶³ In tema di femminismo giuridico e “differenza sessuale” faccio riferimento al recente testo di A. Simone, I. Boiano e A. Condello, *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Mondadori, 2018. Qui le autrici individuano Letizia Gianformaggio, Tamar Pitch, Lia Cigarini, e Silvia Niccolai come le più importanti esponenti del pensiero della “differenza sessuale”, nel panorama italiano.

⁶⁴ V. sul punto A. Facchi, “A partire dall'uguaglianza. Un percorso nel pensiero femminista sul diritto”, in *AG AboutGender International journal of gender studies*, 1, 2012; T Casadei (a cura di), *Donne, Diritto, Diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Giappichelli, Torino, 2015; A. Simone, I. Boiano e A. Condello, *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Mondadori, 2018.

⁶⁵ Ancora una volta pare interessante, per lo meno per l'affinità delle tematiche in esame, rinviare al testo di Stefano Rodotà, *Diritto d'amore*, in cui il sommo giurista si interrogava circa la possibile ingerenza del diritto positivo in determinati ambiti della vita umana. Afferma Rodotà: “Sono compatibili, sono pronunciabili insieme, le parole diritto e amore? [...] Di fronte alla vita, il diritto deve essere pronto a lasciare il posto al non diritto”.

facendo l'esempio della depenalizzazione dell'aborto e della richiesta di querela di parte nel caso della violenza sessuale. Più precisamente, però, la giurista non aspirava ad un'esclusione *tout court* del diritto in riferimento a determinati ambiti esistenziali, bensì ad una diminuzione dell'utilizzo di leggi dello Stato, a favore di principi costituzionali ed in generale dell' "uso della Costituzione se una vuole la parità"⁶⁶. A tal proposito "le divisioni del femminismo italiano sembrano dunque riguardare più gli obiettivi e le pratiche politiche che non, direttamente, una generica "utilità" del diritto".⁶⁷

Quello che quindi appare, probabilmente, più interessante, al fine di contestualizzare e soprattutto attualizzare la tensione tipica del femminismo giuridico, rispetto a tematiche concernenti il *corpo delle donne*, è il tentativo delle più "giovani" femministe giuridiche (sia a livello nazionale, che internazionale) di creare un "diritto delle donne", di non escludere *in toto* lo strumento giuridico, bensì di ripensare lo stesso, rinominarlo, cambiando l'originario "Uno" di riferimento.⁶⁸

In ogni caso, per anticipare quello che poi sarà il caso di studio nell'ambito del presente lavoro, anche la complessa tematica socio-giuridica della maternità surrogata è sempre stata animata (ed ancora lo è) da difficili dilemmi che, talvolta, sembrano poter trovare nella regolamentazione giuridica una risoluzione ed una risposta immediata.

In sostanza, si ripropone quella tensione tra utilizzo dello strumento normativo per disciplinare gli aspetti più intimi della vita personale e libertà delle donne di essere sempre libere nell'utilizzo del proprio corpo.

2.3 Il dibattito femminista su maternità e riproduzione

Un altro ambito in riferimento al quale le femministe hanno sempre dimostrato un certo scetticismo è quello delle tecnologie riproduttive, in quanto anch'esse originate da una cultura patriarcale di dominio del corpo femminile.⁶⁹ In particolare, le tecniche della riproduzione assistita contribuirebbero, in tale prospettiva, a diminuire il controllo

⁶⁶ L. Cigarini, "Sopra la legge", v. *infra*.

⁶⁷ V. sul punto T. Pitch, *Un diritto per due*, v. *infra*.

⁶⁸ cfr. A. Simone, I. Boiano, A. Condello, *Femminismo giuridico*, Mondadori, 2018.

⁶⁹ Cfr., J. A. Robertson, "Children of Choice. Freedom and the New Reproductive Technologies", Princeton, Paperback, 1994; D. Evans, "Creating the Child. The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation", Kluwer Academic Pub, 1996; C. A. Choudhury, "Exporting Subjects: Globalizing Family Law Progress through International Human Rights", in *Michigan Journal of International Law*, 2011, 32, 259 ss..

delle donne sul proprio corpo e il senso del loro legame biologico e sociologico con le funzioni riproduttive.⁷⁰ Si tratta, infatti, di un chiaro esempio di “appropriazione” del corpo femminile da parte del sapere tecnico-scientifico.

Più in generale, comunque, il tema della maternità (e della riproduzione) è sempre stato tra i più divisivi all’interno del movimento delle donne, su scala nazionale ed internazionale.⁷¹ Si può dire che le femministe hanno sempre visto nell’acquisizione da parte delle donne del controllo della vita riproduttiva non solo un passo necessario verso la propria libertà ed autonomia, ma anche una condizione imprescindibile per superare il “controllo patriarcale” e per migliorare la condizione della donne come gruppo sociale.⁷²

Per la prima e la seconda ondata femminista (fino agli anni ottanta del secolo scorso, circa), l’attenzione era principalmente rivolta verso il diritto all’aborto ed al pubblico riconoscimento della funzione sociale della maternità. Successivamente, negli ultimi venti anni del XX sec., lo sviluppo delle tecnologie riproduttive ha aggiunto nuove dimensioni e imposto ulteriori riflessioni, in riferimento al *macro* ambito della maternità e della riproduzione.⁷³ Infatti, alle TP sono stati attribuiti, negli anni, i più

⁷⁰ V. sul punto anche A. Di Stefano, “Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto”, in *Osservatorio diritti umani*, 4, 2013, pp. 745-772.

⁷¹ Vi è stato anche chi, come la filosofa e femminista Simone De Beauvoir, ha dichiarato di vedere nella maternità la principale fonte di discriminazione per le donne. Secondo De Beauvoir la maternità dovrebbe, quindi, essere evitata al fine di guadagnare equità; ciò soprattutto, in quanto la scelta di diventare madre non sarebbe mai presa in totale libertà e con piena consapevolezza. Tale pensiero è espresso soprattutto nell’opera “Il secondo sesso”, la più celebre della suddetta pensatrice (S. De Beauvoir, “Il secondo sesso”, Il Saggiatore, 2016). Adrienne Rich’s, invece, non criticava tanto l’esperienza della maternità in sé (anche se la definiva difficile e dolorosa), quanto piuttosto “l’istituzione patriarcale della maternità”, che ha alienato le donne dai loro corpi (cfr. A Rich, “*Of Woman Born: Motherhood as Experience And Institution*”, Bantam Books, 1977).

⁷² V. sul punto L. Bernardi, G. Neyer, “*Feminist Perspectives on Motherhood and Reproduction*”, in *Historical Social Research*, 36, 2011.

⁷³ In riferimento al dibattito delle femministe sulle tecnologie riproduttive si rimanda a: E. Maestri, “Fabbriche della vita. La critica ecofemminista alle tecniche riproduttive artificiali”, in *Ragion Pratica*, 37, dicembre 2011; G. Corea, “*The mother machine: Reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*”, New York: Harper & Row, 1985; A. Donchin, “*The future of mothering: Reproductive technology and feminist theory*”, *Hypatia*, 1986; A. Donchin, “*The growing feminist debate over the new reproductive technologies.*” *Hypatia*, 1989; S. Franklin, “*Postmodern procreation: A cultural account of assisted reproduction. In Conceiving the new world order. The global politics of reproduction*”, ed. Ginsburg, Faye D. and Rayna Rapp, Berkeley: University of California Press, 1995; M. Ryan, “*The introduction of assisted reproductive technologies in the “developing world”: A test case for evolving methodologies in feminist bioethics*”, in *Journal of Women in Culture and Society*, 2009; M. Stanworth, “*Reproductive technologies and the deconstruction of motherhood*”, in *Reproductive technologies: Gender, motherhood and medicine*, ed. Michelle Stanworth, Cambridge: Polity Press, 1987;

diversi significati. Il cosiddetto femminismo liberale o post moderno, per esempio, ha sempre riconosciuto ad esse il non trascurabile merito di aver contribuito a “rompere” quell’identificazione maternità=natura, che vedeva nella prima l’unico ed ineludibile destino delle donne (intrappolate nella “gabbia della biologia”, per utilizzare una nota espressione della femminista Shulamith Firestone)⁷⁴ e quindi di aver aumentato la possibilità di scelta delle stesse. Più in generale, la difesa delle sostenitrici delle TP è stata argomentata facendo riferimento soprattutto al principio di autodeterminazione riproduttiva della donna⁷⁵, oltre ad un generico riconoscimento dell’abilità di tali tecniche ad allargare la possibilità di accesso alla maternità volontaria.

Al contrario, altre esponenti⁷⁶, sul piano internazionale, hanno tentato di porre in guardia l’universo femminile da quella tendenza a definire le tecnologie riproduttive come un qualcosa di naturale, se non, addirittura, di positivo.⁷⁷

Nell’ambito dell’ala femminista critica delle tecnologie riproduttive, si pensi, in particolare, al *network* internazionale femminista FINRRAGE (*Feminist International Network of Resistance to Reproductive and Genetic Engineering*), fondato nel 1984-1985 da Gena Corea, al fine di contestare che tutto ciò che fa riferimento alle TP e all’ingegneria genetica sia neutro e/o positivo, monitorare a livello internazionale le aree della medicina riproduttiva, analizzare le relazioni tra scienza, tecnologia e società.

In generale, comunque, nell’immaginario dell’ala femminista critica delle tecnologie riproduttive vi è la concezione che queste siano solo l’ultimo tentativo degli uomini di assoggettare al proprio controllo il processo riproduttivo e la maternità. Si è parlato, quindi, di mercificazione del corpo femminile, di oppressione e, infine, di

E. Vayena, “*Assisted reproduction in developing countries: The debate at a turning point*”, in *Reprogen-ethics and the future of gender*, ed. Frida Simonstein, Dordrecht: Springer Verlag.

⁷⁴ S. Firestone, “La dialettica dei sessi. Autoritarismo maschile e società tardo-capitalistica”, Firenze-Rimini, Guaraldi, 1971.

⁷⁵ Cfr. L.M. Purdy, “*The Morality Of New Reproductive Technologies*”, in *Journal of Social Philosophy*, 18, 1, 1987, pp. 38-48.

⁷⁶ Si pensi al *network* internazionale femminista FINRRAGE (*Feminist International Network of Resistance to Reproductive and Genetic Engineering*), di cui si dirà a breve.

⁷⁷ Alcuni, come per esempio Enrico Maestri (E. Maestri, “Fabbriche della vita. La critica ecofemminista alle tecniche riproduttive artificiali”, in *Ragion Pratica*, 37, dicembre 2011), dividono i diversi approcci femministi in rapporto alle tecniche riproduttive, attraverso la distinzione di quattro differenti atteggiamenti: l’atteggiamento ottimistico, l’atteggiamento pessimistico, l’atteggiamento realistico e l’atteggiamento costruttivistico.

riesumazione del concetto della “maternità a tutti i costi”.⁷⁸ Inoltre, ciò che si è contestato, e si contesta, ai processi tecnologici riproduttivi è il fatto di aver trasferito la riproduzione dalla sfera privata a quella pubblica; questo non è interpretato come un segno di liberazione, ma, al contrario, come un sintomo di estensione del dominio patriarcale.⁷⁹

Si tratta di un dibattito complesso e colmo di contraddizioni. Se da una parte, infatti, sono chiare le posizioni di chi si è mostrata, e si mostra, critica nei confronti delle TP, in quanto vede in essere una sorta di perdita di controllo delle donne nei confronti della propria sfera procreativa e di medicalizzazione della maternità, dall'altra, però, tale atteggiamento mal si concilia con una delle più tradizionali battaglie femministe, consistente nel tentativo di tenere distinta la dimensione sociale della maternità da quella biologica della stessa, al fine di “rompere” la storica identificazione di maternità e natura.

3. La questione procreativa

3.1 Premessa

Un'altra chiave di lettura del rapporto tra un delicato ambito dell'esistenza umana, quale è quello procreativo (che rappresenta il “macro settore” di riferimento della mia indagine), e il diritto è rappresentato dalla questione circa l'esistenza di un diritto alla procreazione. Il tema è certamente interessante (e pertinente) per l'oggetto dell'elaborato. Se, infatti, sono sempre più frequenti le istanze di chi intende “accedere” alla genitorialità “prescindendo dai corpi”, ci si chiede se, effettivamente, possa essere vantata da tali soggetti la titolarità di un diritto a procreare.

⁷⁸ Per una ricostruzione critica e rigorosa del pensiero femminista ostile alle TRA, rinvio a A. Donchin, “Prospettive che convergono: le critiche femministe alla riproduzione assistita”, in C. Faralli, C. Cortesi (a cura di), *Nuove maternità. Riflessioni bioetiche al femminile*, Diabasis, 2005, pp. 69-108 e E. Maestri, “Fabbriche della vita. La critica ecofemminista alle tecniche riproduttive artificiali”, in *Ragion Pratica*, 37, dicembre 2011.

⁷⁹ V. sul punto, G. Corea, *Egg Snatchers*, in R. Arditti, R.D. Klein, S. Minden (eds.), *Test-Tube Women: What Future for Motherhood*, London, Pandora Press, 1984, pp. 37-51.

La nozione di *right to procreate* è stata inizialmente elaborata dalla dottrina statunitense⁸⁰, successivamente a due pronunce della Corte Suprema, inerenti una alla sterilizzazione volontaria⁸¹, l'altra ai mezzi contraccettivi⁸², e successivamente perfezionata in riferimento al diritto della donna di abortire, sancito dalla famosa sentenza *Roe v. Wade* nel 1973⁸³. La Costituzione americana non menziona espressamente il *right to reproduce*, tuttavia la Corte Suprema degli Stati Uniti lo ha riconosciuto come un diritto fondamentale dell'essere umano e lo ha individuato in contesti differenti. Come già stato detto, in riferimento alla sterilizzazione volontaria e alla contraccezione, ma anche, per esempio, alle relazioni familiari (*Prince v. Massachusetts*)⁸⁴.

Più in generale, l'evoluzione dei costumi degli ultimi quarant'anni ha alimentato nel cittadino e nella cittadina la percezione che la genitorialità voluta e non subita sia un diritto ed è a questa istanza che spesso gli ordinamenti hanno dovuto rispondere con numerosi interventi legislativi.

⁸⁰ Tra i tanti riferimenti cito J.A. Robertson, "*Procreative liberty and the State's Burden of Proof in Regulating Noncoital Reproduction*", in L. Gostin (a cura di), *Surrogate Motherhood*, Indiana University Press, Indianapolis 1990, pp. 24 ss; D. Bernard, "*The evolution of the Right to Privacy after Roe v. Wade*", in *American Journal of Law and Medicine*, riv. Cit., 1987-1988, pp. 365 ss. Sul tema v. anche F. Cassone, "Diritto a procreare e diritto alla bigenitorialità", in *Minorigiustizia*, II, 2008; L. Poli, "Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e *“treaty bodies”* a confronto", in *Diritti umani e diritto internazionale*, I, 2017.

⁸¹ Si fa riferimento alla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *Skinner v. Oklahoma* (1942), in cui la Corte ha riconosciuto che il diritto a procreare è un diritto fondamentale protetto dalla Costituzione, con ciò invalidando quelle leggi statali che consentivano la sterilizzazione di certi criminali abituali.

⁸² Si fa riferimento alla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *Eisenstadt v. Baird* (1972), in cui la corte ha infranto una legge del Massachusetts che vietava la distribuzione di contraccettivi alle persone non sposate.

⁸³ La Corte Suprema degli Stati Uniti con la pronuncia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* del 24 giugno 2022 ha deciso di revocare il diritto federale all'aborto negli USA. Con l'annullamento della *Roe v. Wade*, il diritto all'aborto sarà ora lasciato alla decisione dei singoli Stati americani

⁸⁴ U.S. Supreme Court *Prince v. Massachusetts*, 31 gennaio 1944, www.law.cornell.edu. Il caso di specie riguardava una donna testimone di Geova di nome Sarah Prince condannata per violazione delle leggi sul lavoro minorile. La suddetta era la custode di una bambina di nove anni, Betty M. Simmons, che aveva portato in una zona del centro per predicare per le strade. La predicazione prevedeva la distribuzione di pubblicazioni in cambio di contributi volontari. Le leggi sul lavoro minorile di cui era accusata di violazione stabilivano che a nessun ragazzo di età inferiore ai 12 anni e alle ragazze di età inferiore ai 18 anni era permesso vendere letteratura o altri beni su strade pubbliche. Nella decisione, la Corte Suprema ha confermato le leggi del Massachusetts che limitano la capacità dei bambini di vendere letteratura religiosa. La decisione affermava che il governo ha ampia autorità per regolare le azioni e il trattamento dei bambini; l'autorità dei genitori non è assoluta e può essere lecitamente limitata se ciò è nell'interesse del benessere di un bambino.

Si può affermare che esista un diritto alla procreazione? Quello che è certo è che la questione procreativa ha una doppia anima: negativa e positiva. Si comincerà a trattare, brevemente, della prima, per poi passare, in maniera più dettagliata nel paragrafo che segue, all'analisi della seconda.

3.2 La “questione negativa” della procreazione: profili di diritto internazionale

Se si intende procedere nello studio della questione rispettando un ordine di tipo cronologico, è necessario ribadire che, originariamente, le principali difficoltà rispetto al nucleo costitutivo del diritto di procreare attenevano principalmente alla sua “anima negativa” e, quindi, alla tutela da offrire alla libertà di non procreare. In sintesi, il diritto alla procreazione riguardante la contraccezione, l'aborto, la sterilizzazione volontaria era (ed è) il diritto a non avere figli, nonostante il dato biologico, se ciò non corrispondeva alla volontà del soggetto. Un diritto di “libertà da”.

Si è già parlato del contesto italiano, in cui si è sviluppata la vicenda complessa dell'aborto, *pre e post* legge n. 194 del 1978, la quale ha permesso, a prescindere dalle molteplici criticità che la contraddistinguono, di cominciare a parlare, anche nel nostro Paese, di sessualità e procreazione come due ambiti non coincidenti. In ogni caso, ci si soffermerà ora, brevemente, su di un piano più internazionale, cercando di capire se può essere rinvenuto un fondamento giuridico del “diritto a non procreare”.

Innanzitutto, l'iniziale indifferenza del diritto internazionale rispetto all'interruzione volontaria di gravidanza (IVG) è stata superata per la prima volta con l'inclusione di un riferimento alla pratica nel *Programme of action* adottato al Cairo nel 1994, nel corso della *International Conference on population and development*. In tale documento, si raccomanda agli Stati di rendere sicuro l'aborto allorché esso sia consentito dalla legge, nonché di rendere accessibili i servizi di salute riproduttiva, incluso il trattamento delle conseguenze della IVG, in qualunque circostanza essa sia praticata.⁸⁵ I principi stabiliti al Cairo sono stati poi richiamati *in toto* nella *Platform for action* elaborata a Pechino nel 1995 e per la prima volta in un documento internazionale sono stati invitati gli Stati a rivedere “*laws containing punitive measures against women*

⁸⁵ *International Conference on Population and Development, Programme of action*, Il Cairo, 1994, par. 8.25.

*who have undergone illegal abortions*⁸⁶. Ancora, in senso analogo a quelli appena citati, si segnalano il *Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women*⁸⁷ e la risoluzione n. 1607 del 2008, adottata, seppur in maniera non vincolante, dall'Assemblea del Consiglio d'Europa.

Quelli appena elencati sono solo alcuni dei documenti di diritto internazionale, da cui emerge chiaramente un crescente interesse dello stesso verso la tematica dell'interruzione volontaria di gravidanza, ma in generale verso la tutela della salute sessuale e riproduttiva delle donne.

Tuttavia, se è chiaramente riscontrabile un comune intento internazionale sull'opportunità di garantire la vita e la salute psico-fisica della donna, non è altrettanto evidente la volontà di fondare un vero e proprio diritto a non avere figli o, più nello specifico, diritto ad abortire.⁸⁸

In riferimento al *right to procreate*, appaiono molto interessanti i documenti adottati dai cd. *treaty bodies*⁸⁹, ossia quegli organi/comitati formati da esperti che monitorano l'attuazione dei principali trattati internazionali sui diritti umani; in particolare si fa qui riferimento al Comitato dei diritti umani, al Comitato per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne, al Comitato dei diritti del fanciullo, nonché al Comitato dei diritti economici, sociali e culturali. Si tratta ovviamente di documenti, a portata generale (*General Comments* o *General Recommendations*), privi di una reale efficacia vincolante, ma, comunque, capaci di influenzare gli atti normativi degli Stati contraenti.⁹⁰ In ogni caso, se non si può trascurare il fatto che i *treaty bodies* siano giunti, talvolta, fino a chiedere espressamente agli Stati di garantire il diritto alla vita alle donne, che decidono di interrompere una gravidanza, o a sollecitare l'adozione di misure atte a rendere effettiva

⁸⁶ *Fourth World Conference on Women, Platform for Action, Pechino, 1995*, par. 106, let. K.

⁸⁷ Protocollo adottato nel 2003. All'art. 14 comma 2 c, si impone agli Stati parte di adottare misure necessarie a tutelare il diritto riproduttivo delle donne attraverso l'autorizzazione di aborti, in casi di violenza sessuale, incesto e quando la continuazione della gravidanza rischia di compromettere la salute fisica e mentale della donna o addirittura la vita di quest'ultima.

⁸⁸ Alcune voci in dottrina auspicano una evoluzione in tal senso, v. C. Zampas, J. M. Gher, "*Abortion as a Human Right. International and Regional Standards*", in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 249 ss. In ogni caso, è nel contempo altrettanto impossibile ravvisare nel diritto internazionale un fondamento normativo del diritto alla vita del feto. V. sul punto L. Poli, op. cit..

⁸⁹ V. sul punto L. Poli, op. cit, pg. 22.

⁹⁰ V. sul punto C. Zampas, J. M. Gher, op. cit..

la possibilità di abortire⁹¹, anche in questo caso non sembra potersi ravvisare un riconoscimento di un pieno ed assoluto diritto all'autodeterminazione in ambito procreativo.

Sul tema, si fa un cenno alla posizione della Corte Europea dei Diritti Umani, che ha da sempre fatto intendere, o attraverso una esplicita affermazione⁹², o tramite una dichiarazione di non inerenza della questione rispetto al caso⁹³, la non riconducibilità del diritto all'aborto all'art. 8 CEDU concernente il rispetto della vita privata e familiare di ciascun individuo e quindi, più in generale, la non riconoscibilità da parte della Convenzione della suddetta posizione giuridica soggettiva.

Con ciò non si vuole intendere che la Corte di Strasburgo non si sia mai interessata all'annosa questione in esame ovvero che non si sia dimostrata sensibile alla necessità di accordare una forma di tutela alla salute sessuale e riproduttiva della donna⁹⁴. Tuttavia, non è ricavabile da nessuna pronuncia della Corte EDU l'affermazione di un diritto *tout court* all'autodeterminazione procreativa nella sua dimensione negativa e, più nello specifico, di un diritto ad abortire, ma, al contrario, i giudici di Strasburgo tendono a: lasciare ampia discrezionalità agli Stati sul tema, a subordinare il riconoscimento della necessità per le donne a che la possibilità di abortire sia effettiva all'esistenza di una legislazione interna in tal senso (come per il caso *Tysiac c. Polonia* o *Bosso c. Italia*) e a bilanciare l'autodeterminazione procreativa delle donne con numerosi altri interessi.

Un esempio emblematico è rappresentato dalla risalente pronuncia *Bruggermann e Sheuten c. Germania*, in cui la Commissione Europea dei diritti dell'uomo, pur

⁹¹ V., rispettivamente, Comitato dei diritti umani, *Concluding Observations: Cile*, UN Doc. CCPR/C/79/Add. 104 del 30 marzo 1999, par. 15 e Comitato per i diritti umani, *Concluding Observations: Mali*, UN Doc. CCPR/CO/77/MLI del 16 aprile 2003, par. 14.

⁹² *A, B E C c. Irlanda* (ricorso n. 25579/05) del 16 dicembre 2010 in www.europeanrights.eu.

⁹³ *Tysiac c. Polonia* (ricorso n. 5410/03) del 20 marzo 2007 in www.europeanrights.eu.

⁹⁴ Ad esempio, la Corte ha censurato il comportamento delle autorità sanitarie, in specie polacche, che avevano rifiutato di praticare l'aborto terapeutico, ammesso dalla legislazione nazionale, nei confronti di una donna affetta da grave miopia, nonostante il rischio che questa perdesse la vita e senza che l'interessata disponesse di garanzie procedurali adeguate per contestare la decisione del personale medico (*Tysiac c. Polonia*). In un altro caso, ha ritenuto che la scelta di una donna di sottoporsi a un intervento abortivo debba prevalere sul diritto al rispetto della vita privata e familiare del futuro padre, giudicando legittima, ai sensi dell'art. 8 e 12 CEDU, la legislazione italiana che non condiziona la possibilità della donna di abortire al consenso del marito/compagno (*Bosso c. Italia*). Ancora, nella sentenza *A, B, C c. Irlanda*, la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU, in ragione dell'impossibilità, per una delle ricorrenti, di praticare in Irlanda l'IVG per pericolo di vita, nonostante tale possibilità fosse astrattamente prevista dalla Costituzione.

chiarendo che l'interruzione di gravidanza rappresentava un aspetto significativo della vita privata, tutelata ai sensi dell'art. 8 CEDU, aveva lasciato aperta la possibilità di una legittima ingerenza da parte degli Stati nell'esercizio di tale diritto.⁹⁵ O ancora, la più recente sentenza *A, B e C c.. Irlanda*, in cui la Corte ha giudicato conforme all'art. 8 Cedu la legislazione irlandese che vietava⁹⁶ l'aborto per ragioni di tutela della salute psicofisica della donna, salvo che in caso di reale e sostanziale pericolo per la vita, pur consentendo ai residenti di recarsi all'estero per interrompere la gravidanza. Ad avviso dei giudici, infatti, l'ingerenza nella vita privata della donna poteva dirsi giustificata dall'obiettivo di protezione della morale e proporzionata alla luce del margine di apprezzamento degli Stati in materia di protezione del nascituro.⁹⁷ Più in generale, la Corte EDU tende a pronunciarsi sull'effettiva possibilità della donna di scegliere se sottoporsi o meno ad una IVG, solo in riferimento a quegli ordinamenti che consentono tale pratica.

4. La dimensione positiva della procreazione

4.1 Premessa

Ancor più attinente all'oggetto della presente indagine è, indubbiamente, la dimensione positiva del *right to procreate* ossia il diritto a procreare, il quale viene

⁹⁵ Commissione europea dei diritti umani, *Bruggermann e Sheuten c. Germania*, ricorso n. 6959/75, decisione del 19 maggio 1976.

⁹⁶ Per fortuna, come è noto, nel 2018 è entrata in vigore in Irlanda una nuova legge che liberalizza maggiormente l'aborto nel Paese.

⁹⁷ Sull'argomento, A. Terrasi, "Il divieto di aborto innanzi alla Corte europea dei diritti umani, tra obblighi positivi e negativi", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 403 ss.; D. Tega, "Corte europea dei diritti: l'aborto in Irlanda tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno", in *Quaderni costituzionali*, 2011, p. 159 ss.; A. Osti, "Corte europea dei diritti: accelerazione sulla legislazione dell'aborto in Irlanda?", in *Quaderni costituzionali*, 2011, p. 156 ss.; F. De Londras, K. Dzehtsiarou, "Grand Chamber of the European Court of Human Rights, *A, B, C v. Ireland, Decision of 17 December 2010*", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 250 ss.; N. Malovic, "Access to abortion services in the Council of Europe: A critical analysis of women's reproductive rights", in *European Human Rights Law Review*, 2015, p. 505, ss.

Una simile attenzione verso la morale pubblica è, al contrario, totalmente assente nei documenti dei *treaty bodies*, di cui si è parlato in precedenza.

spesso fatto coincidere con il diritto ad accedere alla genitorialità (*right to parent*). Infatti, a mio avviso, le anzidette situazioni giuridiche soggettive (*right to procreate* e *right to parent*) non si possono considerare *in toto* sovrapponibili. Se, appunto, la prima attiene essenzialmente alla decisione se avere o non avere progenie (quando non sono riscontrabili impedimenti ad una “procreazione naturale”), diversamente, l’ambito di applicazione del *right to parent* è da considerarsi differente e più ampio, in quanto, in esso, vi rientrano anche tutte quelle fattispecie in cui sono coinvolti soggetti impossibilitati a procreare naturalmente, per ragioni di tipo fisico e/o sociale.

Come esempi di violazione della prima posizione giuridica soggettiva (diritto a procreare) possono essere assunte tutte le storiche ingiustizie perpetrate a danno delle *black and Latina women*, in America o delle donne disabili (si pensi ai casi di sterilizzazione coatta, di controllo delle nascite ecc.)⁹⁸. A tale proposito è sicuramente interessante il tema dell’intersezionalità. Il termine venne coniato come ipotesi sociologica nel 1989 dalla giurista e attivista statunitense Kimberle Williams Crenshaw, per illustrare come le oppressioni razziali e di genere interagissero simultaneamente (e non possono quindi essere considerate in maniera disgiunta) nelle *Black Women*.⁹⁹ Ciò partendo dall’assunto che ogni essere umano detiene molteplici identità, sulla base del genere, della classe sociale, della razza e che, quindi, non è possibile pensare, per esempio, al genere come ad una categoria isolata, in quanto inevitabilmente

⁹⁸ Sempre in ambito internazionale, sul tema delle sterilizzazioni forzate e, più in generale, di violazione del *right to procreate*, si pensi alla pronuncia della CEDU *V.C. c. Slovakia*, 8 febbraio 2012, in www.hudoc.echr.coe.int. Il caso riguardava una donna che fu forzatamente sterilizzata nell’ospedale statale, Prešov Hospital, nella Slovacchia orientale, il 23 agosto 2000, durante il parto del suo secondo figlio. Secondo le sue cartelle cliniche, poco prima che il parto venisse interrotto da un taglio cesareo, il personale dell’ospedale la costringeva a firmare una dichiarazione di una frase come “una richiesta di sterilizzazione”. Le fu detto che se non avesse firmato quella dichiarazione, lei o il suo bambino sarebbero morti. *V.C. c. Slovakia* è stato il primo caso in cui la Corte europea per i diritti umani si è pronunciata a favore di una donna Rom che è stata vittima di sterilizzazione forzata nell’ospedale statale in Slovacchia. Un caso analogo sempre della CEDU è *I.G. c. Slovakia*, del 29 aprile 2013, in www.hudoc.echr.coe.int. Anche qui vi era stata una sterilizzazione forzata a danno di una donna di etnia Rom.

⁹⁹ K. W. Crenshaw, “*Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist*”, University of Chicago Legal Forum, 4, 1989. In questo testo è presente la celebre metafora dell’incrocio stradale, con la quale la giurista e femminista americana ha provato a spiegare il concetto di “intersezionalità”: “*Un’analogia con il traffico di un incrocio, che viene e va in tutte e quattro le direzioni. Così, la discriminazione può scorrere nell’una e nell’altra direzione. E se un incidente accade in corrispondenza di un incrocio, può essere stato causato dalle macchine che viaggiavano in una qualsiasi delle direzioni e, qualche volta, da tutte. Allo stesso modo, se una donna nera si fa male a un incrocio, il suo infortunio potrebbe derivare dalla discriminazione sessuale o dalla discriminazione razziale [...] Ma non è sempre facile ricostruire un incidente: a volte i segni della frenata e le lesioni semplicemente stanno a indicare che questi due eventi sono avvenuti simultaneamente; dicendo poco su quale conducente abbia causato il danno*”.

interconnessa con le altre categorie sociali. Nel 1996 la giurista ha contribuito a fondare il forum per le politiche afroamericane, mentre nel 2011 ha istituito il centro per l'intersezionalità e gli studi di politiche sociali, che ancora oggi dirige. In ogni caso, il concetto di cui si parla è diventato nel tempo uno dei punti cardine soprattutto per le donne afroamericane nelle teorie e pratiche femministe¹⁰⁰ e molte altre attiviste, come Patricia Hill Collins, Angela Davis e Audre Lorde hanno ulteriormente sviluppato questo approccio.¹⁰¹

Tornando su possibili esempi di violazioni del diritto a procreare, si pensi anche al divieto di avere progenie per gli aspiranti finanziari, vigente in Italia prima della sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2000.¹⁰²

Diversamente, le fattispecie concernenti l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, così come l'affidamento familiare, l'adozione e la *surrogacy*, rientrano nell'ambito di applicazione del diritto all'accesso alla genitorialità, il quale, a differenza del *right to procreate*, non può essere considerato illimitato, ma deve essere bilanciato con altri interessi meritevoli di tutela.

In merito alla limitatezza del *right to parent* si è pronunciata anche la nostra Corte Costituzionale nella sentenza riguardante l'accesso alla PMA da parte di una coppia di donne.¹⁰³ Qui la Consulta, nel dichiarare inammissibile la questione di illegittimità costituzionale sollevata in riferimento agli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10

¹⁰⁰ Sul tema faccio qui riferimento a R. Solinger, L. Ross, “*Reproductive Justice: An Introduction*”, University of California Press, 2017; J. Nelson, “*Women of color and the Reproductive Rights Movement*”, NYU Press, 2003; L. McCall, “*The Complexity of Intersectionality*”, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 30, 2005, pp. 1771-1800.

¹⁰¹ Sul punto vedi J. Hearn, “Di cosa parliamo quando parliamo di intersezionalità, in *ingenere*, 20 ottobre 2017. Qui l'autore fa anche riferimento ad un interessante testo scritto dal collettivo di femministe lesbiche nere *Combahee River Collective*, attivo a Boston tra il 1974 e il 1980, sul considerare unitariamente oppressioni, razzismo e identità. Viene riportato un passaggio che pare di rilievo: “*Non appena le donne, in particolare [...] le privilegiate donne bianche, hanno iniziato ad acquisire un potere di classe senza sbarazzarsi del sessismo che avevano introiettato, le divisioni tra donne si sono fatte più intense. Quando le donne di colore hanno criticato il razzismo all'interno della società nel suo complesso richiamando l'attenzione sui modi in cui il razzismo ha plasmato e influenzato la teoria e la pratica femministe, molte donne bianche semplicemente hanno voltato le spalle alla prospettiva della sorellanza, chiudendo le loro menti e i loro cuori. E questo è stato altrettanto vero quando si è parlato di classismo tra donne*”.

¹⁰² Si tratterà più nel dettaglio di tale pronuncia nel prosieguo del paragrafo.

¹⁰³ Si fa riferimento a Corte Costituzionale, sent. del 23 ottobre 2019, n. 221, rinvenibile in www.cortecostituzionale.it. Si specifica che il Tribunale di Pordenone (a differenza del Tribunale di Bolzano) chiedeva, nell'ordinanza di rimessione, in modo indifferenziato, l'ablazione del requisito della diversità di sesso, coinvolgendo così anche le coppie omosessuali maschili.

della legge 40/2004, nella parte in cui limitano l'accesso alle tecniche di PMA alle sole coppie di sesso diverso, ha statuito che “la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Essa dev'essere, infatti, bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti: e ciò particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico” (Corte Cost. sent. del 23 ottobre 2019 n. 221).

Si avrà modo di trattare ampiamente la predetta sentenza. Quello che qui interessa porre in luce, però, è che la Consulta delinea, in tale pronuncia, i confini del diritto alla genitorialità così come precedentemente definiti. Tuttavia, non pare porre attenzione alla distinzione tra le due posizioni giuridiche soggettive (diritto a procreare e diritto a diventare genitori). Ciò è riscontrabile in particolare in taluni passaggi, uno fra tutti: “[...] La possibilità – dischiusa dai progressi scientifici e tecnologici – di una scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico, pone, in effetti, un interrogativo di fondo: se sia configurabile – e in quali limiti – un “diritto a procreare” (o “alla genitorialità”, che dir si voglia), comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale”.¹⁰⁴

Non mi pare, dunque, che la Consulta si muova dal presupposto dell'esistenza di diversi tipi di *right to procreate* o da una netta differenza tra diritto a procreare e diritto alla genitorialità, ma, piuttosto, ragioni più in termini di *an*, *quando* e *quomodo*.¹⁰⁵

La distinzione tra le due posizioni giuridiche soggettive non è, quindi, così pacifica. E' necessario però, a mio avviso, essere consapevoli di tale sfumatura.

¹⁰⁴ Corte Costituzionale, sent. del 23 ottobre 2019, n. 221, p. 17.

¹⁰⁵ Dove il *right to procreate* è “rappresentato” dall'*an* e dal *quando* e il *right to parent* è “rappresentato” dal *quomodo*.

4.2 Il panorama italiano

Cercherò ora di affrontare una breve analisi dell'ordinamento interno, comunitario ed internazionale (positivo e giurisprudenziale), al fine di provare ad individuare un eventuale fondamento della dimensione positiva della procreazione, sia in termini di *right to parent* che di *right to procreate*.

Dalla nostra Carta Costituzionale, non è ricavabile un espresso diritto degli individui a procreare. Tuttavia, *in primis*, non si può ritenere l'elenco dei diritti inviolabili previsto dalla Costituzione come assolutamente tassativo, *in secundis*, il *right to procreate* potrebbe essere facilmente ricavabile ed estraibile, attraverso un'interpretazione logico-sistematica, di altre disposizioni di rango costituzionale: gli artt. 2 e 3, innanzitutto, ma anche l'art. 31 Cost, nella parte in cui prevede come dovere della Repubblica l'agevolazione della formazione della famiglia,¹⁰⁶ e l'art. 32 Cost., sulla base dell'ampia concezione di "salute", che è ormai pacificamente accettata, comprensiva anche del benessere mentale degli individui¹⁰⁷.

Secondo taluno¹⁰⁸, passando al rango della legislazione primaria, un diritto a procreare, nella sua dimensione positiva, potrebbe essere ricavabile anche da quelle disposizioni che concernono l'opposta "questione negativa" del medesimo diritto; e quindi la legge n. 194/1978 sulla IVG, *in primis*, ma anche la legge 14 aprile 1982, n. 164 ("Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso"). E' necessario compiere un ragionamento *a contrario*, del seguente tenore: se l'ordinamento rispetta la sfera di riservatezza delle scelte sessuali e riproduttive del cittadino, consentendo che l'individuo (ed in particolare la donna, a cui è comunque conferita un'ampia discrezionalità) esprima la volontà di non essere (mai più) genitore, avvalendosi delle tecniche che la scienza gli offre, si dovrà quindi ritenere che una analoga possibilità debba essere assegnata anche a chi *voglia* essere genitore.

¹⁰⁶ Si può sostenere, però, che vi sia una sorta di coincidenza fra il diritto a formare una famiglia e il diritto a procreare? Si accennerà alla questione nel prosieguo, in riferimento agli artt. 8 e 12 CEDU.

¹⁰⁷ Tra i tanti contributi sull'argomento, cfr. R. Ferrara, "Il diritto alla salute: i principi costituzionali", in R. Ferrara e C. Sartoretti (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Salute e sanità*, Giuffrè Editore, 2010, p. 4; B. Pezzini, "Il diritto alla salute: profili costituzionali", in *Diritto e Società*, nuova serie – n. 1, 1983, pag. 22 ss.; L. Principato, "La immediata precettività dei diritti sociali ed il contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute", in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1998, p. 3858; Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Ed. Giuffrè, Milano, 2002; M. Cartabia, "L'articolo 32, secondo comma, della Costituzione italiana", in *Monitor*, n. 29, 2012, p. 21.

¹⁰⁸ V. sul punto, F. Cassone, "Diritto a procreare e diritto alla bigenitorialità. Uno sguardo alle norme", in *Minorigiustizia*, 2, 2008.

Rimanendo sul medesimo livello gerarchico, ma avanzando da un punto di vista cronologico, una battuta d'arresto in questo *iter* verso il riconoscimento di un effettivo diritto a procreare (oppure l'inizio di una implicita differenziazione tra il *right to procreate* e il *right to parent*) è rappresentata dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 ("Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"), con il considerevole numero di restrizioni, sanzioni e divieti che la stessa prevedeva, e che, in qualche caso, ancora prevede. Uno fra tutti, il divieto di accesso alle tecniche di PMA per le persone singole e per le coppie *same sex*, su cui, come si è già detto in precedenza, si è recentemente pronunciata la nostra Corte Costituzionale, nel senso del non contrasto delle disposizioni censurate con i principi costituzionali invocati dai due Tribunali.

Rimanendo sul piano dell'ordinamento interno, guardo ora all'evoluzione giurisprudenziale che negli anni si è verificata in riferimento all'esistenza di un eventuale *right to procreate* e/o *right to parent*.

Per quanto concerne la Corte Costituzionale, un primo riconoscimento a riguardo è avvenuto con la sentenza n. 32 del 2000¹⁰⁹. Si tratta di un'interessante pronuncia, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, punto 3, della legge 29 gennaio 1942, n. 64 ("Modificazioni alla legge di ordinamento della regia Guardia di finanza"), nella parte in cui includeva, tra i requisiti necessari per essere reclutati nel corpo della Guardia di finanza, l'essere senza prole. Tale previsione, ad avviso della Corte Costituzionale, rappresentava "una ingiustificata limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore". Inoltre, sempre secondo il giudice delle leggi, "Un divieto siffatto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata". Non solo, quindi, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di un diritto a procreare, ma lo ha definito come un diritto fondamentale. La Consulta ha ancorato, nella sentenza in esame, il diritto in esame agli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.. Da notare, però, che si sta qui parlando del *right to procreate* e non del, non totalmente coincidente, diritto ad accedere alla genitorialità.

¹⁰⁹ Corte Costituzionale, 24 luglio 2000, n. 332, in www.giurcost.org.

Ancora, taluno¹¹⁰ vede un'affermazione dell'esistenza del diritto ad avere progenie nella sentenza della Corte Costituzionale n. 45 del 2005¹¹¹, la quale ha dichiarato inammissibile il quesito referendario volto all'abrogazione totale della legge n.40/2004, considerata una legge a contenuto costituzionalmente necessario. Nell'affermare ciò, infatti, la Consulta ha richiamato una sua precedente pronuncia, nella quale aveva definito una legge costituzionalmente necessaria come un atto "diretto a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona".¹¹²

Sempre della Corte Costituzionale, vi è poi la celebre sentenza n. 162 del 2014¹¹³, la quale ha fatto venir meno uno dei più forti divieti introdotti dalla legge 40/2004, ossia il divieto di fecondazione eterologa.¹¹⁴ In tale pronuncia, infatti, i giudici delle leggi sottolineano che "l'estensione del divieto di fecondazione eterologa in maniera generale ed incondizionata, comprime una serie di beni costituzionali di rango primario delle coppie sterili in maniera assoluta ed irreversibile e cioè: il diritto di procreare, il diritto di formare una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, il diritto alla salute".

In senso contrario all'esistenza di un diritto a diventare genitori vi è, come già detto in precedenza (e come si dirà ancora nel prosieguo), la pronuncia della Consulta n. 221 del 2019. Questa ha infatti giudicato non costituzionalmente illegittime le disposizioni della legge 40/2004 che permettono solo alle coppie eterosessuali di accedere alle tecniche di PMA.

Per quanto concerne la giurisprudenza di merito, invece, nel senso del riconoscimento di un diritto soggettivo a procreare, si segnala una sentenza del

¹¹⁰ V. tra gli altri, F. Pastore, "Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale", in *federalismi.it*, 13 marzo 2017.

¹¹¹ Corte Costituzionale, sentenza del 28 gennaio 2005, n. 45, in www.giucost.org.

¹¹² Corte Costituzionale, sentenza 7 febbraio 2000, n. 49, in www.giurcost.org.

¹¹³ Corte Costituzionale, sentenza 9 aprile 2014, n. 162, in www.cortecostituzionale.it.

¹¹⁴ Tra i tanti, sull'argomento, cfr. A. Morrone "Ubi scientia ibi iura", in *Consulta OnLine*, Studi, 2014; G. Sorrenti, "La Consulta apre all'eterologa, ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; V. Tigano, "La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 giugno 2014; G. D'Amico, "La Corte è il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; F. Perrini, "La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014.

Tribunale di Bologna.¹¹⁵ In tale pronuncia, il giudice ha affermato l'esistenza di un pieno *right to procreate* nel nostro ordinamento, tanto in positivo, quanto in negativo, e ha statuito, nel caso di specie, in favore del padre che si era dichiarato contrario all'impianto degli embrioni precedentemente formati. Le motivazioni offerte dal Tribunale in questione non sono però pienamente condivisibili (si tratta comunque di un orientamento decisamente isolato), in quanto si fondavano su un diritto costituzionalmente garantito del nascituro (ai sensi degli artt. 29 e 30 Cost.) alla doppia figura genitoriale, che sarebbe venuta meno in caso di impianto, in quanto il bambino, nato contro il parere dell'uomo, sarebbe stato privo della figura paterna. Tutto ciò collide, tuttavia, con l'impianto giuridico italiano in tema di filiazione, il quale, non permette al padre naturale di sottrarsi alla responsabilità genitoriale.¹¹⁶

Sempre guardando alla giurisprudenza di merito, vi sono poi alcune pronunce, che si sono susseguite in riferimento alla legge 40/2004, ed in particolare all'ex divieto di diagnosi preimpianto, che vanno nel senso di un non riconoscimento dell'esistenza di un diritto a procreare nel nostro ordinamento. E ciò a conferma che, anche a livello giurisprudenziale, il panorama delle fonti sul punto non è assolutamente lineare. Nessuna di queste sentenze, a cui si aggiungono due decisioni del TAR Lazio sul rapporto fra legge 40/2004 e linee guida del Ministero della Salute, affronta direttamente la questione dell'esistenza e dei limiti di un diritto alla procreazione. Tuttavia, in esse si afferma chiaramente l'impossibilità per il giudice di rinvenire, nell'ordinamento italiano, un principio che imponga di tutelare la libertà di procreare o meno, quale espressione del più ampio diritto alla realizzazione di sé (art. 2 Cost.) ovvero a presidio dell'integrità psico-fisica degli individui (art. 32 Cost.). E inoltre, si dice (ed è un aspetto che ho già *supra* accennato), che le scelte procreative coinvolgono sempre molteplici interessi ulteriori (di altri) e non è quindi possibile garantire una tutela *tout court* della suddetta libertà (positiva o negativa che sia).¹¹⁷

¹¹⁵ Tribunale di Bologna, 8 maggio 2000, in *Famiglia e dir.*, 5, 2000, pp. 487 e ss., con commento di G. Cassano, "Brevi riflessioni sul destino degli embrioni in vitro".

¹¹⁶ A cui è da aggiungersi, a partire dal 2014, anche colui che ha dato il consenso alla fecondazione di tipo eterologo e che, quindi, non ha nessun tipo di legame genetico con il nascituro.

¹¹⁷ Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007; Tribunale di Cagliari, 16 luglio 2005, n. 574, commentata da P. Banchetti, "Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica", in *Giur. It.*, 2006, pp. 1169 e ss.; Tribunale di Catania, 3 maggio 2004, in *Giur. It.*, 2004, pp. 2089 ss.; a commento di tale pronuncia v. E. Palmerini, "La legge sulla procreazione medicalmente assistita al primo vaglio giurisprudenziale", in *Famiglia*, 2004, pp. 964-978; L. D'Avack, "L'ordinanza di Catania: una decisione motivata attraverso una lettura testuale della l. n. 40 del 2004", in *Dir. Fam. Pers.*, 2, 2005, pp.

4.3 Il panorama sovranazionale

A livello sovranazionale esistono delle fonti che possono essere individuate come base giuridica dell'esistenza di un diritto a procreare *e/o right to parent?* Sul piano del diritto dell'Unione Europea un riferimento potrebbe essere la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o Carta di Nizza, che dal 2007 possiede il medesimo valore giuridico dei trattati dell'Unione Europea, ed in particolare l'art. 9, il quale protegge il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia di ciascun individuo. Ma si può ancora affermare che il diritto di costituire una famiglia abbia un contenuto analogo al diritto ad avere progenie?

A livello internazionale, si potrebbe individuare l'art. 16 della "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo" e l'art. 23 del "Patto internazionale sui diritti civili e politici", che proclamando solennemente il diritto a fondare una famiglia e a non subire ingiustificate interferenze pubbliche nelle scelte di vita familiare, includerebbero il diritto alla procreazione e non potrebbero non presupporre, sia pure implicitamente, il diritto di dar vita ad una propria discendenza. Ancora, l'art. 8 e l'art. 12 della Convenzione europea dei Diritti Umani riguardanti, rispettivamente, il diritto di ciascun individuo al rispetto della propria vita privata e familiare ed il diritto di sposarsi e di formare una famiglia.

In riferimento al tema in esame e al fine di indagare l'esistenza di un fondamento giuridico del diritto di procreare, maggiore interesse sul piano del diritto internazionale, è suscitato dalla Convenzione europea dei Diritti Umani, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte EDU. In particolare, si tratta di capire se si possa o meno estendere il concetto di "vita privata", previsto dall'art. 8 CEDU, al fenomeno

550 ss.; P. Morozzo della Rocca, "Procreazione medicalmente assistita e beta-talassemia", in *Dir. Fam. Pers.*, 2005, pp. 97-104.

TAR Lazio, sez. III, 5 maggio 2005, n. 3452, in *Foro Amministrativo*, 2005, pp. 1579 ss.; TAR Lazio, sez. III, 18 maggio 2005, n. 4046, in *Foro Amministrativo*, 2005, pp. 1591 ss.. Per un commento alle sentenze del TAR Lazio v. C. Rago, "La legge sulla fecondazione medicalmente assistita ha aperto la possibilità per le coppie sterili di avere un figlio. Progresso scientifico e questioni giuridiche. Tutela dell'embrione, tra libertà di ricerca scientifica e diritto alla salute della donna: tra interessanti pronunce del TAR Lazio", in *Rass. Adv. Stato*, 2005, pp. 172 ss.; M. Dogliotti, "Le linee guida del Ministero della salute sulla procreazione medicalmente assistita", in *Fam. e dir.*, 2004, pp. 508 ss; A. Loiodice, "Per la vita: le linee guida ministeriali sulla procreazione medicalmente assistita", in *Dir. Fam. Pers.* 2005.

procreativo. Comprendere, in altre parole, se gli interessi degli individui in ambito procreativo possano essere sussunti all'art. 8 CEDU.

La questione è senza dubbio complessa; in più di una occasione la Corte di Strasburgo ha affermato che la nozione di “vita privata” include il diritto all'autonomia e allo sviluppo della persona, il diritto di intrecciare e coltivare relazioni con altri e il diritto al rispetto per la decisione di avere o non avere figli.¹¹⁸

Mantenendo, invece, la distinzione che ho già fatto precedentemente tra *right to procreate* e *right to parent*, appare più complicato affermare che si possa individuare, in ambito Cedu, un più generale diritto di accesso alla genitorialità, in caso di impossibilità medica, ma anche sociale di un individuo. Si pensi, in riferimento a quest'ultima ipotesi, alla fattispecie dell'adozione. Costante è la dichiarazione dei giudici di Strasburgo, secondo cui il diritto di adottare non è in sé tutelato e garantito dalla CEDU.¹¹⁹ Sulla base di ciò, infatti, in passato la Commissione europea dei Diritti Umani (l'organo previsto dalla Cedu prima della riforma attuata con il Protocollo n. 11) aveva affermato la propria incompetenza ad esercitare un sindacato sulle scelte dei singoli Paesi di prevedere dei requisiti soggettivi per l'accesso all'istituto giuridico in questione.¹²⁰ Sempre in materia di adozione, con altre pronunce, la Corte EDU ha dimostrato di voler più che altro monitorare che la disciplina statutale sull'argomento non presenti dei profili di discriminatorietà, ai sensi dell'art. 14 CEDU, con la tecnica cd. dei diritti addizionali. E quindi, se i giudici di Strasburgo non si sono fino ad ora mai “spinti” fino ad intaccare la discrezionalità degli ordinamenti interni, nel decidere di prevedere l'adozione solo per le coppie eterosessuali sposate, hanno, al contrario, giudicato discriminatorie quelle legislazioni che rendevano possibile l'adozione per i singoli, ma non per quelli con partner dello stesso sesso¹²¹, oppure che consentivano l'accesso a tale istituto alle coppie

¹¹⁸ Cfr. le pronunce *Evans c. UK*, del 10 aprile 2007, in www.europeanrights.eu; *E.B. c. Francia*, del 22 gennaio 2008. In www.articolo29.it; *V.C. c. Slovacchia*, 8 novembre 2011, in www.europeanrights.eu; *I.G. e altri c. Slovacchia*, del 13 novembre 2012, in www.europeanrights.eu.

¹¹⁹ Cfr. sul punto, *A.H. e altri c. Russia*, 17 gennaio 2017, ric. n. 6033/13; *Di Lazzaro c. Italia*, 10 luglio 1997, ric. N. 31924/96.

¹²⁰ V. Commissione Europea dei Diritti Umani, 10 luglio 1997, *Di Lazzaro c. Italia*, ric. n. 31924/96. Qui la Commissione aveva dichiarato inammissibile, per incompatibilità *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione, il ricorso di una donna nubile italiana che lamentava la violazione degli artt. 8 e 12 Cedu per l'impossibilità, nell'ordinamento italiano, di procedere all'adozione legittimante in qualità di persona *single*.

¹²¹ *E.B. c. Francia*, cit.

di fatto, non sposate, facendo però distinzione tra eterosessuali e omosessuali.¹²² Il ragionamento concerne, quindi, più un diritto a non essere discriminato, rispetto che un generale diritto a diventare genitore.

In merito, invece, all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la giurisprudenza Cedu ha registrato diverse oscillazioni e tendenze, alcune che possono far intendere una sussunzione del *right to procreate* all'art. 8 CEDU, altre meno. In senso positivo, cito l'interessante pronuncia *Dickson c. UK*¹²³, in cui i giudici di Strasburgo hanno ritenuto prevalente il diritto di un detenuto (che voleva sottoporsi con la moglie a tecniche di PMA) a diventare genitore genetico, rispetto agli altri interessi pubblici coinvolti (afflittività della pena o rischio di un impatto negativo dello stato di detenzione del genitore sul benessere del minore). Ancora, in *Costa e Pavan c. Italia*, la Corte ha affermato come rientrante nell'ambito dell'art. 8 CEDU anche “*le désir des requérants de procréer un enfant qui ne soit pas atteint par la maladie génétique dont ils sont porteurs sains et de recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée et au D.P.I.*”. Non solo quindi, si è citato “l'interesse a procreare”, ma si è compiuto un passo ulteriore, facendo riferimento al desiderio di avere un figlio sano.¹²⁴

Diversamente, un'oscillazione in senso opposto da parte dei giudici di Strasburgo, verso la negazione dell'esistenza nell'impianto Cedu di un diritto a procreare *ex se* considerato, è rappresentata da altre due interessanti pronunce¹²⁵: *S.H. c.*

¹²² *X e altri c. Austria*, 19 febbraio 2013, ric. n. 19101/07. Tale tecnica potrebbe essere utilizzata anche dalla Corte di Strasburgo, in caso di possibile ricorso ad essa per violazione dell'art. 14 CEDU della legge italiana 40/2004, nella parte in cui consente a coppie anche non sposate di accedere alle tecniche di PMA, ma effettua una distinzione sulla base dell'orientamento sessuale?

¹²³ Corte Edu, 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*, ric. n. 44362/04.

¹²⁴ Si noti, però, che nel decidere in tal senso, la Corte compie un ragionamento di “coerenza interna” dell'ordinamento italiano ed in particolare tra la legge 40/2004 e la legge 194/1978. In altre parole, non è certo che l'incompatibilità con l'articolo 8 CEDU, in questo caso, sia scaturita da una violazione del rispetto dovuto alla vita privata in ambito procreativo da parte del divieto legislativo (divieto assoluto, secondo l'interpretazione della Corte EDU, di diagnosi preimpianto) considerato *ex se*, ma probabilmente più in quanto posto in relazione sistematica con la legge 194 che consente, a parità di condizioni (al fine cioè di individuare eventuali condizioni del feto che mettano a rischio la salute o la vita della donna), la diagnosi prenatale e quindi l'eventuale interruzione volontaria di gravidanza. A commento della pronuncia v. anche A. Di Stefano, “Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto”, in *Osservatorio diritti umani*, 4, 2013, pp. 745-772.

¹²⁵ Vi sarebbero poi anche tutte le pronunce in tema di *surrogacy*, che però non intendo trattare unitamente a quelle concernenti le altre tecniche di PMA e di cui, in ogni caso, avrò modo di parlare ampiamente nel prosieguo.

Austria, del 1 aprile 2010, e *Evans c. UK*, del 10 aprile 2007. Nella prima, la più recente, la Corte EDU, pur ammettendo l'importanza di tutelare l'interesse di tutti gli individui a procreare e ad accedere alle tecniche di PMA, ha giudicato come non in contrasto con l'art. 8 CEDU la legislazione austriaca che non permetteva la donazione di gameti femminili, né in vivo, né in vitro, in quanto, *in primis*, ha ritenuto prevalente l'interesse dello Stato a garantire la certezza degli *status* familiari¹²⁶, *in secundis*, ha affermato che la mancanza di un ampio consenso sull'argomento tra gli Stati membri ha come conseguenza che, a quest'ultimi, debba essere riconosciuto un ampio margine di discrezionalità.¹²⁷

Ancora più significativa, a mio avviso, la sentenza *Evans c. Regno Unito*, in cui la Cedu ha ribadito la prevalenza del diritto a non procreare dell'uomo sul contrapposto preteso diritto della donna a vedere realizzato il suo desiderio di maternità.¹²⁸

Un riepilogo dei fatti. La signora Evans aveva intrapreso un trattamento per la procreazione medicalmente assistita cinque anni prima, insieme al marito. I test preliminari rivelarono che la ricorrente soffriva di un tumore alle ovaie; di conseguenza, furono estratti alcuni ovuli per la fecondazione e la donna si sottopose ad un intervento chirurgico per la rimozione delle ovaie. Le fu raccomandato di aspettare almeno due anni prima di procedere all'impianto degli ovuli fecondati.

Nel frattempo, la relazione si interruppe e la signora chiese di utilizzare gli embrioni anche senza il consenso dell'ex partner, seppure tale operazione non fosse più legalmente possibile ai sensi dello *Human Fertilisation and Embriology Act* (1990). La ricorrente agì di fronte ai giudici nazionali chiedendo l'emanazione di un ordine a carico dell'ex compagno, affinché questi acconsentisse al trapianto degli embrioni formati anche con il suo materiale genetico, tuttavia senza successo. Successivamente, la signora ricorse di fronte alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione della sua vita privata da parte del Regno Unito, poiché tale rifiuto, di fatto, le aveva precluso la

¹²⁶ Principalmente dal lato materno, considerando che la stessa legge austriaca permetteva di effettuare donazioni in vivo di gameti maschili.

¹²⁷ Sull'incidenza della mancanza del consenso sulle decisioni della Corte, v. tra gli altri, K. Dzehtsiarou, "Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights", in *Public Law*, 2, 2011, p. 534.

¹²⁸ Il caso di Natallie Evans è interessante perché nelle motivazioni che hanno portato alla decisione rientrano due temi centrali delle normative sulla procreazione assistita in generale e in particolare della legge 40/2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita): lo statuto dell'embrione (o del concepito) e la revocabilità del consenso a procedere all'impianto degli embrioni prodotti

realizzazione del desiderio di diventare madre, violando quindi l'art. 8 CEDU. Tale violazione sarebbe venuta in considerazione rispetto alla possibile esistenza di un'obbligazione a carico dello Stato di assicurare a una donna, che abbia intrapreso un percorso di riproduzione artificiale, con l'obiettivo specifico di dare alla luce un figlio geneticamente a lei collegato, di procedere comunque all'impianto degli embrioni, anche senza il consenso del suo ex partner, nonostante questi fosse il fornitore dei gameti maschili. In merito a questo caso la Corte di Strasburgo si pronunciò, prima, con la sentenza della IV Sezione del 7 marzo 2006 e, su ricorso dello Stato resistente, con quella della Grande Camera del 10 aprile 2007.

Nella decisione del 2006 la Corte affermò l'applicabilità dell'art. 8 CEDU, rinviando la soluzione della questione agli Stati aderenti e valorizzando al massimo il principio del margine di apprezzamento in ambito bioetico. La IV Sezione sottolineò la necessità di assicurare uno spazio indispensabile per consentire la revoca del consenso dell'altro genitore al progetto di fecondazione artificiale prima dell'impianto degli embrioni stessi nell'utero materno, di conseguenza la legislazione inglese in materia aveva garantito un equo bilanciamento alla luce dell'art. 8 CEDU non eccedendo l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati.

La questione venne nuovamente affrontata dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo dove i giudici osservarono che la doglianza della ricorrente non riguardasse la possibilità della medesima di diventare comunque madre, poiché tale opzione le era consentita dall'ordinamento inglese attraverso l'istituto dell'adozione o attraverso la formazione di embrioni con donazione di gameti altrui. Le rimostranze della signora Evans concernevano specificamente l'interdizione ad utilizzare gli embrioni già formati con i suoi gameti, visto che, perduta la possibilità di produrne altri, rischiava di non realizzare il suo desiderio di diventare un "genitore genetico".

Di fronte a tali questioni, anche la Grande Camera condivise la posizione del Governo inglese secondo cui, nel caso in esame, gli interessi coinvolti non erano soltanto quelli dei due aspiranti genitori e della possibilità di confermare ovvero revocare il loro consenso, ma questi dovevano essere bilanciati con gli interessi inerenti il figlio, che avrebbe potuto nascere dall'intervento di fecondazione assistita, l'equità di trattamento tra le parti, la chiarezza e la certezza delle relazioni tra i partner che accedono a siffatte procedure riproduttive. Tra tutti questi interessi, la Grande Camera

sottolineò l'importanza del principio della tutela del consenso promuovendone la certezza e chiarezza legale, confermando pertanto l'esigenza di un ampio margine di apprezzamento in un ambito del diritto in cui non vi è consenso condiviso tra gli Stati aderenti alla CEDU.

Decisione, senza dubbio, significativa, considerato anche che, come già accennato, alla ricorrente era stato diagnosticato un cancro ovarico, che aveva determinato l'asportazione di entrambe le ovaie. L'impianto degli embrioni precedentemente prodotti, quindi, sarebbe stata l'ultima *chance* per avere dei figli ad essa geneticamente legati.¹²⁹

Ancora in tema di *right to procreate*, pare interessante segnalare (nonostante il presente progetto di ricerca non abbia intenti comparatistici) una pronuncia che ha interessato proprio il Regno Unito, nel periodo in cui si scrive. Si tratta della sentenza della Corte Suprema inglese *UK - Supreme Court: Whittington Hospital NHS Trust (Appellant) v XX (Respondent)*.¹³⁰

¹²⁹ Interessante notare come, in senso diametralmente opposto, vi era stata una pronuncia della Corte Suprema israeliana. Il caso Nachmani. Esso si concluse nel settembre del 1996, con una decisione presa "a sezioni unite", ovvero nella composizione più nobile della Corte, quella ad 11 membri, che, capovolgendo il giudizio precedentemente emesso dalla stessa Corte nella sua formazione ordinaria, a 5 membri, accordò alla sig.ra Nachmani la custodia degli embrioni prodotti in soprannumero e criocongelati, nonostante la ferma contraria volontà del marito. Proprio il fatto che gli embrioni oggetto della lite rappresentassero per la sig.ra Nachmani l'unica residua possibilità di avere figli geneticamente correlati a sé fu l'elemento determinante ai fini della decisione.

Con riferimento alla Corte Edu, tuttavia, pare utile compiere una precisazione circa il *modus operandi* della stessa nel momento in cui è chiamata a pronunciarsi circa la compatibilità di una decisione/atto di uno degli Stati membri con l'art. 8 CEDU. Infatti, i giudici di Strasburgo seguono una valutazione composta di due fasi: la prima è volta a stabilire se i fatti di causa rientrano nella nozione di vita privata e/o familiare, e quindi concerne l'applicabilità dell'art. 8 al caso di specie (nel caso *Evans*, la Corte afferma che la nozione di vita privata e familiare, protetta dall'art. 8, include il diritto al rispetto della decisione di diventare o di non diventare genitore), nella seconda fase, invece, la Corte verifica se l'ingerenza statale nel diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti è prevista dalla legge, persegue un fine legittimo, e supera il cosiddetto giudizio di proporzionalità. Se si prende in considerazione la decisione nel caso *Evans*, alla luce della distinzione tra le due fasi, si può quindi affermare che la Corte riconosce un diritto al rispetto della decisione di diventare genitore come facente parte del diritto al rispetto della vita privata e familiare, ma, nella seconda fase del suo giudizio, ritiene che questo diritto debba essere bilanciato con il diritto dell'ex partner a non diventare padre e con l'interesse pubblico alla certezza giuridica e che, ad esito di questo bilanciamento, l'interesse pubblico e quello dell'ex partner debbano prevalere.

¹³⁰ *UK - Supreme Court: Whittington Hospital NHS Trust (Appellant) v XX (Respondent)*, 1 aprile 2020, rinvenibile in www.biodiritto.it

La vicenda vede al centro una donna inglese, la quale, in seguito ad una serie di errate diagnosi da parte del *Whittington Hospital*, aveva contratto un tumore della cervice uterina che l'aveva lasciata incapace di procreare. Nel dicembre 2018, la *Court of Appeal* inglese le aveva garantito il rimborso delle spese da sostenersi per una maternità surrogata in California, in qualità di risarcimento dei danni causati dal comportamento negligente dell'ospedale. In data 1 aprile 2020, la *Supreme Court* ha confermato quanto precedentemente statuito.

Nel caso di specie, i giudici inglesi hanno sottolineato quanto complicata e incerta fosse la regolazione della maternità surrogata nel Regno Unito, che non fornisce alcune certezze alla coppia “committente”. Ciò soprattutto alla luce del fatto che, a parere dell'Organo giudicante, gli accordi di surrogazione sono in *UK* non vincolanti e non opponibili. Per tale motivo, la Corte ha ritenuto ragionevole che la convenuta abbia deciso di recarsi in California per dare vita al proprio progetto procreativo («*In the circumstances, it is scarcely surprising that the claimant's clear preference is for a commercial surrogacy arrangement in California*»); nonostante tale Paese abbia, come è noto, un approccio differente rispetto a quello inglese, in tema di *surrogacy*. Il *right to procreate* della donna, quindi, è stato posto indubbiamente al centro della decisione della *Supreme Court*.

II

La gestazione e il parto

1. Il principio del *mater semper certa est*

1.2 L'applicazione dell'antico brocardo nel tempo

“L’evidenza” che contraddistingue la maternità è la ragione per cui, secondo il giurista Harry Willekens “[...] *The rules determining the maternal status do not have a history*”. A conferma di quanto sostenuto nel contesto menzionato, si può affermare che la maggior parte degli ordinamenti giuridici europei non dispongono di norme scritte sul punto, probabilmente in quanto non si è mai sentita la necessità di procedere in tal senso. In qualche caso, come in Belgio e in Germania, il detto bisogno è emerso in seguito a, rispettivamente, riforme normative sulla filiazione ovvero come “reazioni” a nuovi sviluppi tecnico-scientifici.¹³¹

¹³¹ H. Willekens “*Motherhood as a Legal Institution: A Historical- Sociological Introduction*”, in H. Willekens, K. Scheiwe, T. Richarz (eds.), *Motherhood and the Law*, Universitätsverlag Gottingen, 2019, p. 29. Questo perché, per citare nuovamente l’autore, “[...] *it would appear that the basic rule for assigning the legal status of motherhood has always and everywhere been the same: mater semper certa est, the mother is the woman who has given birth to the child*”. Pur non avendo intenti comparatistici, pare, tuttavia, interessante fare riferimento al “caso tedesco”. In Germania, invero, il legislatore del 1998 ha introdotto per la prima volta nel codice civile del 1990 una definizione di madre (*Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrecht; Draft Bill of the German Parliament, Bundestags 13/4899*, pp. 51-52 e 82). Tale innovazione ha trovato giustificazione nella nuova possibilità, per l’ordinamento

La certezza della madre è il *focus* del principio del *mater semper certa est*, il quale ha una tradizione plurisecolare, trova fondamento nel diritto romano ed, in particolare, è estratto dalla massima latina del giustiniano Paolo, contenuta nel libro IV del Digesto: “*quia [mater] semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*”.¹³²

La *regola iuris*, che pone in antitesi la naturalezza e l’evidenza della maternità con la “costruzione” della paternità, ha costituito per secoli un punto di riferimento nella mentalità giuridica romanistica e poi occidentale: la maternità è un dato naturale, di cui non si può far altro che prendere atto. Con il *mater semper certa est*, infatti, non si faceva altro che dar voce ad uno stato di fatto, alla natura delle cose.

Le ragioni per cui la *regola iuris* continua ad essere attuale e al centro di non pochi dibattiti dottrinari e giurisprudenziali sono, tuttavia, ormai note e si concentrano essenzialmente nel processo, in atto da un discreto numero di anni, di progressivo sgretolamento delle certezze intorno all’identità della madre, in conseguenza (soprattutto) della diffusione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita¹³³ e in particolare del fenomeno della *surrogacy*. Nelle fattispecie di maternità surrogata, infatti, si può arrivare ad avere fino a tre “madri”.

L’antico brocardo è stato, negli anni, richiamato innumerevoli volte, in svariati contesti e da rappresentanti di mondi e bagagli culturali e morali oltremodo differenti, a tal punto da risultare, talvolta, ridondante e svuotato di significato. Viene, infatti, richiamato dalle giuriste femministe¹³⁴ contrarie alla maternità surrogata per ragioni che, nella maggior parte dei casi, attengono ad una visione di genere dell’esperienza materna e sulla base delle teorie del femminismo giuridico sopra esposte, ma anche, per esempio, dal mondo cattolico o da correnti politiche di

giuridico tedesco, di donazione di ovuli, fino a quel momento proibita. Il detto mutamento ha fatto sentire l’esigenza di specificare “per iscritto”, che solo la donna che partorisce è madre, mentre la donatrice non gode di alcuna posizione legalmente riconosciuta rispetto al/alla nascituro/a.

¹³² D. 2, 4, 5, Paulus *libro quarto ad edictum*.

¹³³ Una interessante ricostruzione delle principali tappe in riferimento alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è offerta, da un punto di vista scientifico, dalla biologa e ricercatrice M. Baiocchi, *In utero. La scienza e i nuovi modi di diventare madre*, Sonzogno, 2018.

¹³⁴ Vedi, per esempio, le ampie riflessioni di S. Niccolai, “Diamo alla maternità quel che le spetta”, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità: i nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, 2017, pp. 191 ss.

destra, che intendono contrastare la *surrogacy*, in quanto interpretata come “scorciatoia” per l’accesso alla genitorialità da parte delle coppie omosessuali

La dimensione biologica¹³⁵ della maternità è rappresentata certamente dalla gestazione e dal parto.¹³⁶

Come si nota, il parto e la gestazione¹³⁷ non sono citati nella massima giustiniana¹³⁸, tuttavia, sono ovviamente i suddetti eventi ad essere posti alla base di quella certezza e naturalezza, di cui i giuristi romani prendono atto, in riferimento alla maternità e che contrappongono quest’ultima alla paternità. E ciò, perché si nasce da un corpo di donna, non c’è nascita senza la gestazione¹³⁹ e il parto e di questo l’umanità intera è consapevole, fin dalle origini.

In generale oggi, la centralità del periodo gestazionale e del parto, nella costruzione della figura materna, pare ancora piuttosto evidente, nonostante, al

¹³⁵ Con biologico si intende solo il legame dato dalla gestazione e dal parto e non anche il legame genetico (utilizzo del proprio gamete), come si vedrà più ampiamente nel prosieguo della trattazione. .

¹³⁶ Vi sono poi casi “estremi” di dissociazione tra fenomeno procreativo e corpo della donna. Uno di questi è, senza dubbio, quello del cd. utero artificiale. Il primo utero umano artificiale è stato realizzato nel 2002 da un gruppo di ricercatori del Centro di Medicina Riproduttiva della Cornell University, i quali, sotto la supervisione della dottoressa Hung-Ching Liu, erano riusciti a far crescere un embrione al suo interno per sette giorni. Oggi, un modo per far sviluppare totalmente un embrione umano al di fuori del corpo materno è ancora non praticabile. Per completezza, tuttavia, si segnala che all’Università tecnica di Heindoven si sta lavorando ad un utero artificiale, o meglio un supporto vitale perinatale, pensato per far sopravvivere i neonati prematuri anche prima della ventiduesima settimana di vita. I ricercatori olandesi si sono posti una *deadline* per raggiungere tale obiettivo (cinque anni), grazie ad un finanziamento da tre milioni di euro ricevuto dall’Unione Europea.

¹³⁷ Si intende per gestazione il periodo che va dalla formazione dell’embrione alla nascita del/della bambino/a.

¹³⁸ Tra le altre cose, il diritto romano conosceva ipotesi in cui la procreazione aveva luogo senza parto naturale. Per esempio, quando dalla madre deceduta si estraeva il figlio *exsecto ventre*. Tuttavia, benché la mancanza dell’evento parto potesse rilevare giuridicamente, connotando in maniera specifica la posizione del cd. “nonnatus”, ciò non incideva sull’identità della madre. Cfr. sul punto M. Rizzuti, “*Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze “naturali” allo scenario della “agenitorialità”*”, in *Maternità, filiazione, genitorialità* (a cura di) S. Niccolai, E. Olivito, Jovene Editore, 2017.

¹³⁹ Anche rispetto a questo punto, tuttavia, le certezze iniziano a “vacillare”, almeno da un punto di vista medico-scientifico. Si vedano, per esempio, i sempre più “invadenti” tentativi di creazione di uteri artificiali G. Belardelli, “A un passo dall’utero artificiale. L’UE stanZIA 2,9 milioni di euro per uno studio olandese”

https://www.huffingtonpost.it/entry/utero-artificiale_it_5d9c99f4e4b099389806dcda#:~:text=Per%20dare%20a%20bambini%20gravemente,2%2C9%20milioni%20di%20euro.

contrario, la necessaria discendenza da un corpo femminile comincia a divenire, tutt'altro che incontestabile.¹⁴⁰

Infatti, il parto rappresenta uno dei capitoli importanti della storia delle donne. Esso, in quanto emblema della capacità riproduttiva del genere femminile, è stato da sempre oggetto di attenzione. Soprattutto a partire dal XVIII secolo, il parto e la nascita diventano affari pubblici e politici sui quali si concentrano l'attenzione di uomini di governo, medici, scienziati, filosofi.¹⁴¹ La trasformazione muove innanzitutto da un'idea di Stato che si afferma con l'Illuminismo: quella di un "corpo sociale", la cui stabilità e prestigio internazionale sono correlati al numero di abitanti. Inoltre, fin da tempi remoti si individuano non pochi tentativi di porre tale esperienza riproduttiva in un piano subordinato, esaltando contributi ulteriori e diversi provenienti dall'uomo: dal "parto delle idee", all'esaltazione dell'apporto genetico nel processo della fecondazione.¹⁴²

¹⁴⁰ Il riferimento è nuovamente al recente caso deciso dalla *Family Division* della *High Court* inglese il 25 settembre 2019, cui si è fatto cenno anche nell'introduzione. In quell'occasione, i giudici hanno rigettato la richiesta di un uomo *transgender*, che aveva portato avanti una gravidanza e partorito un figlio, di essere registrato come padre nei certificati di nascita (ovvero, in subordine, *parent* o *gestational parent*), in quanto, secondo la Corte d'oltremarica, non è il genere a definire la maternità (che quindi non coincide più, sempre, con "donna"), bensì l'esperienza procreativa della gestazione e del parto. La decisione dell'*High Court* è stata confermata in secondo grado dalla *Court of Appeal* (*R. (McConnell and YY) v Registrar General [2020] EWCA Civ 559*, 29 aprile 2020) e il ricorrente/appellante ha già dichiarato di voler ricorrere alla *Supreme Court* (R. Booth, "Transgender man loses appeal court battle to be registered as father", *The Guardian* 29 aprile 2020 <https://www.theguardian.com/society/2020/apr/29/transgender-man-loses-appeal-court-battle-registered-father-freddy-mcconnell>).

¹⁴¹ Celebre il riferimento ai "bambini di Stato" e allo "Stato che partorisce i bambini" di T. Bernhard in "Antichi maestri", trad. it di A. Ruchat, Adelphi, Milano, 1992, p.40. Così come la citazione di Giovanni Pietro Frank, contenuta nel testo di Nadia Maria Filippini, *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, Viella, 2017. Qui l'Autrice riporta quanto detto da Frank, fondatore della "polizia medica", settore governativo appositamente istituito nel '700, per controllare la "questione demografica": "La donna gravida non è più la semplice moglie del cittadino, ma in un certo modo proprietà dello Stato".

¹⁴² Un'approfondita analisi dell'argomento ci è fornita da N. M. Filippini, *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, Viella, 2017. Qui l'Autrice passa in rassegna tutti i tentativi posti in essere dall'uomo, in un lasso di tempo che va dal mondo antico all'età contemporanea, con l'obiettivo di "impossessarsi" della capacità generativa delle donne e di sottovalutare l'assunto secondo il quale non vi è nascita senza la gravidanza e il parto. Si analizza quindi la rappresentazione della nascita nella religione Cristiana e la "cancellazione" del parto della Vergine Maria, ed ancora il tentativo della cultura greca di contrapporre alla capacità della donna di partorire con il corpo, la speculare idoneità dell'uomo di "partorire con la mente", nell'ambito di una rappresentazione di genere che assimila il "procreare" con il "creare". Viene poi esaminata tutta la tradizione mitologica, in cui gli eroi e gli dei non vengono al mondo "in via ordinaria". Si pensi alla rappresentazione del "parto" di Zeus, dalla cui testa nasce Atena.

In ogni caso, il *mater semper certa est*, secondo alcune giuriste¹⁴³ significa semplicemente che davanti al fatto naturale del parto, ogni manipolazione dell'identità del nato¹⁴⁴ è preclusa; naturale sta per “anteriore” e indisponibile ai dispositivi sociali. Il *mater semper certa est* rappresenta la garanzia per ogni essere umano che viene al mondo di detenere un'identità, fin dal principio o, per dirla con le parole di Silvia Niccolai, il suddetto principio “ci dice che nell'atto in cui nasciamo siamo qualcuno (il figlio o la figlia di lei). Il parto definisce lo *status* del nato come figlio della donna che lo ha partorito”.¹⁴⁵ Non solo, parte della dottrina sostiene che il *mater semper certa est* debba anche essere inteso come una garanzia contro le pretese maschili di rivendicare i figli come propri, in quanto, dinanzi all'evidenza della maternità (data della gestazione e dal parto), ogni tentativo di appropriazione risulterebbe vano.¹⁴⁶

2. Madre è, *soprattutto*, colei che partorisce?

2.1 La disciplina della ricerca delle origini nel caso della madre partorienti rimasta anonima: *madre è anche chi rifiuta la genitorialità sociale*

2.1.1. Premessa

Un indice della centralità della dimensione biologica (gestazione e parto), ai fini dell'individuazione della figura materna lo si trova, indirettamente, nella disciplina del parto anonimo, soprattutto come modificata in seguito all'intervento della Corte Costituzionale del 2013

Si potrebbe, infatti, ritenere che l'eccezione storicamente più risalente alla regola dell'attribuzione della maternità sulla base del dato biologico sia quella del parto anonimo¹⁴⁷, in realtà vi sono elementi che depongono in senso contrario.

¹⁴³ S. Niccolai, “Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia”, in *Genius*, 2017, p. 56; Cfr., tra le altre, S. Niccolai, “Diamo alla maternità quel che le spetta”, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene Editore, 2017, p. 197.

¹⁴⁴ Il *focus*, dunque, è la tutela dell'identità del nato.

¹⁴⁵ S. Niccolai, “Diamo alla maternità quel che le aspetta”, op. cit..

¹⁴⁶ V., tra gli altri, I. Corti, *Maternità per sostituzione*, Giuffrè, 2000.

¹⁴⁷ C'è anche chi si è interrogato sulla possibilità che una donna, inequivocabilmente madre biologica, possa rinunciare alla “sua maternità” cfr. M. Freeman, A. Margaria, “*Who and What is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty*”, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2012, p. 154. In senso negativo hanno risposto molti Paesi del *common law*, uno fra tutti l'Inghilterra che non prevede nel proprio

In prima battuta, un richiamo va fatto alla terminologia usata dal Legislatore. Invero, lo stesso, espressamente, qualifica come *madre* anche colei che rifiuta la maternità sociale, nell'ambito della disciplina normativa del parto anonimo (art. 30 D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 e art. 93, comma due, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 t.u. *privacy*). Non si tratta di un aspetto di poco conto, per i fini che qui interessano, in quanto è pacifico che le scelte terminologiche non sono mai neutre, ma attengono ad un giudizio di valore o a scelte di politica legislativa. Osservazioni analoghe possono essere fatte sulle sfumature terminologiche utilizzate quando si tratta del tema della maternità surrogata.¹⁴⁸

Ma è soprattutto il cambio di rotta rappresentato dall'anzidetto intervento della Corte Costituzionale (che fa seguito alla celebre sentenza *Cedu Godelli c. Italia*)¹⁴⁹ a confermare la centralità della disciplina del parto anonimo nel discorso circa la rilevanza della dimensione biologica nella ricostruzione della figura materna, nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano.

2.1.2 Origine storia e disciplina normativa del parto anonimo (cenni)

La trattazione non può prescindere da brevi cenni sulle origini storiche e sulla disciplina normativa del parto anonimo in Italia.

La facoltà della partoriente di non essere nominata nell'atto di nascita risale alla prima normazione unitaria dello stato civile, il r.d. 9 luglio 1939, n. 1238, dal cui art. 73 ai sensi del quale "in caso di unione illegittima" i riferimenti alle generalità dei genitori biologici dovevano essere fatte "soltanto per il genitore o i genitori che personalmente rendevano la dichiarazione di nascita o che avevano fatto constare per

ordinamento la possibilità per la donna di partorire in anonimato. Soluzione opposta è quella adottata dalla Francia con il suo *accouchement sous X* cfr. sul punto M. Freeman, A. Margaria, "*Who and What is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty*", op. cit., pp. 158 ss..

¹⁴⁸ Si veda, sul punto, le osservazioni di J. Long, "(Ri?)pensare la maternità", in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, op. cit., p. 138. L'autrice fa riferimento alla necessità di non espungere il riferimento alla <maternità> nella trattazione del tema della maternità, utilizzando espressioni come, per esempio, "gestazione per altri".

¹⁴⁹ Corte Europea dei Diritti Umani, 25 settembre 2012, Caso *Godelli c. Italia*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2013, 2, p. 110 ss. con nota di J. Long, "La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata"; in *Minorigiustizia*, 2013, con nota di P. Pazé, "Le informazioni delle origini ai genitori adottivi", p. 188 ss., e di A. Margaria, "Parto anonimo e accesso alle origini: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna la legge italiana", 340 ss..

atto pubblico del proprio consenso ad essere nominati”, si deduceva sul piano della prassi la possibilità per la donna, nubile o coniugata, di non essere menzionata nell’atto di nascita.¹⁵⁰

Il divieto di accesso ai dati identificativi della donna che aveva partorito nell’anonimato veniva, inoltre, assicurato dall’art. 9, comma 4, r.d.l. 8 maggio 1927, n. 798 (“Norme sull’assistenza degli illegittimi, abbandonati o esposti all’abbandono”)¹⁵¹, che poneva, a carico della direzione sanitaria degli istituti di assistenza all’infanzia, il divieto, penalmente sanzionato, di rivelare l’esito delle indagini compiute per accertare la maternità degli «illegittimi» ivi ricoverati, intesi genericamente come figli di “donna sconosciuta”.¹⁵²

La prassi che la disposizione codificava era, comunque, assai risalente. Nota è, per esempio, l’esposizione dei neonati fin dall’epoca greca e romana. Invero, al fine di evitare gli infanticidi era stata in quell’epoca introdotta la possibilità di cedere, a titolo di corrispettivo, i propri figli. La fonte normativa di tale prassi era una *lex regia* attribuita a Romolo. La legislazione di Costantino aveva poi riconosciuto la validità del negozio di “alienazione dei neonati”¹⁵³. Sono poi certamente note le ruote degli esposti¹⁵⁴, le quali si diffusero al medesimo scopo di

¹⁵⁰ Cfr. S. Stefanelli, *Il parto anonimo. Profili giuridici e psico-sociali dopo la declaratoria di incostituzionalità*, Artetetra Edizioni, 2015, pp. 15 e ss.

¹⁵¹ Convertito dalla L. 6 dicembre 1928, n. 2838 e dalla L. 10 dicembre 1925, n. 2277, recante "Norme sull'assistenza degli illegittimi, abbandonati o esposti all'abbandono", e pubblicato in G.U., 10 giugno 1927, n. 126.

¹⁵² Partorire in anonimato significava, a quel tempo, proteggere la gestante dallo scandalo e dall’onta di un concepimento e, quindi, di una sessualità fuori dal matrimonio o in violazione del legame coniugale, cui poteva accompagnarsi una situazione di indigenza o di isolamento, nel periodo della gravidanza e/o durante il parto cfr. S. Stefanelli, *Il parto anonimo. Profili giuridici e psico-sociali dopo la declaratoria di incostituzionalità*, op. cit., pp. 17; A. Mendola, “Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all’anonimato materno”, in *Famiglia e Diritto*, 2021, 2, 163.

¹⁵³ Cfr. sul punto C. Lorenzi, *Si quis a sanguinem infantem compraverit*, ISEG, Perugia – Roma, 2003, p. 29; S. Stefanelli, *Il parto anonimo. Profilo giuridici e psico-sociali dopo la declaratoria di incostituzionalità*, Artetetra edizioni, 2015, p. 15 e ss.; C. Bellocchio Brambilla, *Nascere senza venire alla luce. Storia dell’Istituto per l’infanzia abbandonata della provincia di Torino 1867-1981*, Franco Angeli, 2010, p. 33.

¹⁵⁴ La prima ruota degli esposti comparve in Italia nel 1178 per volere di Papa Innocenzo III che, colpito dall’ingente crescita di infanticidi, istituì la ruota degli esposti presso l’Ospedale di Santo Spirito in Sassia (cfr. P. Giordano, *La Rota degli esposti*, Altrastampa, 2004; E. Milanese, “La Ruota degli innocenti o storia degli esposti. Quando i figli non sono desiderati: un modo per dar loro un’ultima possibilità di sopravvivenza”, consultabile qui http://www.storico.org/storia_societa/ruota_innocenti.html; C. Bellocchio Brambilla, *Nascere senza venire alla luce. Storia dell’Istituto per l’infanzia abbandonata della provincia di Torino 1867-1981*, Franco Angeli, Torino, 2010, p. 36.).

pervenire ad un “abbandono protetto” dei bambini, presso conventi o brefotrofi ed evitare, in questo modo, infanticidi o, comunque, scelte rischiose per la salute della gestante e/o del nascituro.

Storicamente, l’abbandono dei neonati non era legato tanto a ragioni economiche, quanto piuttosto a motivi di onore, sia da parte di donne nubili, che di donne sposate, per occultare nascite “illegittime” considerate disdicevoli ed infamanti.¹⁵⁵

Oggi, nell’ordinamento italiano, la disciplina circa la facoltà della donna di partorire in anonimato è principalmente riservata all’art. 30 del d.p.r. 396 del 2000 (Ordinamento dello stato civile), ove al primo comma si legge che: “La dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l’eventuale volontà della madre di non essere nominata”.¹⁵⁶

Vi sono poi altri riferimenti normativi che, facendo cenno alla facoltà della donna di non essere nominata, rinviano espressamente all’anzidetto art. 30 d.p.r. 396/2000. Tra questi, l’art. 93, secondo comma, del d.lgs. 2003, n. 196 (codice *privacy*), ai sensi del quale “il certificato di assistenza al parto¹⁵⁷ o la cartella clinica,

Recentemente si è nuovamente sentito parlare di “ruote degli esposti” in una versione “aggiornata”, parliamo di proposte provenienti da determinate correnti politiche, che, in questo modo, cercano anche di diminuire il ricorso all’IVG (si veda per esempio la proposta del senatore leghista Simone Pillon, di cui si è dato conto qui “La ruota degli esposti torna a salvare i bebé: una in ogni città”, https://www.ilmessaggero.it/pay/edicola/ruota_esposti_citta-4100699.html). Sul ritorno delle “ruote degli esposti” nel mondo cfr. anche F. Gigliotti, “Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)”, in *Europa e Diritto Privato*, 3, 2017, p. 12.

¹⁵⁵ G. Casaburi, “Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini”, in *Foro it.*, I, 8 ss. ; E. Bolondi, “Il diritto della partoriente all’anonimato: l’ordinamento italiano nel contesto europeo”, in *Nuova giur. Civ.*, 2009, II, p. 283 ss.; B. Cecchini, “La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo <istituto> dell’interpello”, in *Nuova giur. Civ.*, 2017, 9, 1288.

¹⁵⁶ Cfr. sul punto C. Granelli, “Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti”, in *Persona e Mercato*, 2017, 1, 48 ss.; A. Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Giappichelli, 2008; E. Bolondi, “Il diritto della partoriente all’anonimato: l’ordinamento italiano nel contesto europeo”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 2, 281 ss. V. anche Cass. n. 19824/2020, in *Corr. giur.*, 2020, 12, 1474, con commento di M. N. Bugetti.

¹⁵⁷ Il certificato di assistenza al parto accompagna la dichiarazione di nascita ai sensi dell’art. 30, comma 2, ord. stat. civ. In caso di partoriente anonima, nel certificato di assistenza al parto l’attestazione delle generalità della puerpera è sostituita dal codice <999>, ai sensi del D.M. Sanità 349/2001. Secondo il medesimo decreto, tuttavia, deve essere comunque assicurato un raccordo tra il certificato di assistenza al parto privo dei dati idonei ad identificare la donna che non consente di essere nominata e la cartella

ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la donna che abbia dichiarato di non voler essere nominata [...] possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse [...] decorsi cento anni dalla formazione del documento”. Ancora ai sensi del Codice *privacy*, durante il predetto termine secolare “la richiesta di accesso al certificato o alla cartella può essere accolta relativamente ai dati relativi alla madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, osservando le opportune cautele per evitare che quest’ultima sia identificata (art. 93, comma 3, t.u. *privacy*). Prima del decorrere del termine secolare, quindi, il soggetto non riconosciuto alla nascita *latere matris* potrà richiedere l’esibizione delle sole informazioni non identificanti la genitrice, quali, per esempio, condizioni di salute materne, circostanze del parto ed eventuali patologie anche familiari dichiarate dalla partoriente.

Come sostenuto da taluno¹⁵⁸, l’anonimato influisce sulla condizione esistenziale-giuridica del nato non solo in riferimento alla definizione dello *status*, e quindi “agli albori della vita”, ma nel corso di tutta l’esistenza sotto il profilo della conoscenza delle origini, secondo quanto disposto dall’anzidetto art. 93, comma due, d.lgs. 196/2003 e dall’art. 28, comma sette, l. 184/1983. Quest’ultima norma, invero, rappresentava (prima della dichiarazione di parziale incostituzionalità sancita dalla sentenza della Corte Cost. 263/2013), l’unica eccezione al generale processo di “sgretolamento” del segreto circa la conoscenza delle proprie origini biologiche avviato dalla legge 28 marzo 2001, n. 149.

Prima di approfondire tale aspetto, centrale per quel che qui interessa, del rapporto tra anonimato materno e ricerca delle origini, altra disposizione della legge 184/1983, che si richiama alla facoltà della donna di non essere nominata è l’art. 11. La detta norma prevede una semplificazione nell’accertamento del presupposto dello stato di abbandono ed è specificatamente riferita alla filiazione fuori dal matrimonio, come si deduce dal presupposto dell’inesistenza di “genitori che abbiano riconosciuto il minore o la cui paternità o maternità sia stata dichiarata giudizialmente”. In tale fattispecie, il tribunale per i minorenni deve dichiarare

clinica custodita presso il luogo dove è avvenuto il parto, riacordo che consente quindi di individuare anche in un momento successivo la generalità della madre biologica.

¹⁵⁸ C. Rusconi, “La legge tedesca sulla *Vertrauliche Geburt*. Al crocevia tra accertamento della maternità, parto anonimo e adozione”, in *Europa e Diritto Privato*, 4, 2018, p. 6.

“immediatamente”¹⁵⁹ l’adottabilità, salvo che vi sia una richiesta di sospensione al fine del riconoscimento da parte di chi si afferma genitore e abbia nel frattempo costituito un rapporto con il figlio. La richiesta di sospensione non è come tale sottoposta a termine; lo è invece il riconoscimento che deve avvenire entro due mesi dall’istanza di sospensione e, comunque, entro “la dichiarazione di adottabilità e l’affidamento preadottivo” (art. 11, ult. co. l. 184/1983). Oltre a ciò, il comma sei dell’art. 11 l. adoz. prevede che il tribunale per i minorenni debba necessariamente informare i presunti genitori delle facoltà di chiedere la sospensione del procedimento di adozione.

Nell’analisi della rilevanza della gestazione e del parto, al fine della identificazione della figura materna, è interessante, in relazione all’art. 11 l. adoz., accennare al tema del “diritto al ripensamento” della partoriente. Ci si trova, ora, nell’ambito della disciplina dell’istituto dell’adozione, tuttavia, la questione del ripensamento potrebbe essere estendibile anche alle fattispecie di maternità surrogata. Ciò che accomuna le due fattispecie è la centralità della madre di parto (e quindi dell’indice biologico) anche in ipotesi di un (iniziale) rifiuto all’assunzione della maternità sociale.

2.1.3 Le novità introdotte dopo l’intervento della Corte Europea dei diritti umani e della Corte Costituzionale

Come è stato già accennato, il tema del parto anonimo e della facoltà della donna di non essere nominata rileva per il tema oggetto del presente capitolo, soprattutto in seguito al “cambio di rotta” intrapreso dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 278 del 22 novembre 2013.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Secondo C. Rusconi, “La legge tedesca sulla *Vertrauliche Geburt*. Al crocevia tra accertamento della maternità, parto anonimo e adozione”, op. cit., p. 9 tale previsione si pone in contrasto con alcune fonti di diritto internazionale ed, in particolare con la Convenzione europea sull’adozione di minori del 1967 (ratificata con la l. 22 maggio 1974, n. 357) che all’art. 5, comma 4 prevede: « Il consenso della madre all’adozione del figlio non potrà essere accettato che dopo la nascita di questi, allo spirare del termine prescritto dalla legge e che non dovrà essere inferiore a 6 settimane o, ove non sia specificato un termine, nel momento in cui, a giudizio dell’autorità competente, la madre si sarà sufficientemente ristabilita dalle conseguenze del parto ». La regola è stata ripresa nella nuova versione della Convenzione (art. 5, comma 5), risalente al 27-novembre 2008, la quale non è stata però sottoscritta dall’Italia.

¹⁶⁰ Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 1, 15 ss., con nota di V. Carbone, “Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all’anonimato materno”.

Prima dell'anzidetto intervento, il processo di "sgretolamento" del segreto sulle origini per gli adottati, avviato soprattutto a partire dalla legge 149 del 2001¹⁶¹ escludeva, quasi totalmente, i figli non riconosciuti alla nascita *ex latere matris*. La revisione dell'art. 28 l. adoz. operata nel 2001, infatti, ha introdotto per la prima volta, sul piano del diritto positivo interno, il diritto dell'adottato di ottenere informazioni concernenti le proprie origini.¹⁶² Tuttavia, tale innovazione lasciava fuori i nati da madre che aveva dichiarato alla nascita di non voler essere nominata e nessun meccanismo, cd. di reversibilità dell'anonimato, veniva previsto¹⁶³. Il segreto poteva essere rimosso solo al compimento dei cento anni dalla formazione dell'atto di nascita; a partire da quell'istante l'adottato (ovvero i suoi discendenti) poteva accedere ai documenti rimasti secretati.¹⁶⁴

In tale contesto, l'assenza di qualsiasi meccanismo di bilanciamento tra il diritto della donna a rimanere anonima e diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche¹⁶⁵ ha, dapprima, fondato un intervento di condanna dell'Italia da

¹⁶¹ Si fa, in particolare, riferimento a quanto innovato dall'art. 24 della l. 149/2001. Sul tema del progressivo superamento del segreto sulle origini nelle adozioni cfr. P. Serra, "Segreto versus bugia: dall'esperienza clinica nuove indicazioni per l'adozione", *Minorigiustizia*, 2009, p. 218 s.; V. De Santis, "Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno", in *Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale*, I, 2018, pp. 2 e ss..

¹⁶² Per una ricognizione delle tappe che hanno segnato la progressiva valorizzazione del *favor veritatis* in materia adottiva v. G. Chiappetta, *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le corti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 352 ss..

¹⁶³ Come affermato nell'ambito del noto caso *Odievre c. Francia*, la Cedu ha ritenuto proprio la previsione di un meccanismo di reversibilità dell'anonimato un giusto compromesso tra il diritto al rispetto della scelta di rimanere anonima della madre e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche. Cfr., sul punto, S. Stefanelli, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, op. cit., pp. 445 ss..

¹⁶⁴ Fino al compimento dei cento anni, quindi, trovava applicazione una delle eccezioni che l'art. 24, comma primo, lett. a della l. 241/1990 ammette rispetto all'accesso ai documenti amministrativi, in deroga al principio per cui il diritto d'accesso prevale sull'esigenza di riservatezza dei terzi ogni qual volta l'accesso venga in rilievo per la cura e la difesa di interessi giuridici del richiedente. Cfr., sul punto, S. Stefanelli, *Il parto anonimo. Profili giuridici e psico-sociali dopo la declaratoria di incostituzionalità*

¹⁶⁵ Molti sono i riferimenti normativi inerenti al diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche. Si pensi all'art. 7 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, adottata il 20 novembre 1989, che contempla il diritto del minore, "nella misura del possibile", a conoscere i propri genitori; all'art. 30 della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, sulla protezione dei minori e di cooperazione in materia di adozione internazionale, che stabilisce che le autorità degli Stati nazionali provvedono a garantire l'accesso al bambino e al suo rappresentante alle informazioni inerenti all'identità della madre e del padre; alla Raccomandazione n. 1443 del 26 gennaio 2000, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che invita gli Stati ad assicurare il diritto del bambino adottato di conoscere le proprie origini e ad eliminare nelle loro legislazioni nazionali ogni disposizione contraria; o, ancora all'art. 22, comma 5, della Convenzione europea in materia di adozione dei minori del 7 maggio 2008, che sancisce il "diritto

parte della Corte Europea dei Diritti Umani e, successivamente, una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 28 l. adoz. da parte della nostra Corte Costituzionale. Più nel dettaglio, la Corte di Strasburgo, nella nota sentenza *Godelli c. Italia*¹⁶⁶, ha accertato la violazione, da parte del nostro Paese, dell'art. 8 Cedu per aver dato incondizionatamente prevalenza al diritto materno all'anonimato, escludendo qualsiasi ripensamento. Nella vicenda portata dinanzi ai giudici di Strasburgo la donna nata nel 1963 da madre anonima aveva ricevuto notizia dell'adozione solo nell'ambito del giudizio insorto con il marito e non aveva modo di fruire dell'opportunità di diagnosi e cura di patologie che la affliggevano, tra cui un nodulo al seno ed il sospetto di una menopausa precoce, per cui necessitava di una anamnesi genetica della famiglia d'origine.¹⁶⁷

La Corte europea ha quindi affermato che "la normativa italiana non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa", ma, in assenza di meccanismi destinati a bilanciare il diritto del figlio, "a conoscere le proprie origini con i diritti e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato", dà "una preferenza incondizionata a questi ultimi"; e ciò a differenza di quanto previsto nel sistema francese (esaminato nella sentenza della Grande Camera 13 febbraio 2003 *Odièvre c. Francia* e ritenuto compatibile con la Convenzione), dove è previsto che, su impulso del figlio dato in adozione, volto a conoscere l'identità della madre biologica anonima, si possa almeno chiedere a lei se, davanti a quella richiesta, abbia intenzione di derogare all'anonimato oppure di mantenerlo.

Su tale precedente dei Giudici di Strasburgo si fonda il ripensamento della Corte Costituzionale, in riferimento al tema del bilanciamento tra diritto all'anonimato e diritto alla conoscenza delle origini, rispetto a come era già stato dalla stessa trattato nella precedente sentenza n. 425 del 25 novembre 2005¹⁶⁸,

di una persona di conoscere la sua identità e le sue origini". Definisce il diritto a conoscere le proprie origini come diritto fondamentale allo sviluppo della propria identità e ad una esistenza sana e libera S. Stefanelli, "Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini", in *Dir. fam. pers.*, 2010, 1, 427 ss.

¹⁶⁶ Corte Europea dei diritti umani, 25 settembre 2012, caso *Godelli c. Italia*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2013, 2, p. 110 e ss., con nota di J. Long, "La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata".

¹⁶⁷ Per una approfondita ricostruzione dei fatti oggetto del giudizio rimettente cfr. S. Stefanelli, *Il parto anonimo. Profili giuridici e psico-sociali dopo la declaratoria di incostituzionalità*, op. cit., pp. 30 ss..

¹⁶⁸ Corte Cost., 25 novembre 2005, n. 425 in *Giustizia civile*, 2006, p. 503 e ss., con nota di L. Trucco, "Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte Costituzionale". In quell'occasione, la Corte aveva affermato che "la norma impugnata mira [...] a tutelare la gestante che — in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale — abbia deciso di non tenere

nell'ambito della quale la Corte aveva ritenuto la disciplina sancita dall'art. 28, comma 7, l. adoz. non contraria ai principi costituzionali e aveva ritenuto prevalenti le, già più volte citate, esigenze di tutela della salute e della vita della madre e del nascituro.¹⁶⁹ Tuttavia, l'intervento della Consulta non poteva ritenersi soddisfacente¹⁷⁰, soprattutto alla luce degli orientamenti espressi sulla medesima questione della Corte Edu, in relazione all'*affaire Odievre*.

Più conforme all'orientamento dei Giudici di Strasburgo, si rivelò, invece, la pronuncia n. 263 del 2013. Questa, pur ribadendo il fondamento costituzionale della facoltà della donna di partorire in anonimato, giustificata da esigenze di tutela della salute psicofisica materna e fetale, impose l'introduzione di strumenti di bilanciamento (attraverso meccanismi di ripensamento) tra il diritto all'anonimato della madre e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini.

La Corte non si spinse, tuttavia, fino al punto di fornire un principio di riferimento attuabile nell'immediato dai giudici, nelle more di un intervento *ad hoc* del Legislatore, ma, al contrario, preferì l'azione di una sentenza "additiva di meccanismo", la quale si caratterizza per il riconoscimento, in riferimento alla materia in esame, "dell'infungibilità dell'operato del legislatore".¹⁷¹

Furono, quindi, i giudici di merito, preso atto dell'inerzia del Legislatore successivamente all'intervento della Consulta, a ritenere dovuta l'immediata applicazione di quest'ultimo. A fare da "apripista" il Tribunale per i minorenni di Firenze¹⁷².

con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l'anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita: e in tal modo intende — da un lato — assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e — dall'altro — distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi".

¹⁶⁹ V., sul punto, C. Rusconi, op. cit..

¹⁷⁰ V., sul punto, L. Balestra, "Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici", in *Famiglia*, 2006, p. 161; G. Currò, "Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento", in *Fam. dir.*, 2013, 544 s.; J. Long, "Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini", op. cit..

¹⁷¹ G. Parodi, "In tema di bilanciamento di interessi nella giurisprudenza costituzionale", in *Diritto Pubblico*, 1995, pp. 217 e ss., in cui si approfondisce la differenza tra le sentenze interpretative di principio della Corte Costituzionale.

¹⁷² Trib. Minorenni Firenze, 6 giugno 2014, in *Questioni di diritto di famiglia*, 2014, pp. 41 e ss., con nota di S. Stefanelli, "Parto anonimo: il Tribunale dei Minorenni di Firenze dispone il richiamo della madre senza attendere la riforma". Nello stesso senso argomenta l'immediato richiamo della madre, al fine di verificarne la persistente volontà di rimanere anonima, la Corte d'Appello di Catania sez. minori, 5

Meritevole di menzione anche la decisione che rappresenta “l’epilogo” della vicenda *Godelli* e che ha espressamente dettato le regole, le quali, in via di prassi, devono essere seguite, una volta identificata la madre biologica dell’adottato. Si tratta della pronuncia del Tribunale per i minorenni di Trieste, che accogliendo il ricorso della figlia, ha indicato la procedura di interpello materno e, accertato il decesso della madre, ha disposto la comunicazione della sua identità oltre alle circostanze del parto e alla presenza di una sorella gemella della ricorrente, anch’essa adottata.¹⁷³

In tale contesto, sono intervenute nel 2017 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la pronuncia n. 1946 del 25 gennaio 2017. Nella sentenza, i giudici di legittimità hanno richiamato l’attenzione sulla natura della sent. 263/2013 della Corte Costituzionale quale pronuncia di accoglimento. In ragione di ciò, trattandosi di una sentenza di illegittimità costituzionale, essa produce gli effetti di cui agli artt. 136 Cost. e 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale: la norma dichiarata costituzionalmente illegittima, nella specie, l’implicita esclusione di qualsiasi possibilità per il figlio nato da parto anonimo di attivare, dinanzi al giudice, un procedimento atto a raccogliere l’eventuale revoca, da parte della madre naturale, della dichiarazione originaria, “cessa di avere efficacia” e “non può avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”. Poiché la norma che escludeva l’interpello della madre ai fini dell’eventuale revoca è stata rimossa dall’ordinamento fin dalla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, il giudice non può negare *tout court* al figlio l’accesso alle informazioni sulle origini per il solo fatto che la madre naturale aveva dichiarato, al momento della nascita, di voler essere celata

dicembre 2014 e la Corte d’Appello di Venezia, 21 marzo 2014, entrambe in Foro it., 2015, I, c. 697. Vi era anche una giurisprudenza minoritaria che riteneva impossibile per i giudici “sostituirsi” ad un auspicabile intervento del legislatore: Così App. Milano, dec. 10 marzo 2015, n. 496, in *www.altalex.it*, nonché Trib. minori Catania, 26 marzo 2015, in *Minorigiustizia*, 2015, p. 211. A conferma dell’orientamento dei Giudici di merito circa la possibile immediata applicazione dei principi contenuti nella pronuncia della Consulta n. 263 del 2013 sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza del 25 gennaio 2017, n. 1946. Sulla possibilità di procedere all’interpello anche in caso di madre deceduta v. la sentenza della Corte di Cassazione del 21 luglio 2016, n. 15024.

¹⁷³ Trib. Min. Trieste, 8 maggio 2015, in *questionegiustizia.it*. Per una approfondita analisi della procedura di interpello si rinvia a S. Stefanelli, *Il parto anonimo. Profili giuridici e psico-sociali dopo la declaratoria di incostituzionalità*, op. cit., p. 63 e ss.. Tale *iter* non ha ancora ricevuto una disciplina legislativa, nonostante alcuni siano stati presentati negli ultimi anni, successivamente alla pronuncia della Consulta (per una dettagliata disamina dei suddetti si rinvia a S. Stefanelli, *Il parto anonimo. Profili giuridici e psico-sociali dopo la declaratoria di incostituzionalità*, op. cit., pp. 67 e ss.).

dietro l'anonimato. Ha sottolineato, dunque, la Corte che: “La perdurante applicazione della norma dichiarata incostituzionale si risolverebbe, in definitiva, nel mantenimento del *vulnus* recato agli artt. 2 e 3 Cost. da una disposizione - il citato art. 28, comma 7 - che trasformava il diritto all'anonimato della madre naturale in un vincolo assoluto ed immodificabile e sacrificava totalmente il diritto del figlio a conoscere le proprie origini”.¹⁷⁴

In ogni caso, l'intervento innovatore del 2013 della Corte Costituzionale ha permesso all'ordinamento giuridico interno di allinearsi maggiormente ai principi espressi da fonti di diritto positivo e giurisprudenziale di rango internazionale¹⁷⁵ in merito al diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche e alla propria storia prenatale. Invero, tali posizioni giuridiche soggettive costituiscono elementi

¹⁷⁴ Cass. S.U. 1946/2017 pp. 15-16. Le Sezioni Unite nella pronuncia richiamano i protocolli seguiti dai tribunali per i minorenni che hanno ritenuto di dar seguito sin dall'inizio alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 263 del 2013.

La Cassazione, in conformità alle suddette linee operative, ha successivamente ribadito il principio secondo cui “l'adottato ha diritto, nei casi di cui all'art. 28, comma 5, della l. n. 184 del 1983, di conoscere le proprie origini accedendo alle informazioni concernenti non solo l'identità dei propri genitori biologici, ma anche quelle delle sorelle e dei fratelli biologici adulti, previo interpello di questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell'esercizio del diritto” (Cass. civ. 20 marzo 2018, n. 6963).

La Corte di Cassazione, inoltre, ha, nelle successive pronunce, ribadito la necessità di operare il bilanciamento tra il diritto alla riservatezza della madre in caso di parto anonimo ed il diritto di conoscere le proprie origini, vale a dire tra il segreto materno successivo al parto anonimo ed il diritto del figlio biologico ad accedere alle informazioni sulla madre e sulla famiglia biologica. Più nel dettaglio, la Cassazione ha chiarito che “il figlio nato da parto anonimo ha diritto di conoscere le proprie origini, ma il suo diritto deve essere bilanciato con il diritto della madre a conservare l'anonimato, e deve pertanto consentirsi al figlio di interpellare la madre biologica al fine di sapere se intenda revocare la propria scelta, occorrendo però tutelare anche l'equilibrio psico fisico della genitrice; pertanto il diritto all'interpello non può essere attivato qualora la madre versi in stato di incapacità, anche non dichiarata, e non sia pertanto in grado di revocare validamente la propria scelta di anonimato” (Corte di Cassazione, ord. 9 agosto 2021 n. 22497; conf. Corte di Cassazione, ord. 3 marzo 2022 n. 7093).

¹⁷⁵ L'art. 7 della conv. di New York sui diritti del fanciullo contempla il diritto del minore a conoscere l'identità dei propri genitori; Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993 (ratificata dall'Italia con l. 31-12-1998 n. 476), art. 30: “Le autorità competenti di ciascuno Stato contraente conservano con cura le informazioni in loro possesso sulle origini del minore, in particolare quelle relative all'identità della madre e del padre ed i dati sui precedenti sanitari del minore e della sua famiglia. Le medesime autorità assicurano l'accesso del minore o del suo rappresentante a tali informazioni, con l'assistenza appropriata, nella misura consentita dalla legge dello Stato”. La Raccomandazione n. 1443/2000 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha invitato gli Stati ad assicurare il diritto del minore adottato a conoscere le proprie origini al più tardi al compimento della maggiore età e a eliminare dalle legislazioni nazionali qualsiasi disposizione contraria. Da ultimo, la giurisprudenza Cedu: *Godelli c. Italia, Odievre c. Francia, Mikulić c. Croazia*). V., sul punto, V. Montarulli, “Parto anonimo e accesso alle origini nell'adozione”, in *giudicedonna.it*, 1, 2017, pp. 2 e ss..

significativi nel sistema costituzionale di tutela della persona, in quanto parti di quegli elementi che contribuiscono alla costruzione dell'identità personale.¹⁷⁶ Più nel dettaglio, però, la pronuncia della Consulta riguarda l'importanza della conoscenza della propria madre naturale, al fine del completamento della propria identità personale. E ciò, a mio avviso, costituisce un rilevante elemento a favore dell'importanza dell'elemento biologico nella costruzione della figura materna, che può essere esteso anche ad altri ambiti riguardanti l'accertamento della maternità, in caso di presenza di più madri.

In altre parole, quanto espresso dalla Consulta, se esteso, per esempio, all'ambito della maternità surrogata, potrebbe far propendere per una non esclusione *tout court* della pratica della *surrogacy*, ma per l'importanza di conoscere "il nome della madre" biologica per la costruzione dell'identità personale dell'individuo. Si pone in primo piano l'elemento di distinguo richiamato, al fine di ammettere o meno la maternità surrogata.¹⁷⁷

La regola individuata dalla giurisprudenza in luogo del legislatore è imperniata sul carattere fondamentale e comunque costituzionalmente protetto dell'interesse riconosciuto all'interessato di avere piena cognizione dei fatti che sono rilevanti per la costruzione della propria identità. Ma non soltanto, ancora più rilevante, per quel che qui interessa, è che la "maternità biologico-naturale"¹⁷⁸ è stata dai Giudici di Strasburgo e dalla Corte Costituzionale italiana ritenuta parte del patrimonio identitario dell'individuo, al punto da giustificare il suo interesse ad acquisire la conoscenza della suddetta, anche in caso di rifiuto della genitorialità sociale (ed indipendentemente dalla genitorialità giuridica eventualmente scaturita dall'adozione).¹⁷⁹

¹⁷⁶ Cfr., sul punto S. Stefanelli, "Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini", in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2010, pp. 426 e ss.; M. R. Marella, "Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini. Contenuti e prospettive", in *Giur. It.*, 2001.

¹⁷⁷ Sulla rilevanza di rendere noto "il nome della madre", al fine di ammettere o meno la maternità per surrogazione cfr. J. Long, "(Ri) pensare la maternità", op. cit., p. 140.

¹⁷⁸ Ancora una volta si precisa che il termine biologico è fatto coincidere con il contributo della gestazione e del parto e non con il legame genetico.

¹⁷⁹ Cfr. sul punto N. Corbo, "Identità personale, accesso alle origini e non riconoscibilità degli atti di nascita da maternità surrogata", in *Persona e Mercato*, 5, 2017.

2.2. La centralità della dimensione biologica nell'accertamento contenzioso della maternità

2.2.1 La dichiarazione giudiziale di maternità: l'art. 269 c.c.

Nel nostro ordinamento interno, il riferimento normativo dell'azione di dichiarazione giudiziale di maternità è l'art. 269 c.c., norma nota anche per essere considerata l'espressione normativa del brocardo latino *mater semper certa est* sopra citato. In particolare, il terzo comma di tale disposizione, secondo il quale: “La maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre”.

La specificità della dimensione biologica della maternità è quindi riconosciuta (in positivo)¹⁸⁰ dall'ordinamento attribuendo giuridicità, per il tramite dell'art. 269 c.c. al principio oggetto della presente trattazione.

Già nel precedente codice civile del 1865 (ed in particolare nel Libro I, Titolo VI, Capo III, Sezione I sulla filiazione della prole nata fuori dal matrimonio) vi era un “antenato” della predetta disposizione, con un contenuto molto simile a quello vigente. Invero, l'art. 190 del codice civile unitario sanciva che: “Le indagini sulla maternità sono ammesse. Il figlio che reclama la madre deve provare d'essere identicamente quel medesimo che fu da lei partorito [...]”.

L'ambito era, quindi, quello dell'accertamento giudiziale dello stato di filiazione fuori dal matrimonio e pare interessante, per quel che qui rileva, la netta asimmetria probatoria tra la ricerca della maternità e della paternità, che emergeva dall'analisi del detto Capo. Invero, se, come detto, l'art. 190 ammetteva la possibilità di indagare “sulla maternità”, di contro, il precedente articolo comminava il divieto di ricercare la paternità.¹⁸¹ La detta differenza veniva spiegata già nella Relazione al

¹⁸⁰ La specificità della maternità è riconosciuta, invece, in negativo per esempio attraverso la normativa sull'aborto, anche alla luce della successiva giurisprudenza costituzionale, secondo la quale solo in capo alla donna ricade la decisione se portare o meno a termine una gravidanza. La Corte Costituzionale, invero, con sentenza n. 389 del 1988, ha giudicato non irragionevole, e quindi non sindacabile, la scelta di politica del diritto compiuta dal legislatore, di lasciare la donna unica responsabile di interrompere la gravidanza, in presenza delle condizioni indicate dalla legge.

¹⁸¹ Art. 189 cod. civ. del 1865: “Le indagini sulla paternità non sono ammesse, fuorché nei casi di ratto o di stupro violento, quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento”. Tale impostazione era già presente nel Code Napoleon del 1804, da cui la codificazione civile unitaria tra origine, agli artt. 340 e 341. (cfr., sul punto, A. Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Giappichelli, Torino 2008, p. 192).

Codice, nell'ambito della quale si legge: “[...] Non si tratta, riguardo alla madre, di penetrare nei segreti della natura; la natura stessa la svela e la dimostra; il suo parto e la identità del figlio da essa partorito sono fatti positivi che possono essere accertati”.

Il *topos* della certezza della maternità, di contro all'incertezza della paternità, era, in generale, molto sentito dalla dottrina dell'epoca¹⁸², la quale sottolineava tale aspetto anche attraverso citazioni di carattere extragiuridico.¹⁸³

In seguito all'entrata in vigore del codice civile del 1942, il contenuto dell'art. 190 c.c. è stato trasposto nell'art. 272 c.c. e poi, successivamente alla riforma del diritto di famiglia del 1975, nell'art. 269 c.c. Tale disposizione, se al comma due prevede che “La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo”, al comma tre sancisce che “La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere la madre” e questo perché *madre è colei che partorisce*.

Il “passaggio” dall'art. 190 del codice civile del 1865 all'art. 272 del 1942 e , infine, all'art. 269 del codice vigente è avvenuto senza essere preceduto da particolari discussioni sul punto, a riprova di quanto il tema dell'accertamento giudiziale della maternità non godesse (e non goda) di un particolare interesse “politico”, a differenza della più controversa questione della ricerca della paternità. Neppure un accenno di commento al primo tema, invero, è rinvenibile nell'ambito della Relazione al codice civile del Guardasigilli Grandi.¹⁸⁴

Si tratta di capire come interpretare l'art. 269, comma tre, c.c., per i fini che qui interessano, ossia per individuare la sussistenza di un criterio per l'attribuzione dello *status* materno.

¹⁸² V., ad esempio, B. Dusi, *Della filiazione e dell'adozione*, Utet, 1924, p. 71 e p. 674. Secondo l'autore “La paternità è avvolta nell'ombra e nel mistero dell'umana generazione; la natura l'ha circondata di un velo impenetrabile; e quindi la prova non può mai essere diretta”, al contrario la maternità è un “fatto che in ogni caso si rivela con segni manifesti, visibili, patenti”.

¹⁸³ V., per esempio, G. Lomonaco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Juvene, 1894, p. 224, dove, a sostegno della asimmetria probatoria tra paternità e maternità, si riportano la massima di Calvino secondo cui “*Pater est juris civilis; mater est naturae. Mater est quae peperit; pater est quem nuptiae faciunt patrem. Illa certissima, hic incertissimus*” e quella di Plutarco, richiamata da Cuiacio, per cui “*Matres plus diligunt filios quam patres, quia certiores sunt de his*”.

¹⁸⁴ La Relazione introduttiva al codice civile del 1942 è rinvenibile qui https://www.consiglionazionaleforense.it/collana-studi-storici-e-giuridici/-/asset_publisher/IXdcpIwg0t9M/content/relazione-del-ministro-guardasigilli-grandi-al-codice-civile-del-1942?largefont .

Muovendo da un'interpretazione letterale di tale disposizione, in considerazione anche della *sedes materiae* in cui è collocata, la dottrina prevalente interpreta l'art. 269, comma 3, c.c., come una disposizione che “enuncia in realtà una norma sull'oggetto della prova della filiazione (...) e non una norma sul criterio in ragione del quale è attribuito lo *status* di figlio.”¹⁸⁵ Suo presupposto implicito, inoltre, era che la formazione dell'embrione, risultato dell'unione dell'ovocita e dello spermatozoo, non poteva avvenire se non all'interno del corpo della donna e che vi fosse una piena coincidenza tra il dato biologico, genetico e sociale della maternità. La *ratio legis* non era quindi, in alcun modo, l'individuazione di un criterio di attribuzione prevalente della maternità, in caso di “conflitto” tra madri, ma, nell'ambito dell'accertamento contenzioso della maternità *ex post facto*, “di semplificare l'onere della prova della filiazione materna in un'epoca in cui vi era necessariamente coincidenza tra madre genetica e biologica e, di solito, madre di intenzione e il corpo della moglie era da tanti concepito come proprietà maritale”.¹⁸⁶

Tale opinione è fatta propria anche da chi vorrebbe superare la visione dell'art. 269, comma tre, c.c. come “manifesto” della prevalenza del criterio gestazionale per l'attribuzione della maternità (conferendo, per esempio, pari valenza al legame genetico) ed individuare nuovi criteri interpretativi.¹⁸⁷

¹⁸⁵ A. Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, op. cit., 430; nello stesso senso, G. Ferrando, “Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli *status filiationis*”, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 196; G. Recinto, “Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?”, in *www.dirittifondamentali.it*, 2015, 4; F. Prospero, “La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello *status filiationis*”, op. cit., cit.; V. G. Cattaneo, “Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione”, in *Tratt. Rescigno*, vol. 4, II ed., 1997, 21.

¹⁸⁶ V. sul punto J. Long, “(RI)Pensare la maternità”, in M. Caielli. B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di),

Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere, la pubblicazione è liberamente consultabile qui

https://www.cirsde.unito.it/sites/c555/files/allegatiparagrafo/20-02-2019/e-book_riproduzione_e_relazioni_isbn_9788875901288.pdf

¹⁸⁷ Si richiama, tra gli altri, quanto espresso dal giurista Leonardo Lenti, il quale, con le sue riflessioni si pone l'obiettivo di superare la rigida interpretazione dell'art. 269, comma tre, c.c., secondo cui “madre è soltanto colei che partorisce”, tentando di ricorrere ai principi generali dell'ordinamento. Afferma Lenti: “Se ne potrebbe però ipotizzare un'interpretazione diversa, che ne temperi la rigidità. [...] Nel caso dell'art. 269 c. 3° c.c. si potrebbe strutturare il ragionamento in modo analogo: il presupposto fattuale della norma, come già detto sopra, è l'inscindibilità della maternità di gravidanza e parto da quella genetica. Nei casi in cui i due aspetti della maternità biologica si presentano scissi, sicché vi sono due madri che sono entrambe biologicamente tali, si potrebbe dire che vi è una lacuna e che si dovrebbe quindi ricorrere ai principi generali. Tra questi vi è certamente l'interesse del minore alla consolidazione giuridica del rapporto con la madre genetica, un rapporto che esiste nei fatti e che gode di tutela come vita familiare. Ma qui opera anche un altro principio, che mi sembra non si possa trascurare: l'eguaglianza. Il

Tuttavia, a mio avviso, se è pacifico che le norme che fanno riferimento al parto, e, in particolare, per quel che per ora interessa, l'art. 269, comma tre, c.c. debbano essere collocate e contestualizzate in un orizzonte culturale ed esperienziale, in cui non era neppure immaginabile una compresenza tra “titoli diversi di maternità” (fatta eccezione, in alcuni casi, tra il dato biologico/genetico e quello volontario), la predetta disposizione codicistica continua a ricoprire un ruolo centrale nell'ambito dell'attribuzione dello *status* materno. E ciò non solo per differenti concezioni della regola *iuris* che essa rappresenta, ma anche per le scelte che in questi anni sono state compiute dal nostro Legislatore, che non possono essere ignorate.

Il principio generale del diritto vigente, incardinato nell'art. 269, comma tre, c.c. non ha subito alcuna modifica da parte del Legislatore italiano, né nell'ambito della macro riforma del diritto di famiglia del 1975¹⁸⁸, né, della legge 40 del 2004 sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita¹⁸⁹ e né, soprattutto, dell'ultima grande revisione normativa del sistema della filiazione del 2012-2013¹⁹⁰, la quale, peraltro, ha limitato la possibilità di reclamare lo stato di figlio ai casi di sostituzione o supposizione di *parto* (art. 239, comma uno, c.c.).

Se quanto appena affermato potrebbe, molto più semplicemente, trovare giustificazione in una particolare superficialità e disinteresse, rispetto alla materia in esame, da parte del Legislatore degli ultimi anni, d'altro canto potrebbe anche rappresentare una dimostrazione del fatto che il predetto ritenga la norma “tradizionale” ancora adeguata per la regolamentazione dei rapporti familiari *ex latere matris*, nonostante i mutamenti sociali e scientifico-tecnologici che consentono la compresenza di più di un “aspetto” della maternità.

fatto che la discendenza genetica sia tutelata diversamente per l'uomo e per la donna potrebbe essere considerato come una violazione del principio di eguaglianza. Questa interpretazione permetterebbe in astratto di giungere al risultato di ammettere che il rapporto di filiazione possa essere costituito con entrambe le donne: con la madre partoriente in forza dell'art. 269 c. 3° c.c. e con la madre genetica in forza dei principi generali” (L. Lenti, “La costituzione del rapporto filiale e l'interesse del minore”, in *Juscivile*, 1, 2019, pp. 15 e ss; la tesi è stata ripresa dall'autore nel più recente suo volume L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2021).

¹⁸⁸ Legge 19 maggio 1975, n. 151 “Riforma del diritto di famiglia”.

¹⁸⁹ Legge 19 febbraio 2004, n. 40 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”. Alcuni spunti vengono dati nell'ambito di tale intervento normativo, come si vedrà nei precedenti paragrafi.

¹⁹⁰ Legge 17 dicembre 2012, n. 219 “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali” e D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012 n. 219”.

Invero, consapevole degli sviluppi inarrestabili, soprattutto della scienza medica, e del ruolo centrale che l'art. 269, comma tre, c.c., in quanto espressione del brocardo latino, continua a ricoprire nell'ambito delle questioni che attengono l'accertamento dello *status* materno, si sarebbe potuta cogliere l'opportunità di chiarire la portata normativa della disposizione stessa, confermando, smentendo, o meglio, giustificando la posizione del legislatore rispetto alla centralità o meno dell'evento parto nella determinazione della maternità.¹⁹¹

La norma codicistica porta con sé innumerevoli nodi giuridici, al momento mai affrontate dal legislatore. Una delle questioni che poteva essere fatta oggetto di approfondimento è l'interessante questione del rapporto tra il secondo e il terzo comma dell'art. 269 c.c.

Infatti, la detta disposizione, se al comma due prevede che: “La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo”, al terzo comma, come già affermato, fa invece riferimento alla donna che partorisce “[...] che si assume essere madre”.

Come deve essere interpretato il combinato disposto delle due disposizioni? Vi è una sorta di ordine gerarchico, che vede la prova del parto subordinata all'assenza di altri mezzi istruttori esperibili?¹⁹² Sia il ricorso alla *surrogacy*, che ad

¹⁹¹ Secondo parte della giurisprudenza le disposizioni codicistiche (tra cui l'art. 269, comma tre, c.c.) non possono essere applicate ai nati in seguito al ricorso a tecniche di PMA (per i quali “peserebbe” maggiormente l'elemento intenzionale), in quanto fanno riferimento alla procreazione naturale (cfr., tra le altre, Corte d'Appello di Napoli, sentenza 15 giugno-4 luglio 2018, in *Articolo29*; Corte d'appello di Milano, sentenza 10 agosto 2015 n. 3397, in *Articolo29*; Tribunale di Perugia, decreto del 9 febbraio 2018, in *Articolo29*). Di tale orientamento anche parte della dottrina, secondo cui: “[...] Non si tratta di enfatizzare gli elementi di contatto fra pratiche (PMA eterologa e GPA) che in tutta evidenza hanno anche caratteri specifici, ma di prendere tuttavia atto che nel sistema attuale, *de iure condito*, quando il nato sia venuto al mondo in seguito a procreazione diversa da quella naturale, soltanto un'evidente doppia forzatura giuridica potrebbe consentire di applicargli le norme codicistiche, che riguardano la procreazione naturale, dove ogni scissione fra le due madri è impossibile, peraltro dando una lettura dell'art. 269 c.c. eccentrica rispetto allo scopo originario della norma” (M.Gattuso, “Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino”, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, op. cit.; spunti in questo senso anche da A. G. Grasso, “Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata”, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2, 2018; P. Zatti, *Maschere del diritto*, op. cit., 2012; anche M. Porcelli, “La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo”, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 1751.

¹⁹² Come spesso accade, la giurisprudenza ha tentato di colmare le lacune lasciate dall'inerzia del Legislatore. Per quanto attiene la questione giuridica in esame, infatti, la Corte di Cassazione ha più volte ribadito la propria interpretazione dell'art. 269 c.c. (principalmente nell'ambito di giudizi attinenti dichiarazioni giudiziali di paternità), sostenendo che non vi sia un ordine gerarchico tra i commi della

una tecnica procreativa di tipo eterologo, invero, potrebbe comportare un esito diverso, per quanto attiene l'individuazione della madre, a seconda che si faccia ricorso alla prova del parto o, per esempio, ad un esame di tipo genetico-ematologico.¹⁹³ Per un approfondimento di tale ultima questione si rinvia al capitolo quarto dedicato all'elemento genetico. In tale sede, da un'analisi della giurisprudenza sull'art. 269 c.c., si vedrà come, in realtà, soprattutto le pronunce più recenti, tendono a fare ricorso maggiormente alle prove genetiche, piuttosto che a quelle inerenti l'evento parto.

A favore della possibilità che il Legislatore non si sia mai pronunciato sull'art. 269, comma tre, c.c., in quanto (rinomata) espressione normativa del *mater semper certa est*, non tanto per volontà di mantenere l'accertamento della maternità legato unicamente all'evento parto, quanto per mera inerzia, vi è la corrispondente assenza di intervento rispetto al sistema del riconoscimento volontario per la madre di figlio/a nato/a fuori dal matrimonio.

Tale questione verrà meglio approfondita, quello che qui interessa precisare è che risulta, talvolta, complesso sostenere, come hanno fatto taluni giudici¹⁹⁴, l'opinione secondo cui un mancato intervento rispetto al principio di cui sopra¹⁹⁵ (e

norma che ci occupa per la dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità (cfr. Cass. civ. 19824/2020; Cass. civ. 3479/2016; Cass. civ. n. 12198/2012; Cass. civ. n. 6694/2006; Cass. civ. n. 14976/2007; Cass. civ. n. 10051/2008). Se si considera la rilevanza che ricopre la prova genetica ai fini della ricerca della paternità, tale orientamento dei giudici di legittimità varrebbe *a fortiori* per la maternità, nell'ambito della quale l'esame genetico ricopre, storicamente, un ruolo minoritario, considerata l'importanza del parto e dell'esperienza gestazionale.

¹⁹³ Il "test di maternità" è sicuramente meno utilizzato rispetto a quello di paternità. Tuttavia, il ricorso a tale esame genetico-ematologico potrebbe rivelarsi utile in casi di adozione e ricerca delle origini, tecniche di PMA o, più frequentemente, in materia di immigrazione (ancora più nel dettaglio, ai fini del ricongiungimento familiare). Le autorità di immigrazione, infatti, potrebbero richiedere il test del DNA a supporto dei documenti di immigrazione, in caso di richieste di ricongiungimento, per esempio, tra madre e figli. Ciò soprattutto in casi di assenza di certificati di nascita (questi potrebbero mancare del tutto o essere considerati insufficienti dalle autorità, per provare l'autenticità del rapporto genitore-figlio).

¹⁹⁴ Tra cui si segnala, come si vedrà più nel dettaglio nel prosieguo della trattazione, il Tribunale di Roma, sez. I civile, ordinanza dell'8 agosto 2014, pp. 4 e 7, nel noto caso di scambio di embrioni compiuto all'Ospedale Pertini di Roma.

¹⁹⁵ Quando si parla di "intervento" non si intende necessariamente un intervento "innovatore" rispetto al passato, ma ben sarebbe potuto essere anche meramente chiarificatore o di "conferma", alla luce delle nuove consapevolezze maturate, soprattutto grazie alle innovazioni di tipo medico-scientifico. Ancora una volta, pur non avendo il presente lavoro intenti di tipo comparato, pare interessante richiamare alcune interessanti soluzioni adottate da "altri Legislatori" europei che, a differenza di quello nostrano, hanno affrontato in prima persona la questione, senza delegare *in toto* alle Corti la risoluzione delle controversie (nel senso dell'ammissibilità di titoli costitutivi alternativi della relazione materna si è espressa la nostra Corte di Cassazione, con la sentenza del 30 giugno 2016, n. 19599: "[...] non può validamente opporsi

quindi, indirettamente, sull'art. 269, comma tre, c.c. che continua ad essere la principale espressione normativa del predetto)¹⁹⁶, nell'ambito della riforma del 2012-2013, debba intendersi come una volontà del Legislatore di continuare a definire, determinare ed accertare la maternità solo unicamente con riferimento all'evento-parto.

Invero, un sistema basato sul principio secondo cui “madre è colei che partorisce” dovrebbe comprendere anche il momento della costituzione dello *status* materno del nato/a e non solo la dichiarazione contenziosa della maternità *ex art. 269 c.c.*

2.2.2 La dichiarazione giudiziale nel caso della madre rimasta anonima

Le fattispecie di dichiarazione giudiziale di maternità presenta dei profili particolarmente interessanti nei casi in cui legittimata passiva sia la donna che abbia scelto di rimanere anonima successivamente al parto, nei (rari) casi in cui, non si sia verificata l'adozione del nato/a.

Il diritto positivo sulla dichiarazione giudiziale di maternità non prevede limiti all'esperimento dell'azione *ex art. 269 c.c.* nei confronti della madre rimasta anonima. E neppure la più volte menzionata riforma della filiazione del 2012-2013 ha provveduto ad intervenire in tal senso. L'unico requisito richiesto dalla detta

[...] il principio secondo cui, nell'ordinamento italiano, è madre solo colei che partorisce [...] con la conseguenza che non può esserlo anche colei che abbia contribuito alla nascita del figlio con la donazione dell'ovulo [...] il Collegio ritiene che tale impostazione debba essere in parte rimeditata [...] se è indiscutibile l'importanza della gravidanza per il particolarissimo rapporto che si instaura tra il feto e la madre, non si può negare l'importanza del contributo dato dalla donna che ha trasmesso il patrimonio genetico”).

¹⁹⁶ Seppur non unica, come si vedrà nel prosieguo del presente capitolo, il quale si propone proprio di andare ad individuare gli indici “a favore” della maternità legata alla dimensione biologica nell'ordinamento interno, europeo e sovranazionale. Come si vedrà, per quanto concerne il sistema italiano, a supporto del *mater semper certa est* e della qualificazione di una relazione di tipo materno, fin dai primi istanti successivamente al concepimento, vi è la disciplina del parto anonimo e della ricerca delle origini (post sentenza Corte Costituzionale del 2013).

disposizione è l'esperimento dell'azione nei casi in cui sarebbe possibile il riconoscimento. Non è, quindi, ammissibile nei casi in cui il nato non riconosciuto alla nascita sia stato, successivamente, adottato, in quanto lo stesso è già in possesso di uno *status filiationis*.

La giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, ha avuto modo di pronunciarsi su tali fattispecie fornendo alcuni interessanti spunti di riflessioni, per gli obiettivi che qui ci si prefigge, facendo una distinzione tra i casi in cui l'azione venga proposta nei confronti della madre anonima ancora in vita e quelli in cui la donna sia, invece, deceduta.

Partendo dalla prima ipotesi, la questione è stata affrontata dal Tribunale di Milano, sez. I, con la sentenza del 14 ottobre 2015, n. 11475.¹⁹⁷

Nel caso sottoposto all'attenzione del Tribunale milanese, la domanda veniva presentata da una donna quarantenne, rappresentata dal proprio amministratore di sostegno, nei confronti della madre, la quale al momento della nascita aveva espresso la volontà di non essere nominata. La vicenda ha tratti peculiari, in considerazione del fatto che la figlia, nata da una relazione extraconiugale, ancorché la madre fosse rimasta anonima, era stata denunciata all'anagrafe dal padre, il quale aveva poi comunicato alla figlia le generalità della madre biologica.

Nel merito, il Tribunale milanese ha rigettato le istanze avanzate dall'attrice, richiamando il fondamento costituzionale della disciplina del parto anonimo, ravvisabile nell'esigenza di tutelare la gestante che versi in situazioni di particolare difficoltà consentendole di partorire in una struttura sanitaria adeguata e distogliendola da "decisioni irreparabili", ben più gravi - anche dal punto di vista del nascituro - rispetto al rifiuto dell'assunzione delle proprie responsabilità genitoriali. Se, osserva il Tribunale, il carattere irrevocabile e perpetuo degli effetti della dichiarazione della madre di voler rimanere anonima è stato smentito dalla giurisprudenza interna e sovranazionale, laddove ha imposto misure di verifica della attualità del consenso della madre all'anonimato nel caso in cui il figlio a distanza di tempo manifesti l'esigenza di conoscere le proprie origini, in mancanza di revoca

¹⁹⁷ Tribunale di Milano, 14 ottobre 2015, n. 11475, in *Famiglia e Diritto*, con nota di M. G. Bugetti, "Sull'esperibilità delle azioni ex artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito nell'anonimato", 2016, 5, 475.

della dichiarazione da parte della genitrice non può trovare accoglimento né un'azione diretta all'instaurazione di una relazione di genitorialità *ex art. 269 c.c.* nei suoi confronti, né un'azione diretta ad ottenere il mantenimento *ex art. 279 c.c.*

Secondo il Tribunale, sarebbe contraddittorio con la disciplina generale sul parto anonimo, così come modificata ed integrata dalla giurisprudenza Cedu e costituzionale, che limita la conoscenza delle origini alla verifica della volontà della donna, per il tramite della procedura cd. di interpello, di rimanere nell'anonimato. In altre parole, secondo i giudici di merito la possibilità di instaurare il rapporto di filiazione, anche contro la volontà della donna, sarebbe un grave disincentivo al ricorso alla pratica *ex art. 30 d.p.r. 396 del 2000*.

La posizione assunta dal tribunale milanese si pone in contrasto con quanto sostiene una parte della dottrina, secondo cui le due posizioni appena illustrate non sono sovrapponibili, in quanto nei casi di proposizione di azione di dichiarazione giudiziale di maternità si è dinanzi a soggetti privi di uno *status filiationis*. La negazione dell'esercizio dell'azione *ex art. 269 c.c.* equivarrebbe alla negazione dello *status* e, in conseguenza, alla violazione del diritto all'identità personale della persona di minore età,¹⁹⁸

Sull'esperibilità dell'azione in caso di madre defunta, il punto pare più pacifico.¹⁹⁹

Sulla questione è recentemente intervenuta la Corte di Cassazione con sentenza del 22 settembre 2020, n. 19824. Il caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte aveva ad oggetto l'esperimento di un'azione *ex art. 269 c.c.* da parte di un figlio di donna rimasta anonima al momento del parto, successivamente al decesso di quest'ultima.

¹⁹⁸ M. N. Bugetti, "Sull'esperibilità delle azioni *ex artt. 269 e 279 cc* nei confronti della madre che abbia partorito in anonimato", in *Famiglia e Diritto*, 2016, 5, 476. In senso contrario, con specifico riferimento all'azione di reclamo, V. Ciralo, "Contestazione e reclamo dello stato di figlio", in M. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, in M. Bianca (a cura di), Milano; Chiappetta, "L'azione di reclamo dello stato di figlio (artt. 239 e 248)", in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, 468 ss.

¹⁹⁹ Tribunale di Bari, sentenza del 15 marzo 2016, in *DeJure* e Tribunale di Roma, sentenza del 17 gennaio 2018, n. 18772, in *DeJure*.

Nell'esaminare il complesso bilanciamento tra diritto del figlio all'identità personale e diritto della madre all'anonimato, la Corte compie un distinguo a seconda che la seconda sia o meno deceduta.

Nella prima ipotesi, i giudici di legittimità hanno riconosciuto la prevalenza della prima situazione giuridica soggettiva, pronunciando il seguente principio di diritto: “Venendo meno per effetto della morte della madre, l'esigenza di tutela dei diritti alla vita ed alla salute, che era stata fondamentale nella scelta dell'anonimato, non vi sono più elementi ostativi non soltanto per la conoscenza del rapporto di filiazione, ma anche per la proposizione dell'azione volta all'accertamento dello *status* di figlio naturale, *ex art. 269 c.c.*”.²⁰⁰

Seppur, come sopra visto, la questione circa la possibilità dell'esercizio dell'azione *ex art. 269 c.c.* sia tutt'altro che pacifica, la posizione assunta dalla Suprema Corte circa la possibilità di accertare giudizialmente la maternità nel caso in cui la donna rimasta anonima sia defunta ha, comunque, una sua rilevanza per gli obiettivi del presente lavoro.

Infatti, si riconosce, anche in caso di “rifiuto” della maternità, una inevitabile correlazione tra la stessa ed il dato biologico e, quindi, l'interesse del figlio a che questa venga riconosciuta anche in mancanza di volontà della donna. Nonostante l'orientamento pacifico sia limitato, al momento, al caso in cui la suddetta sia deceduta non si tratta di questione di poco conto considerando le conseguenze giuridiche (ma anche personali) di un accertamento postumo del legame di filiazione. Si pensi alle questioni ereditarie o al rapporto con eventuali fratelli e/o sorelle. A titolo esemplificativo, questi diverrebbero eredi gli uni per gli altri dei rispettivi patrimoni *ex artt. 570, 571 e 582 c.c.*, nonché eventualmente destinatari di obblighi alimentari *ex art. 433 c.c.*

La conferma circa la sussistenza di una piena tutela dell'interesse del figlio al disvelamento dell'identità della propria madre biologica è giunta da una recente sentenza della Cassazione depositata lo scorso 9 settembre 2022 n. 26616. Invero, nel

²⁰⁰ Nell'ipotesi in cui la donna sia in vita, al contrario, la Cassazione ribadisce la prevalenza del diritto della madre biologica all'anonimato, con ciò attribuendo maggiore rilevanza all'intenzione, rispetto al legame biologico-genetico (v. *infra* cap. 4).

richiamare i propri precedenti sul tema²⁰¹, i giudici di legittimità hanno ribadito la diversità di trattamento, tra l'ipotesi in cui la madre naturale che aveva scelto l'anonimato al momento del parto sia ancora in vita e quella in cui la stessa sia deceduta, al momento dell'istanza di accesso alle origini del figlio, “poiché la distinzione è coerente con quanto ha affermato la Cassazione in ordine alla conoscenza delle proprie origini da parte del figlio adottivo, in caso di parto anonimo. Solo la madre vivente può manifestare il proprio dissenso alla richiesta del figlio, nell'esercizio di propri personalissimi diritti soggettivi; in caso di decesso, invece, il figlio può essere autorizzato dal tribunale minorile ad accedere alle informazioni riservate sull'identità della propria madre, senza particolari ostacoli” (Cass. 26616/2022). E neppure, secondo la Cassazione, possono ritenersi prevalenti gli interessi degli eredi della madre biologica rimasti in vita, in quanto “stante l'ampiezza che va riconosciuta al diritto all'accertamento dello *status* di figlio naturale, nel bilanciamento dei valori di rango costituzionale che si impone all'interprete per il periodo successivo alla morte della madre, l'esigenza di tutela dei diritti degli eredi e discendenti della donna che ha optato per l'anonimato non può che essere recessiva rispetto a quella del figlio che rivendica il proprio status”.

Quanto affermato lo scorso anno dai giudici di legittimità è stata dichiaratamente esteso non solo ai fini della conoscenza del rapporto di filiazione, ma financo per l'accertamento dello stato di figlio/figlia ai sensi dell'art. 269 c.c.

²⁰¹ Cfr. Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024; Cass. civ. 9 novembre 2016, n. 22838. Tali pronunce ribadivano che non è da considerare operativo, oltre il limite della vita della madre che ha partorito in anonimo, il termine di cento anni, dalla formazione del documento, per il rilascio della copia integrale del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre, sul rilievo che ciò determinerebbe la cristallizzazione di tale scelta, anche dopo la sua morte, e la definitiva perdita del diritto fondamentale del figlio, in evidente contrasto con la reversibilità del segreto e l'affievolimento, se non la scomparsa, di quelle ragioni di protezione che l'ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela per tutto il corso della vita della madre, proprio in ragione della revocabilità di tale scelta. Secondo le anzidette pronunce, se il diritto della madre a non essere nominata in occasione del parto ha la funzione principale di contrastare l'opzione abortiva, questo diritto è pieno solo al momento della nascita del bambino, “dopo la nascita [...] il diritto all'anonimato diventa strumentale a proteggere la scelta compiuta dalle conseguenze sociali e in generale dalle conseguenze negative che verrebbero a ripercuotersi [...] sulla persona della madre. Non è il diritto in sé della madre che viene garantito ma la scelta che le ha consentito di portare a termine la gravidanza” (Cass. 15024/2016).

2.2.3 La dichiarazione giudiziale nel caso di compresenza di più madri

L'analisi della rilevanza della dimensione biologica della maternità (gravidanza e parto), nella definizione giuridica della figura materna, appare particolarmente interessante nei casi di accertamento della maternità, in conseguenza alla compresenza di più “madri” ovvero, in altre parole, di più donne che vantano un proprio titolo che, a loro avviso, dovrebbe qualificarle come *madri*.

L'ordinamento giuridico interno (ed in particolare l'art. 5 della legge 40/2004) non consente l'accesso alle tecniche di PMA a coppie di donne²⁰², per tale ragioni non rinveniamo nel diritto positivo (come avviene in altri ordinamenti)²⁰³ una espressa regolamentazione delle vicende di *co-maternità*. Nonostante ciò, i casi in cui si può assistere ad una richiesta di accertamento di una doppia maternità o in cui si sia in presenza di più madri sono ormai notoriamente frequenti anche in Italia. Interessante, quindi, capire se un certo *favor* verso il contributo biologico nell'accertamento della maternità può essere individuato dalla giurisprudenza interna, in caso di compresenza di più madri in “conflitto” e in casi di *co-maternità*.

Nella seconda ipotesi si fanno certamente rientrare i casi di coppie composte da donne, le quali, al fine di procreare un figlio mediante PMA eterologa o maternità surrogata, si recano all'estero e poi, al rientro in Italia, richiedono il riconoscimento del proprio *status* di madre ovvero le ipotesi di ricorso a pratiche di *surrogacy* da parte di coppie eterosessuali.²⁰⁴ In tale casistica, è necessario, come si vedrà meglio nel proseguito, compiere un'ulteriore distinzione tra i minori nati all'estero, in

²⁰² Tale requisito previsto dalla legge 40/04 non è stato giudicato contrario alla Costituzione dalla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 221 del 18 giugno 2019.

²⁰³ In Germania, ad esempio, la definizione legale di madre è stata estesa al fine di includere non solo “la persona che ha partorito”, ma anche colei che è coniugata o si trova in una *registered partnership* con la *birth mother* e ha acconsentito al ricorso a tecniche di PMA (art. 1:198 (1) (a) e (b) codice civile tedesco; sul punto cfr. H. Willekens, K. Scheiwe, T. Richarz, E. Schumann, op. cit.); si tratta della cd. “presunzione di maternità” introdotta in Belgio il 1 gennaio 2015. Tuttavia, la legislazione mantiene il “primato” della madre “principale” a quella biologica, non spingendosi fino a riconoscere legalmente l'esistenza di due madri (ma, appunto di una madre e di una co-madre. V. sul punto A. M. Lecis Cocco Ortu, “La <presunzione di maternità> presto in vigore in Belgio”, in *Articolo29*, 22 dicembre 2014).

²⁰⁴ Come si vedrà, la madre non biologica (cioè quella che non ha portato avanti la gravidanza e non ha partorito), può essere legata al nato/a da un legame genetico (poiché ha donato alla partner il proprio gamete) ovvero da un legame di tipo intenzionale-sociale (ha acconsentito all'avvio del progetto procreativo-genitoriale con la propria partner ed intende prendersi cura del soggetto nato).

riferimento ai quali si chiede solo la trascrizione dell'atto di nascita e quelli nati in Italia, per cui si chiede la formazione del detto certificato.

Per quanto concerne, invece, i casi di compresenza di più donne che si attribuiscono, in contrapposizione alle altre coinvolte, la qualifica di madre, sono certamente interessanti le fattispecie di controversie fra le diverse partecipanti alla pratica della *surrogacy* e alle tecniche di PMA eterologa. All'interno di quest'ultima categoria, più nel dettaglio, rilevanti per gli obiettivi del presente lavoro, i casi di controversie tra *ex partner* e le vicende di PMA eterologa "per errore".

- Eterologa "per errore"

Partendo dalle fattispecie di accertamento giudiziale della maternità, in casi di controversie tra più "madri", particolarmente interessanti sono, senza dubbio, le vicende di scambio di materiale genetico. Casi in cui, successivamente ad errore da parte del personale sanitario, ci si è trovati a dover stabilire quale dei differenti titoli di maternità dovesse prevalere sull'altro/sugli altri e, quindi, chi fosse la madre. Gli errori a cui ci si riferisce consistono nello scambio accidentale di materiale genetico (talvolta addirittura di embrioni) durante procedure di FIVET di tipo omologo, per effetto delle quali il nascituro dovrebbe presentare il patrimonio genetico dei genitori intenzionali.²⁰⁵ In alcune circostanze, l'avvenuto scambio si scopre in tempo, ovvero prima dell'evento nascita. A titolo esemplificativo, si segnala un caso torinese del 2004, in cui a due donne fu somministrata la pillola del giorno dopo mezz'ora dopo che una delle due coppia coinvolte aveva notato che lo sperma usato per la loro FIVET riportava il nome di un altro uomo.²⁰⁶

²⁰⁵ Come afferma A. Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Il Mulino, 2018, p. 149 i casi di scambio di materiale genetico rappresentano "la versione moderna degli scambi di neonati, di cui si sente parlare decisamente più raramente che in passato". Eclatante il caso di Mazara del Vallo, dove lo sbaglio non è stato sugli embrioni, ma sui neonati. Due bimbe, nate nello stesso giorno del 1998 a distanza di quindici minuti l'una dall'altra, sono state scambiate nelle culle nell'ospedale cittadino 'Abele Ajello'. Le figlie sono state restituite a madri e padri biologici dopo tre anni dalla nascita. L'errore è stato scoperto all'asilo, le due bambine frequentavano la stessa scuola, e quando una mamma andò a riprendere la figlia, l'insegnante le portò per errore l'altra bimba, per un'evidente somiglianza con la madre naturale (sulla vicenda siciliana, cfr. S. Agosta, "Quando l'eterologa è inaspettata: il preminente interesse del minore, quale criterio di *reductio ad unum* dei (troppo) frammenti di maternità", in *ConsultaOnline*, 2014; per un racconto più "romanzato" della vicenda si veda il seguente articolo <http://www.panorama.it/news/cronaca/vite-scambiate-culla/>).

²⁰⁶ N. Zancan, "Lo scambio di provette? E' stato come uno stupro" in *La Repubblica*, 11 settembre 2004, <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2004/09/11/lo-scambio-di-provette-stato-come-uno.html>.

La vicenda più eclatante è certamente quella nota come “Il caso Pertini”, dal nome dell’Ospedale romano, in cui avvenne lo scambio, su cui si è espresso il Tribunale di Roma in occasione di tre ricorsi nel 2014, 2015 e 2016.²⁰⁷

Il caso ha origine alla fine del 2013, quando due coppie (sposate) si rivolgevano ad una clinica specializzata, al fine di intraprendere un percorso di fecondazione di tipo omologo. Tuttavia, in seguito di un casuale errore dei sanitari, gli embrioni formati in vitro con il materiale genetico delle coppie venivano scambiati ed impiantati in maniera invertita. Ad aggravare la situazione, mentre in un caso l’impianto dell’embrione dava luogo a una regolare gravidanza, da cui, in data 3 agosto 2014, nascevano due gemelli, l’altra coppia non riusciva a portare a termine il progetto genitoriale. Accertato l’avvenuto scambio di embrioni, la prima coppia decideva comunque di concludere la gravidanza e di assumersi la responsabilità dei nascituri. Analogamente, la seconda coppia, facendo leva sul legame genetico, rivendicava la titolarità in capo ad essi dello *status* genitoriale.

Da qui l’esigenza di stabilire chi dovesse considerarsi la madre ed il padre dei gemelli. Per quanto riguarda lo *status* materno si trattava di capire se attribuire maggiore rilevanza al contributo biologico (dato dalla gestazione e dal parto) o a quello genetico (dato dall’aver fornito il proprio gamete). Rispetto al padre, invece, se l’elemento genetico potesse far venire meno i meccanismi di attribuzione di paternità sussistenti nell’ordinamento interno, che, per le coppie sposate, prevedono che padre sia il marito della madre (art. 231 c.c.).

La vicenda giudiziaria “Pertini” si compone di quattro tappe: il ricorso cautelare proposto dalla coppia di genitori genetici, che si è concluso con l’ordinanza del Tribunale di Roma dell’8 agosto 2014, il ricorso presentato dinanzi alla Corte EDU, in cui si lamentava la violazione dell’art. 8 CEDU (ricorso ritenuto

²⁰⁷ Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell’8 agosto 2014, in *Diritto e Giustizia. Il quotidiano di informazione giuridica*, 1 settembre 2014; ordinanza del 22 aprile 2015 in <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Tribunale-di-Roma-Caso-Pertini-rigettato-il-secondo-ricorso#:~:text=22%20aprile%202015,all'Ospedale%20Pertini%20di%20Roma.&text=Il%20ricorrente%20conveniva%20in%20giudizio,azione%20di%20disconoscimento%20di%20paternit%C3%A0,sentenza del 10 maggio 2016 in https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Tribunale-di-Roma-sent.-10-maggio-2016-scambio-embrioni-al-Pertini-ed-impossibilita-di-dichiarare-la-genitorialita-genetica>.

irricevibile)²⁰⁸, una seconda richiesta presentata dal padre genetico rigettata dallo stesso giudice romano con ordinanza del 22 aprile 2015 e, infine, la richiesta dei genitori genetici volta a ottenere una dichiarazione di genitorialità genetica in loro favore che, in conformità ai provvedimenti precedenti, è stata ritenuta infondata dal Tribunale di Roma, con sentenza del 10 maggio 2016.

Tra i provvedimenti emessi in riferimento alla vicenda Pertini, il più interessante è certamente quello del Tribunale di Roma, ordinanza 8 agosto 2014. Invero, all'esito del procedimento e pur constatando l'atipicità della vicenda, il Tribunale di Roma, ha giudicato il caso di specie applicando il diritto vigente ed, in particolare, l'art. 269 comma tre, c.c. secondo cui madre è colei che partorisce e l'art. 231 c.c., secondo cui padre è il marito della madre. In riferimento al legame fra maternità e dimensione biologica (gestazione e parto), in particolare, il giudice romano ha ritenuto dirimente il fatto che il legislatore non avesse colto l'occasione della riforma della filiazione del 2012-2013 per modificare e/o integrare l'art. 269 c.c.. Ciò, secondo il Tribunale di Roma poteva essere interpretato come una perdurante *voluntas legislatoris* di identificare la figura materna con il contributo biologico apportato.

Oltre a questo, l'ordinanza del giudice romano, *latere matris*, ha sottolineato chiaramente che l'applicazione del *mater semper certa est* sarebbe stato il più rispondente all'interesse del minore a non essere separati dalla madre che li ha portati in grembo e partoriti. Il Tribunale romano, quindi, ha valorizzato il contributo biologico della gestazione anche da un punto di vista relazionale e come "continuità degli affetti" tra la madre e il nato.

Le richieste dei genitori genetici non hanno trovato accoglimento neppure nell'ultima sentenza emessa dal medesimo tribunale in data 10 maggio 2016.

Tale pronuncia, pare anch'essa degna di menzione per alcune particolari argomentazioni offerte a sostegno del *favor* della madre biologica, rispetto a quella genetica-sociale, sulla base di un'interpretazione di alcune disposizioni della legge 40.

²⁰⁸ *X e Y c. Italia*, ricorso n. 41146/14, decisione del 16 dicembre 2014. A commento della decisione si veda A. Scalera, "La vicenda dello scambio di embrioni al vaglio della Corte di Strasburgo", in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, n. 4, pp. 385 e ss..

In particolare, il Tribunale romano oltre ad allinearsi a quanto già affermato in sede cautelare e nel precedente giudizio di merito richiamando le norme codicistiche in tema di filiazione²⁰⁹, ha invocato gli artt. 8 e 9 della legge sulle tecniche di PMA a supporto della propria tesi.

In riferimento alla prima norma, i “genitori genetici” avevano richiamato la correlazione tra la volontà di accedere alle tecniche di PMA e lo stato giuridico del nato attraverso tali modalità. Tuttavia, nell’interpretare la disposizione, ed in particolare, l’individuazione del destinatario della stessa, il Tribunale di Roma ha escluso che potesse trattarsi dell’embrione ancora *in vitro*. In altre parole, il giudice romano ha sottolineato l’importanza dell’impianto in utero e della formazione di un feto capace di vita intrauterina e della conseguente nascita, momento prima del quale l’embrione è privo della capacità giuridica indispensabile per l’acquisizione di uno *status filiationis*. Secondo il Tribunale di Roma, quindi, l’art. 8 della legge 40/04 attribuisce rilievo decisivo alla gestazione e al parto.

In riferimento all’univoca decisione di tutti i giudici coinvolti nella complessa vicenda in esame, vi è anche chi²¹⁰ ha sostenuto che i suddetti siano stati guidati da una sorta di interesse di tutela della madre biologica “o comunque condizionati dall’inimmaginabilità di compiere il brutale gesto di separare i nati da chi li aveva per nove mesi condotti alla vita”²¹¹.

Sulla vicenda si è pronunciato il CNB – Comitato Nazionale di Bioetica²¹², il quale non si è espresso a favore di una o dell’altra coppia, ma si è limitato ad

²⁰⁹ Esclude inoltre l’estensibilità alla fattispecie di scambio di embrioni dell’art. 239 c.c., affermando che: “Il legislatore proprio di recente è intervenuto a modificare i presupposti di esercizio delle predette azioni: un legislatore, dunque, quello del 2013, ben consapevole delle nuove frontiere aperte dalle tecniche di PMA e che pur non ha inteso estendere la tutela approntata per lo scambio di neonati all’ipotesi di scambio di embrioni”.

²¹⁰ S. Cacace, “Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. Così vicini ad un corto circuito giuridico”, in *Riv. It. Med. Legale*, 2016, 3, p. 9

²¹¹ S. Cacace, “Le diverse facce della genitorialità”, op. cit., p. 12. Cfr. Trib. Roma, 8 agosto 2014, cit.: “[...] riconoscendo la prevalenza della madre genetica (...) si attribuirebbe legittimità giuridica ad una coattiva maternità di sostituzione, con la rinuncia imposta ad un figlio che pure la madre biologica ha condotto alla vita. Soluzione che è totalmente inconciliabile con il diritto della donna che ospita il feto all’intangibilità del suo corpo e, pertanto, ad assumere ogni decisione in ordine alla sua gravidanza, nonché gravemente lesiva della dignità umana della gestante [...]”.

²¹² Cfr. il parere, sollecitato dalla Regione Lazio, Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni, 11 luglio 2014, in <http://www.governo.it/bioetica/pareri.html>.

avanzare argomentazioni a favore delle varie figure genitoriali.²¹³ Il Comitato ha poi espresso la necessità, per il preminente interesse del minore, di assicurare “due figure certe di riferimento, con piena titolarità di responsabilità giuridica e in condizione di esercitare il diritto di scegliere con consapevolezza e autorevolezza ciò che ritengono essere il meglio per i propri figli”, ma allo stesso tempo evitare di escludere *in toto* una o più figure genitoriali. Con ciò il CNB, ammettendo l’ammissibilità (e anzi la rispondenza talvolta al *best interest of the child*) della plurigenitorialità ha ritenuto importante il mantenimento di un rapporto con tutti i soggetti che avevano contribuito al progetto procreativo e genitoriale. Ciò a cui, quindi, auspicava il Comitato era il superamento della logica dei “diritti in competizione”.²¹⁴

Tale possibilità, tuttavia, non è stata accolta dalla giurisprudenza che si è pronunciata sul caso. Si tratta di capire se abbia influito il mancato assenso in questo senso della madre biologica, considerate, come si vedrà, le ipotesi di doppia maternità che sono state invece riconosciute. In altre parole, la constatazione che ciò non sia stato fatto nella vicenda Pertini porta ad una riflessione circa il requisito necessario del consenso della madre biologica al fine dell’ammissibilità di una doppia maternità (che sia genetica o meramente intenzionale). Di conseguenza, la perdurante centralità della prima, nonostante le incontestabili aperture da parte dell’ordinamento rispetto alla pluralità delle figure materne.

- Controversie fra coppie di donne che ricorrono alla PMA

La riflessione si arricchisce di elementi se si procede oltre il caso dell’ospedale capitolino e si prendono in considerazione quelle vicende, in cui il conflitto fra la madre biologica e la madre genetica e/o madre intenzionale si verifica

²¹³ Per quanto attiene la madre biologica, il CNB ha posto il focus sull’inscindibile legame che si crea tra madre e nascituro durante i mesi della gestazione: “tra la madre gestante e il nascituro si determinano e si consolidano, nel corso della gravidanza, innegabili legami di ordine biologico” (CNB, “Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni”, cit., p. 7.

²¹⁴ Cfr., sul punto, I. Corti, “Due gemelle e quattro genitori interrogano il diritto. (Riflessioni in merito all’erroneo scambio di embrioni: ordinanza del Tribunale di Roma 8 agosto 2014), in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2016, p.135.

Nella direzione auspicata dal CNB alcuni casi di scambio di embrioni che hanno avuto luogo in altri Paesi. Li descrive nel dettaglio A. Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, op. cit., pp. 150-170.

nell'ambito di una coppia di donne, successivamente al termine della relazione sentimentale.

In Italia, un caso di questo tipo è stato portato dinanzi al Tribunale di Padova nel 2019.

Il caso riguardava due donne, precedentemente unite da una relazione sentimentale, le quali si erano sottoposte all'estero ad una pratica di fecondazione di tipo eterologo, in cui solo una di esse aveva messo a disposizione il proprio gamete e aveva portato avanti la gravidanza, ma a cui entrambe avevano dato avvio con il proprio consenso e la propria volontà di costituire insieme il progetto procreativo e genitoriale. Le gemelle venivano poi formalmente riconosciute in Italia solamente dalla madre biologica. Tuttavia, dopo alcuni anni, la coppia si separava e la madre biologica si opponeva alla frequentazione dell'*ex partner* con le bambine. La prima si opponeva anche all'adozione in casi particolari e tale dissenso non poteva venire superato ai sensi dell'art. 46 della l. 184 del 1983. Il tribunale per i minorenni interveniva *ex art. 333 c.c.*, su ricorso del PM, vista la carenza di legittimazione attiva della madre sociale²¹⁵. Inoltre, la madre intenzionale decideva di rivolgersi al Tribunale ordinario di Padova. Tale giudice veniva adito per ottenere l'autorizzazione a dichiarare all'ufficiale dello stato civile di essere genitore ai sensi dell'art. 8 della legge 40 e di essere dichiarata tale dalla sentenza del tribunale, per avere prestato il consenso alla fecondazione eterologa. La ricorrente, in via subordinata, chiedeva di essere autorizzata a riconoscere, davanti all'ufficiale di stato civile, le minori quali proprie figlie sulla base del consenso alla fecondazione eterologa, superando il dissenso della madre biologica che le aveva già riconosciute. In via ulteriormente subordinata, la ricorrente chiedeva di ordinare all'ufficiale di stato civile la rettifica del certificato di nascita, in modo che risulti che le stesse sono nate a seguito di fecondazione eterologa sulla base del consenso di ambedue le donne. Il tribunale di Padova con ordinanza 9 dicembre 2019 dubitava della legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge 40 del 2004 e dell'art. 250 c.c. ed in particolare del comma 4

²¹⁵ Nel corso della pubblica udienza dinnanzi alla Corte Costituzionale (ascoltabile qui <https://www.radioradicale.it/scheda/626699/udienza-pubblica-della-corte-costituzionale>) è stato riferito che il giudizio dinnanzi al tribunale per i minorenni non si è ancora concluso. In seguito al ricorso del PM, vi era stato un immediato provvedimento del TM per ripristinare i rapporti tra madre sociale e le bambine. Tuttavia, la madre sociale non vedeva le minori se non dopo la costituzione nel giudizio dinnanzi alla Consulta e, comunque, per soli cinque incontri. Anche le video chiamate programmate venivano interrotte dalla madre biologica a partire dal settembre 2020.

che non consentirebbe il riconoscimento di figlie delle nate da pma eterologa praticata da coppia *same sex* da parte della madre intenzionale, superando il dissenso della madre biologica. Il collegio riteneva che tali articoli sistematicamente interpretati non consentissero al nato/a da tecniche di pma di tipo eterologo l'attribuzione dello *status* di figlio anche per la madre intenzionale, in assenza delle condizioni per procedere ad una adozione in casi particolari. Sottolineava il Collegio che le uniche vie ritenute percorribili dalla giurisprudenza di legittimità per tutelare l'interesse dei minori nati in queste circostanze, ossia la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero ove la nascita sia avvenuta in altro Paese oppure la cd. *stepchild adoption* non erano praticabili nel caso di specie, perché le bambine erano nate in Italia e l'atto di nascita era stato ivi formato e, da ultimo, non vi erano le condizioni per l'applicazione dell'art. 44 l. adoz. per le ragioni di cui sopra.

La Corte Costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 32 del 9 marzo 2021 ponendo in evidenza il vuoto di tutela sussistente nei confronti dei figli nati all'estero, in Stati in cui la PMA è permessa alle coppie dello stesso sesso. In questi casi, soprattutto, nell'eventualità in cui si crei una situazione conflittuale all'interno della coppia, non vi è nessuno strumento utilizzabile per far valere i diritti delle minori al mantenimento, alla cura, all'educazione, all'istruzione, alla successione, alla continuità e al conforto delle abitudini condivise. A questo fine, ha sottolineato la Consulta, risulta insufficiente l'istituto dell'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato: si richiede, infatti, il necessario assenso del genitore biologico che può venire a mancare, come in questo caso, proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore. Secondo la Corte, dunque, è evidente come “i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi”. La Corte, tuttavia, ha ritenuto di non poter porre rimedio al riscontrato vuoto di tutela, in ragione della preminenza della discrezionalità legislativa in materia, ed ha esortato il legislatore ad intervenire, ponendo fine al più presto alla propria inerzia, al fine di individuare “un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti”. A questo fine, la Corte

ha invitato il legislatore a prevedere una modalità più congrua per il riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, ad esempio con una nuova modalità di adozione.

Con la pronuncia n. 32 la Corte ha riconosciuto l'esistenza del "problema", considerando che, alla luce della normativa esistente, non è possibile tutelare adeguatamente le persone minori nate nell'anzidetta situazione. Inoltre, pare che la Consulta sia andata in una direzione opposta rispetto ad altre sentenze, dalla stessa emanate, negli ultimi anni (si veda ad esempio la n. 221 del 2019 e la n. 230 del 2020). In realtà, ad essere mutata è la prospettiva: quella della 32/2021 è "figliocentrica" (interesse del minore all'acquisizione di uno *status filiationis*), mentre quella delle altre due sentenze è, piuttosto, "adultocentrica" (interesse delle coppie *same sex* ad accedere alla PMA, interesse a vedere riconosciuta la doppia maternità).

- Casi di *co-maternity*

Nei casi di *co-maternity* la centralità della maternità biologica è ancora piuttosto evidente.

Occorre, innanzitutto, distinguere due ipotesi: i casi in cui le due donne che intendono divenire madri accedono alle tecniche di PMA all'estero e tornano in Italia solo in seguito alla nascita del figlio chiedendo la *trascrizione* del certificato di nascita formato all'estero e i casi in cui, invece, la persona di minore età nasca in Italia e in Italia si chiedi la *formazione* dell'anzidetto certificato, con l'indicazione della doppia maternità.

Nel primo caso, nonostante, come detto, l'applicazione delle tecniche di PMA agli anzidetti soggetti sia vietata in Italia, non pare vi siano particolari resistenze, né da parte della giurisprudenza di merito, né da parte di quella di legittimità al riconoscimento dello *status* formato all'estero: le norma di riferimento, trattandosi di un atto straniero, sono solo quelle di diritto internazionale privato (ed in particolare la legge 31 maggio 1995, n. 219) e l'unico ostacolo alla trascrizione è il noto

principio di ordine pubblico, come è stato affermato anche dalla Corte di Cassazione nella sentenza 7668 del 2020.²¹⁶

Diversamente, per i casi di compresenza di più madri, in cui si chiede l'accertamento della maternità per minori nati in Italia, se pare che l'orientamento per lo meno della giurisprudenza di merito si discosti maggiormente dai "canali tradizionali" di accertamento della maternità, ponendo al centro altri criteri oltre quello biologico: *link* genetico e intenzione ovvero solo intenzione,²¹⁷ un approccio più tradizionale si rileva, invece, soprattutto recentemente, rispetto alla giurisprudenza di legittimità e della Corte Costituzionale.

Il *discrimen* tra le due fattispecie consiste nel fatto che, essendo in Italia precluso alle coppie *same sex* di accedere alle tecniche di PMA, ai sensi dell'art. 5 della legge 40, da ciò dipende che, ove il bambino non nasca all'estero, solo la

²¹⁶ In materia di riconoscimento in Italia degli atti giuridici stranieri (diversi dalle sentenze) viene in rilievo l'art. 65, l. 281/1995, a norma del quale «hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi ... all'esistenza di rapporti di famiglia ... quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa». Nello spirito di fiducia e lealtà reciproche fra ordinamenti che regge il sistema italiano di diritto internazionale processualciviltistico, il legislatore presume la riconoscibilità degli atti in questione frapponendo come ostacoli i casi limite della contrarietà all'ordine pubblico e del mancato rispetto dei diritti di difesa.

Per l'analisi dell'orientamento ormai consolidato della piena efficacia, attraverso la trascrizione nei registri di stato civile, dell'atto di nascita formato all'estero costitutivo della doppia maternità si rimanda al capitolo terzo e quarto dedicato al legame intenzionale e genetico.

²¹⁷ In questo senso (a favore della doppia maternità), e nell'ordine, si sono pronunciate: la Corte di Appello di Napoli (4.7.2018), i Tribunali di Pistoia (5.7.2018), Bologna (6.7.2018) e Genova (3.12.2018), il Tribunale di Rovereto (12.4.2019), la Corte d'Appello di Firenze (19.4.2019), il Tribunale di Genova (4.6.2019), le Corti d'Appello di Perugia (21.11.2019), di Trento (16.1.2020), di Bari (17.12.2019) e i Tribunali di Rimini (25.1.2020) e di Bergamo (25.3.2020), Corte d'appello di Roma (27 aprile 2020), Tribunale di Cagliari (28 aprile 2020), Tribunale di Brescia (11 novembre 2020), Corte d'appello di Cagliari (29 aprile 2021), Tribunale di Roma (18 aprile 2021) tutte consultabili in *Articolo29*. In Italia, la prima registrazione all'anagrafe di un bambino figlio di due madri è avvenuta a Torino per volere della sindaca Chiara Appendino https://torino.repubblica.it/cronaca/2018/04/23/news/l_anagrafe_di_torino_registra_il_figlio_di_due_madri_e_la_prima_volta_in_italia-194615982/ (la vicenda è stata raccontata da una delle due mamme nel libro M. Ghisleni, *Generazione arcobaleno. La sfida per l'uguaglianza dei bambini con due mamme*, Einaudi, 2020). Tutte le pronunce hanno preso atto del divieto di accesso alla PMA a persone dello stesso sesso, contenuto all'art. 5 della legge 40/2004, ma hanno rilevato che l'art. 8 di quella stessa legge non disciplina solo lo stato dei figli nati in Italia a seguito di PMA realizzata in Italia da coppie eterosessuali. Esso opera, infatti, sul diverso e più ampio piano della tutela di chi sia già nato. La violazione dei requisiti di accesso, in altri termini, non può mai giustificare una menomazione di tutela dei diritti del nato.

partoriente può costituire lo stato nei propri confronti presentando la dichiarazione di avvenuto parto richiesta dall'art. 30, comma 2, del d.p.r. n. 396 del 2000.²¹⁸

A conferma di ciò, nel 2019 e nel 2020 la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione hanno emanato alcune pronunce che paiono andare in un' unica direzione: necessità di un legame biologico (talvolta questo è sovrapposto al genetico nel ragionamento delle Corti), al fine del riconoscimento di uno *status* materno.

Partendo dalla Corte di Cassazione, entrambi i casi che hanno portato alle pronunce nn. 7668 e 8029 del 2020 traggono origine dal rifiuto dell'Ufficiale di Stato civile di formare un atto di nascita attestante la doppia maternità.

Nella vicenda decisa dalla prima pronuncia, l'ufficiale di stato civile aveva rifiutato di ricevere la richiesta di riconoscimento congiunto, ad opera delle due donne, con decisione confermata dai giudici di prime e di seconde cure interessati dalla domanda di rettificazione *ex art.* 95 d.p.r. n. 396 del 2000, ostandovi il divieto, desumibile dagli artt. 11, comma 3, e 12, comma 1, dell'anzidetto decreto, di discostarsi dalle formule stabilite con decreto del Ministero dell'Interno, le quali impongono, in caso di riconoscimento di donna non coniugata, di dichiarare che la nascita deriva da unione naturale con persona legata da vincoli di parentela e affinità che impedirebbero il riconoscimento, ai sensi dell'art. 251 c.c.²¹⁹

La Suprema Corte, adita dalle due donne, rigettava il ricorso delle stesse, ritenendo dirimente, per la formazione di atti di nascita, il divieto previsto dal nostro ordinamento per le coppie *same sex* di accedere alle tecniche di PMA. Secondo la Corte, “dalla previsione dell'art. 5 l.40/04 deriva che per gli atti di nascita formati o da formare in Italia, possa essere menzionata una sola persona come madre, in virtù del rapporto biologico e/o genetico con la madre”²²⁰. Nel porre al centro della questione i limiti soggettivi previsti dalla l. 40, la Cassazione richiamava la pronuncia 221 del 2019 della Corte Costituzionale, con cui questa ha ritenuto gli

²¹⁸ E in questo senso vanno anche le formule utilizzate dall'anagrafe per gli atti dello stato civile che fanno riferimento al Decreto Ministeriale del 5 aprile 2002 “Approvazione delle formule per la redazione degli atti dello stato civile nel periodo antecedente l'informatizzazione degli archivi dello stato civile” (cfr. sul punto S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata, Limiti nazionali e diritti fondamentali*, op. cit., p. 43).

²¹⁹ Cfr. <http://www.comune.torino.it/servizionline/schede/userTorinoE.php?context=torinoE&submitAction=dettaglio&refScheda=333&m=&t=>.

²²⁰ Corte di Cassazione, sentenza 3 aprile 2020, 7668.

anzidetti requisiti conformi a Costituzione. La detta pronuncia, in particolare, aveva affermato che alla base di tale scelta legislativa “si colloca il trasparente intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre”.²²¹

Ancora, “allargando” il ragionamento anche oltre la legge 40/04, il giudice di legittimità ha sottolineato come il divieto di formare in Italia un atto di nascita attestante la doppia maternità sia desumibile anche da altre disposizioni (D.P.R. n. 396 del 2000, art. 30, comma 1; D.P.R. 17 luglio 2015, art. 1, comma 1, lett. c, che ha sostituito l'art. 7, comma 1, lett. a, del D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223²²²) che implicitamente (ma chiaramente) postulano che una sola persona abbia diritto di essere menzionata come madre nell'atto di nascita, in virtù di un rapporto di filiazione che presuppone il legame biologico e/o genetico con il nato.²²³

In altre parole, la Corte di Cassazione ha affermato l'esistenza di un nesso di consequenzialità necessaria tra divieto della pratica da parte di una coppia *same sex* e formazione dell'atto di nascita.²²⁴

Nella vicenda che è stata oggetto della pronuncia della Corte di Cassazione n. 8029 del 2020, i fatti erano pressoché identici a quelli alla base della sentenza sopra citata.

La Corte di Cassazione, intervenuta sul caso in esame in seguito al ricorso del Pubblico Ministero, richiamava, in prima battuta, la distinzione tra registrazione di atti formati all'estero e formazione o rettificazione di atti di nascita in Italia. Nella fattispecie, ci si trovava nella seconda ipotesi e nessun elemento di estraneità era presente e poteva giustificare l'applicazione delle norme di diritto internazionale

²²¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 221/2019.

²²² Si fa riferimento al d.p.r. 17 luglio 2015 n. 126 “Regolamento recante adeguamento del regolamento anagrafico della popolazione residente, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, alla disciplina istitutiva dell'anagrafe nazionale della popolazione residente”. L'art. 1, comma 1, lett.c del d.p.r. 126 ha modificato l'art. 7 del citato d.p.r. 223: c) l'articolo 7 e' sostituito dal seguente: “Art. 7 (Iscrizioni anagrafiche). - 1. L'iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente viene effettuata: a) per nascita, presso il comune di residenza dei genitori o presso il comune di residenza della madre qualora i genitori risultino residenti in comuni diversi, ovvero, quando siano ignoti i genitori, nel comune ove e' residente la persona o la convivenza cui il nato e' stato affidato”.

²²³ Cass. 7668/2020, p. 7.

²²⁴ Per un'analisi critica della pronuncia di legittimità si rinvia a S. Stefanelli, Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali, Giuffrè, 2021, p. 46 e ss..

privato. Le disposizioni a cui fare riferimento, quindi, erano unicamente quelle dell'ordinamento interno, che, ad avviso, della Corte risultano incompatibili con un riconoscimento fin dalla nascita della doppia maternità.

Da ultimo, ancora con riferimento alle pronunce di legittimità, si richiama l'ordinanza n. 6383 del 25 febbraio 2022, con cui la Cassazione ha negato la richiesta di una coppia di donne di rettificare un atto di nascita formato all'estero, al fine di "aggiungere la maternità" della partner della madre biologica, che, nel caso di specie, aveva fornito anche il proprio gamete.²²⁵ In particolare, la Corte di legittimità ha elaborato il principio in forza del quale "può ritenersi acclarato che sia in contrasto con la L. n. 40 del 2004, l'art. 4, comma 3, il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata a quella che lo ha partorito, stante l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali. Questo perché non è consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto", con la conseguenza che è inammissibile "un'istanza tesa a formare l'atto di nascita traducendo in termini certificativi il risultato di ciò che non può trovare ingresso in termini sostanziali".

Come si vedrà ancora nel prosieguo della trattazione, l'ordinanza del 2022 è particolarmente interessante perché fa riferimento alla sussistenza del legame genetico del minore con la madre intenzionale, scongiurando qualsiasi rilevanza del suddetto. Questo in quanto, in base alla legge nazionale, "una sola è la persona che può essere menzionata come madre in un atto di nascita". Inoltre, la Corte ha, per certi versi, "riabilitato" la pronuncia dell'adozione in casi particolari affermando che "sussistendo già a tutt'oggi delle norme (la disciplina della cd. adozione in casi particolari) volte a riconoscere la genitorialità del genitore omoaffettivo cd. intenzionale, non vi è alcuna "necessità di colmare in via giurisprudenziale un vuoto di tutela". In ogni caso, secondo la Cassazione, tale "vuoto" se anche ritenuto esistente, a fortiori trattandosi di materia "eticamente sensibile", sarebbe comunque colmabile in via legislativa, e non già mediante una "qualsivoglia attività di supplenza in termini solo giurisprudenziali".

²²⁵ V. *infra* cap. 4.

Rispetto alle pronunce della Corte Costituzionale, invece, che sembrano, al momento, andare in una direzione piuttosto “tradizionale” (fatta eccezione per la recente 32/2021, la quale tuttavia ha, ad avviso di chi scrive, una differente prospettiva), si fa riferimento innanzitutto alla sentenza n. 237 del 15 novembre 2019.

Questi i fatti. Nel corso di un giudizio civile, nel quale una cittadina statunitense e una cittadina italiana, lamentavano che “l’ufficiale dello stato civile del Comune di Pisa si era rifiutato di ricevere la dichiarazione di nascita espressa congiuntamente dalla ricorrente cittadina statunitense quale madre gestazionale, e dalla ricorrente cittadina italiana quale madre intenzionale, in forza del consenso alla fecondazione eterologa (avvenuta in Danimarca)” – l’adito Tribunale ordinario di Pisa sollevava “questione di legittimità costituzionale della norma che si desume» dagli artt. 449 del codice civile; 29, comma 2, e 44, comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396; 250 cod. civ.; 5 e 8 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, “nella parte in cui non consente di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile in base all’art. 33 legge 218/95”.

La Consulta ha affermato che se è pur vero che la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA è legata anche al “consenso” prestato, e alla “responsabilità” conseguentemente assunta, da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa, ciò vale sempreché quelle coinvolte nel progetto di genitorialità così condiviso siano coppie «di sesso diverso» in quanto espressamente disposto dall’art. 5 della predetta legge n. 40 del 2004, le coppie dello stesso sesso non possono accedere alle tecniche di PMA.

Nell’andare in tale direzione, la Consulta ha richiamato la propria precedente pronuncia n. 221 del 2019, la quale aveva affermato che la previsione dei requisiti soggettivi *ex art. 5 l. 40* non fossero fonte di alcuna distonia, né discriminazione basata sull’orientamento sessuale, in quanto la scelta compiuta dal Legislatore del 2004 rientrava nel suo legittimo potere discrezionale.

Ancora più recente è la sentenza n. 230 del 4.11.2020, con cui la Corte costituzionale ha richiamato l’orientamento della Corte di cassazione sopra

analizzato e ha affermato che il divieto di accesso alla PMA per le coppie omosessuali impedisce alla madre intenzionale di essere riconosciuta genitrice ai sensi delle disposizioni della Legge 40/2004. Sul punto, la Consulta ha altresì evidenziato che, in ordine all'auspicato riconoscimento delle donne omosessuali civilmente unite quali genitori del nato da fecondazione eterologa praticata dall'una con il consenso dell'altra, la scelta, operata dopo un ampio dibattito, dal legislatore del 2016 – quella, cioè, di non riferire le norme relative al rapporto di filiazione alle coppie dello stesso sesso, cui è pur riconosciuta la piena dignità di una vita familiare – sottende l'idea, non arbitraria o irrazionale, che una famiglia composta da due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile, rappresenti, in linea di principio, il luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato.

2.2.4 L'accertamento non contenzioso *ex ante* della maternità (riconoscimento volontario per la madre nubile)

Rispetto all'accertamento non contenzioso della maternità, il nostro ordinamento porta con sé ancora talune contraddizioni: il dato biologico “pesa” in una differente misura a seconda che si tratti di donna coniugata o di donna non coniugata.

Il sistema di accertamento della maternità, in seguito alla nascita è, infatti, ad oggi, ancora differente per le donne coniugate (per le quali esso avviene automaticamente) rispetto a quelle non coniugate (per le quali occorre un atto volontario di riconoscimento). Sul punto, infatti, il Legislatore del 2012-2013 non ha apportato alcuna modifica rispetto alla disciplina previgente.

L'atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile, *ex art.* 236, comma uno, c.c., costituisce prova della filiazione nel matrimonio, ed è titolo da cui risulta formalmente lo stato di figlio.²²⁶ Il sistema di attribuzione dello *status* del figlio nato

²²⁶ Nell'ipotesi di parto di donna coniugata, l'ordinamento dello stato civile autorizza ciascuno dei genitori, un procuratore speciale, il medico o l'ostetrica ovvero altra persona che ha assistito al parto a

da genitori coniugati è imperniato sulla regola di presunzione della paternità e della maternità, quale scelta in favore della certezza dei rapporti, a discapito della verità del concepimento (art. 231 c.c. e 29 e 30 d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 ord. st. civ.).²²⁷

La filiazione da donna non coniugata, invece, è accertata solo a seguito del formale riconoscimento del figlio operato dalla donna stessa o nell'atto di nascita ovvero con apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti all'ufficiale di stato civile o in un atto pubblico o in un testamento (artt. 250-254 c.c.).

Il sistema, cosiddetto, "volontario" di accertamento della filiazione materna²²⁸, vigente già nell'ambito del codice civile post unitario, poteva trovare un tempo giustificazione in una serie di circostanze, oggi ritenute a dir poco anacronistiche, ossia: la protezione dell'onore e del decoro della donna nubile²²⁹, il

rendere la dichiarazione di nascita all'ufficiale di stato civile, il quale unitamente all'attestazione di avvenuta nascita è incaricato di formare l'atto di nascita (art. 30 d.p.r. 396/2000). In origine, vigente il precedente ordinamento di stato civile, si prevedeva che qualora la dichiarazione di nascita fosse resa da persona diversa dal medico o dalla levatrice, dovesse mostrarsi all'ufficiale di stato civile il certificato di assistenza al parto (art. 70, comma 4, r.d.n. 1238/1939).

²²⁷ Tale distinzione tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori dal matrimonio, per quanto concerne la costituzione dello stato e le azioni di stato, è una delle ragioni per cui la riforma ha ricevuto non poche critiche da parte della dottrina. Si vedano le riflessioni di L. Lenti, "La sedicente riforma della filiazione", op. cit., p. 202 ss., per il quale "ci sarebbe stata consegnata una legge che è una sedicente riforma", una "riformicchia". Per l'autore si sarebbe trattato di "una curiosa legge in fieri, riprodotiva di un precedente schema di disegno di legge, "in parte una legge intesa a dare una riforma organica della materia secondo nuovi principi; in parte legge di delega al governo affinché emani successivamente uno o più decreti legislativi di attuazione; in parte una legge di maldestra correzione di un pasticcio prodotto dall'insipienza tecnica della legge del 2006 sull'affido condiviso, ed altro ancora". Ed ancora, cfr., sul punto, L. Balestra, "La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 4, 1223 ss.; A. Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Giappichelli Editore, 2008.

²²⁸ Che si contrappone al sistema, cosiddetto, "dell'atto di nascita", vigente, come si vedrà a breve, in quasi tutti gli ordinamenti giuridici europei. In passato si è parlato anche di "sistema tedesco" in contrapposizione a quello latino, perché originariamente accolto in Francia e in Italia (v., sul punto, A. Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Giappichelli, Torino 2008, p. 186).

²²⁹ Oggi tale necessità è venuta meno nel nostro Paese, in quanto la procreazione al di fuori dall'unione coniugale è stata pacificamente sdoganata e non è più considerata una "colpa". Ciò è avvalorato anche dalle ultime indagini ISTAT che confermano una crescita esponenziale del numero dei figli nati fuori dal matrimonio (8,1 % nel 1995, 19,6% nel 2008 e 32,3% nel 2018. Cfr., ISTAT, "Natalità e fecondità della popolazione residente", 25 novembre 2019 https://www.istat.it/it/files/2019/11/Report_natalit%C3%A0_anno2018_def.pdf).

rischio di aborti ed infanticidi²³⁰, la necessità di rispettare l'uguaglianza di trattamento tra maternità e paternità.²³¹

La maggior parte delle predette argomentazioni non hanno più fondamento e ragion d'essere, a causa del mutato contesto socio-giuridico, in cui oggi ci troviamo. Nonostante ciò, i numerosi interventi legislativi intervenuti negli anni non sono stati in grado di superare tale differenza, la quale lascia qualche dubbio sul fatto che il nostro ordinamento sia, nella realtà dei fatti, improntato sul principio del *mater semper certa est*.²³²

Sarebbe, quindi, auspicabile, a mio avviso, non arrivare al punto da ammettere l'obbligatorietà del riconoscimento materno (come prospettato da parte della dottrina)²³³, ma, più semplicemente, eliminare tale anacronistica differenza nella disciplina del riconoscimento fra donne coniugate e non coniugate, in un quadro complessivo, che per certi aspetti pare ormai ben definito, di totale equiparazione della prole, a prescindere che si o meno, nata in un contesto coniugale.

L'obbligatorietà di un atto di riconoscimento per l'instaurazione dello *status* materno della donna nubile potrebbe, tra le altre cose, avere gravi conseguenze in situazioni che, seppur raramente, potrebbero verificarsi: il caso classico è quello della donna, che diviene incosciente durante o dopo il parto e, comunque, prima che abbia avuto la possibilità di riconoscere il figlio.

Per fronteggiare tali eventualità, sarebbe anche interessante ragionare se possa o meno considerarsi sussistente una posizione giuridica soggettiva in capo alla partoriente, in quanto tale, rispetto al nato/a, *pre* (eventuale) riconoscimento legale della relazione materna.

²³⁰ Per scongiurare tali rischi c'è l'istituto del parto anonimo, come si vedrà meglio nel prosieguo.

²³¹ Non pare un'argomentazione forte, solo la maternità ha l'evidenza naturalistica del parto, che di per sé è una prova, mentre la paternità ha bisogno di test genetici. Cfr. sul punto A. Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, op. cit..

²³² Il primo tentativo di riforma del sistema di accertamento della maternità di donna nubile è rappresentato dalla proposta di legge n. 475/1949, presentata alla Camera dei Deputati dall'on. Bianca Bianchi "Disposizioni relative all'obbligatorietà del riconoscimento materno, alla ricerca della paternità e all'unificazione dei servizi assistenziali dei figli illegittimi". Negli stessi anni del progetto di legge Bianchi, anche a livello dottrinario l'interesse per una rivisitazione del sistema di accertamento della maternità di donna nubile era notevole. E' del 1952 il *Questionario per una riforma delle norme sulla filiazione*, diramato da Antonio Cicu, tra i cui quesiti figurava quello relativo all'obbligatorietà del riconoscimento materno (il Questionario veniva pubblicato sulla *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1952, pp. 813-818).

²³³ Cfr., soprattutto, A. Renda, *L'accertamento della maternità*, op. cit., p. 40 ss..

Se, invero, è pacifico che di relazione materna si possa parlare fin dal momento del concepimento e, soprattutto, con l'instaurarsi della relazione gestazionale²³⁴, si tratta di capire se possano o meno ritenersi sussistenti delle specifiche posizioni giuridiche soggettive in capo alla puerpera, soprattutto con riferimento alla delicata fase intercorrente tra il parto ed il riconoscimento del nato, da parte della madre nubile.²³⁵

Per rispondere a detto quesito, pare interessante, a mio avviso, il riferimento alla cosiddetta “maternità attestata”²³⁶, che fa capo alla partoriente, quasi come una condizione giuridica provvisoria destinata a precisarsi o nel riconoscimento del figlio/a o nella decisione di non procedere verso la costituzione dello *status* materno.

Fatte tali considerazioni, solo una “conversione” del sistema del riconoscimento materno della donna nubile da volontario ad automatico consentirebbe di definire l'ordinamento italiano come un ordinamento “*mater semper certa est*”.

Limitatamente al caso del riconoscimento della maternità, parrebbe che la rilevanza della *regola iuris* rilevi solo in relazione alla sussistenza o meno di un legame di coniugio con il padre.

3. La centralità del parto nella disciplina interna sulla PMA

²³⁴ Ed è della disciplina del parto anonimo, come delineata successivamente alla sentenza C. Cost. 278/2013.

²³⁵ Alcuni diritti soggettivi in capo alla donna gestante, in quanto tale, vi sono e definiscono la sua “specificità”. Tra questi: il diritto ad interrompere la gravidanza senza dover subire alcuna intrusione, neppure da parte del padre del nascituro, ovvero, e si vedrà, il diritto ad essere sentita, al fine del raccoglimento del consenso, nel caso in cui abbia riconosciuto un figlio nascituro e il padre, successivamente, voglia procedere in senso analogo (art. 254 c.c., in combinato disposto con l'art. 44, comma 1, ord. stat. civ.).

²³⁶ B. Checchini, op. cit.. L'autrice fa riferimento ad un vero e proprio “possesso di stato”: “Non parrebbe, in conclusione, improprio configurare la situazione della partoriente come una situazione di «possesso di stato» rispetto alla maternità, destinata a definirsi formalmente con il riconoscimento o a essere smentita dal rifiuto di essere nominata”.

Nella legislazione speciale sulla regolamentazione delle tecniche di PMA (legge 40 del 2004)²³⁷ si rileva, ad avviso di chi scrive, e limitatamente al versante materno, una sorta di coerenza con il dettato normativo tradizionale in tema di attribuzione di maternità o, in ogni caso, un richiamo alla centralità dell'elemento biologico (dato dalla gestazione e dal parto) nell'attribuzione della *motherhood*. Questo si deduce, seguendo l'ordine della stessa legge 40, dai requisiti soggettivi previsti dall'art. 5, che si richiamano alla necessità della differenza di sesso all'interno della coppia e da cui non si può prescindere, come ha evidenziato più volte la Corte Costituzionale nelle tre sentenze sopracitate.

Inoltre, alcuni elementi sono forniti dalla lettura combinata dell'articolo 12 della legge 40, il quale vieta la pratica della maternità surrogata²³⁸, con l'articolo 9 comma 3, della stessa legge, che afferma che il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato, né in termini di diritti, né in termini di obblighi. In generale, il rilievo imprescindibile del parto nell'ambito della legge 40 per l'attribuzione della maternità resta comprovato dall'ammissibilità della fecondazione eterologa (in seguito alla nota sentenza della Corte Costituzionale del 2014), in quanto si è ritenuto non indispensabile la coincidenza tra verità genetica e verità biologico-sociale nella maternità; nonché dal permanere del divieto di maternità surrogata ai sensi dell'art. 12, comma sei, l. 40.

In prima battuta, merita un riferimento particolare l'art. 9, comma due, della legge sulle tecniche di PMA. Tale disposizione, invero, prevede un divieto per la "madre", che, da un'interpretazione sistematica della legge, può essere solo quella di parto, la quale ha fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di rimanere anonima ossia di avvalersi della facoltà, di cui si è sopra ampiamente detto, prevista dall'art. 30 del D.P.R. 396/2000.

²³⁷ Così come interpretata e modificata dal giudice delle Leggi.

²³⁸ Una coppia entra in contatto con una donna disponibile a condurre una gravidanza su commissione. Per la formazione dell'embrione viene fornito il materiale biologico di uno dei "committenti", il quale va a fecondare l'ovocita della stessa madre surrogata (c.d. surrogazione tradizionale), ovvero di una donatrice terza (c.d. surrogazione gestazionale), per poi essere impiantato nell'utero della gestante. Sui diversi approcci tenuti dagli ordinamenti statali in tema di maternità surrogata si rimanda a S. Penasa, "Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale", in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci, *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pag. 91 ss.; R. Charo, "Legislative Approaches to Surrogate Motherhood", in *Law, Medicine and Health Care*, 1988, pag. 96 ss.

La *ratio* dell'art. 9, comma due, è, in un certo senso, quella di garantire *ex ante* al nato dall'applicazione di tecniche di PMA lo *status* di figlio della donna che lo ha partorito, in conformità all'assunzione di responsabilità verso il nascituro, "insita nel consenso manifestato dagli aspiranti genitori all'accesso alle tecniche di PMA, ai sensi dell'art. 6 della legge"²³⁹. E ciò, analogamente al divieto di disconoscimento di paternità stabilito dall'art. 9, primo comma, soprattutto alla luce della "caduta" del divieto di PMA di tipo eterologo. Invero, impedire alla donna di partorire in anonimato è una forma di tutela per il nato che si troverebbe in difficoltà nel caso dovesse poi esperire un'azione *ex art.* 269 c.c. (nella remota ipotesi in cui non fosse intervenuta adozione), in quanto una eventuale prova del DNA *ex art.* 269, comma due, c.c. porterebbe ad individuare madre la donatrice di gameti, la quale, però, ai sensi dell'art. 9, comma tre, legge 40 "non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi".

Tuttavia, il divieto di partorire in anonimato previsto dalla legge 40 non ha alcuna rilevanza su un lato pratico, in quanto è subordinato ad una spontanea dichiarazione della donna circa le modalità di concepimento del nascituro. Diversamente, i sanitari che assistono al parto, e che dichiarano la nascita o compilano l'attestazione di nascita di cui all'art. 30, d.p.r. n. 396/2000, possono trovarsi nella condizione di ignorare la circostanza che la partoriente abbia fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita; e ciò soprattutto se il percorso di pma sia avvenuto in una struttura diversa e fuori dall'A.S.L. dove è poi avvenuto il parto.²⁴⁰

²³⁹ Così A. Renda, *L'accertamento della maternità*, op. cit., p. 162. Conformemente, v. F. Santasuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè Editore, 2004, pp. 127 e ss.. In prospettiva critica su tale previsione cfr. G. Ferrando, "La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche", in *Il Corriere giuridico*, 2004, p. 816. Secondo l'a.: "[...] francamente non si comprende la ragione per cui non possa avvalersene la donna che ha generato un figlio con l'aiuto delle tecniche".

Oltre alla *ratio* sopra illustrata. Stefania Stefanelli individua anche "lo scopo di evitare, per il tramite del divieto di anonimato, forme di maternità surrogata in spregio al divieto risultante dalla sanzione *ex art.* 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, che potrebbero essere realizzate qualora il padre riconosca il nato da partoriente anonima, per poi consentire all'adozione in casi particolari *ex art.* 44 lett. B) l. adozione, domandata da sua moglie" (S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2021, p. 31).

²⁴⁰ Sulla questione cfr. S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, op. cit., pp. 30-31.

Da ultimo, come si diceva, indice della centralità della dimensione biologica nella maternità, nell'ambito della legge 40/2004, è l'art. 12²⁴¹, riferimento normativo del divieto, presieduto da sanzione penale, di ricorrere alla maternità per surrogazione. Come si dirà a breve, l'anzidetto divieto è stato più volte considerato, sia dalla giurisprudenza della Consulta, che della Corte di Cassazione "di ordine pubblico" e tra i beni che si è inteso (e si intende) preservare con la disposizione in esame vi è anche la dignità della gestante e la relazione tra la stessa ed il nascitura considerata, *ab initio*, di tipo materno.²⁴²

Il perdurare di tale divieto lascia facilmente dedurre che, per l'ordinamento interno, non sia ammissibile scindere l'elemento biologico da quello intenzionale nella maternità (fatta eccezione per i casi di parto anonimo ovvero di adozione), mentre è contemplabile la medesima operazione tra dato genetico ed intenzionale.²⁴³

Come si accennava, la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha confermato, negli anni, la ferma posizione di contrasto alla pratica della maternità per surrogazione.²⁴⁴ La Consulta, infatti, si è confrontata (seppur indirettamente) con

²⁴¹ L'art. 12, comma 6, della legge 40 del 2004 punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro, "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità". Sul tema del possibile mutamento del reato di maternità surrogata come reato universale si rimanda a M. Pellissero, "Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale. Osservazioni sui d.d.l. A.C. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)", in *Dir. pen. cont.*, 2021, 2, pag. 30 ss..

²⁴² Tale aspetto è stato ben evidenziato dall'ultima pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 38162 del 30 dicembre 2022.

²⁴³ Da qui l'ammissibilità della fecondazione eterologa. Taluni, invece, ritengono che, dopo la sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato incostituzionale il divieto di ricorrere alla fecondazione eterologa, emergano fondate ragioni per ritenere che la coppia, che si propone di accedere alla maternità surrogata solidale, sia portatrice di interessi altrettanto meritevoli di tutela (cfr. A. G. Grasso, "La costituzione del rapporto con la madre intenzionale", in U. Salanitro (a cura di) *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pacini Giuridica, 2020, pp. 347 ss.; A. G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022).

²⁴⁴ A livello della giurisprudenza europea la Corte europea dei diritti dell'uomo conferma la non obbligatorietà della scelta della soluzione della trascrizione automatica e la discrezionalità degli Stati nella scelta di una soluzione alternativa, ponendo il solo limite della individuazione di uno strumento celere ed efficiente.. La Corte Edu, dunque, si è più volte espressa a favore di un ampio margine di discrezionalità degli Stati membri sulla materia (cfr. i casi *Menesson-Labasse* (2014), *Paradiso e Campanelli* (2015) e, più di recente, nel primo Parere Consultivo espresso della Grand Chambre su richiesta delle *Court de Cassation francese* (10 aprile 2019) e, da ultimo, nell'*Affaire D.B. et Autres c. Suisse* e in *K.K. et al. c. Danimarca* (rispettivamente, il 22 novembre ed il 6 dicembre 2022) cfr. sulla posizione della Cedu L. Poli, "Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri", in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, 2019, pag. 169, secondo cui la

la fattispecie della maternità surrogata per la prima volta con la pronuncia n. 272 del 22 novembre 2017. In tale occasione, il giudice delle leggi ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, censurata dal giudice *a quo* nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso. La vicenda portata dinnanzi al giudice *a quo*²⁴⁵ riguardava un caso di maternità surrogata effettuata in India, da parte di una coppia eterosessuale, nell'ambito della quale l'uomo era legato geneticamente al nato, mentre la donna non godeva di alcun legame con il minore. Nel caso di specie, l'atto di nascita formato all'estero era stato già trascritto. Si trattava, dunque, di accogliere o meno la domanda proposta ai sensi dell'art. 263 c.c. dal curatore speciale del minore nominato dal tribunale per i minorenni milanese. La vicenda giungeva sino dinnanzi al giudice di secondo grado, il quale decideva per la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c.²⁴⁶, nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove sia ritenuta rispondente all'interesse del minore, e rimetteva il caso di fronte alla Consulta. All'esito del procedimento questa riteneva la questione infondata. Per quel che qui interessa, la Corte, dopo aver precisato che “l'attuale quadro normativo e ordinamentale, sia interno, sia internazionale, non impone, nelle azioni volte alla rimozione dello *status filiationis*, l'assoluta prevalenza di tale accertamento su tutti gli altri interessi coinvolti”, ha ribadito come il principio del superiore interesse del minore sia già radicato nell'ordinamento interno ed internazionale e, dunque, “non si vede conseguentemente perché, davanti all'azione di cui all'art. 263 cod. civ., fatta salva quella proposta dallo stesso figlio, il giudice non debba valutare se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo; se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (*ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*²⁴⁷) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità”.

Corte EDU opera “una distinzione molto netta tra la posizione dei genitori e quella dei figli, la cui esistenza dipende dalla scelta dei primi di aggirare i divieti nazionali in materia di GPA”.

²⁴⁵ Si tratta dell'ordinanza della Corte d'appello di Milano del 25 luglio 2016, consultabile in *Articolo29*.

²⁴⁶ Questione già ritenuta non fondata dalla medesima Consulta con la sent. n. 112 del 1997.

²⁴⁷ Il corsivo è di chi scrive.

Dopo la pronuncia del 2017, la Corte Costituzionale si è nuovamente interfacciata con la fattispecie della maternità surrogata nel 2021 con la pronuncia (di inammissibilità) n. 33, la quale ha come specifico *focus* il riconoscimento del rapporto di filiazione instaurato all'estero con il minore nato in seguito al ricorso alla *surrogacy*.²⁴⁸ La Consulta veniva adita dalla prima sezione civile della Corte di Cassazione, in relazione alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 12193/2019, la quale aveva escluso la possibilità, per contrasto con il parametro dell'ordine pubblico, di riconoscere provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertino il diritto del genitore intenzionale (e non biologico) di essere inserito nell'atto di nascita del figlio della persona cui si è legati da matrimonio celebrato all'estero, che sia nato attraverso la tecnica della maternità surrogata.

La Consulta, nella sentenza n. 33 del 2021, ha messo in luce, nel caso di surrogazione di maternità, che l'interesse del bambino "non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro contro interesse in gioco. Interesse che, in ogni caso, non può essere sacrificato per condannare il comportamento dei genitori. L'interesse del minore va valutato in concreto e può attuarsi in diversi modi, con la riconoscibilità del rapporto di filiazione d'intenzione, o, con l'irricoscibilità di tale rapporto e la conseguente dichiarazione dello stato di abbandono e l'apertura della procedura di adozione". La Corte, dunque, riconoscendo, analogamente a quanto visto per la pronuncia n. 32/2021 concernente i figli nati da PMA eterologa, l'esistenza di un "vuoto" nel sistema, ha rivolto un fermo monito al Legislatore, circa la necessità di un riconoscimento dei rapporti instaurati. Tuttavia, con riferimento al giudizio sulla maternità per surrogazione in sé, il giudice delle Leggi si è dimostrato fermo (richiamando il precedente del 2017) nel definire in termini pacificamente negativi la pratica che "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane".

Con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, debbono essere essenzialmente richiamate le pronunce delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 e n. 38162 del 2022, ritenute dirimenti, in quanto hanno focalizzato l'attenzione sul

²⁴⁸ Corte Costituzionale, sentenza 9 marzo 2021, n. 33.

concetto di ordine pubblico²⁴⁹, dalla cui definizione si fa pacificamente dipendere la flessibilità degli ordinamenti nell'ammettere atti e provvedimenti stranieri.²⁵⁰

Le Sezioni Unite del 2019, in particolare, hanno negato la possibilità di trascrivere un *judicial order* emesso da un giudice straniero, con cui era stato riconosciuto lo *status* di genitore a favore del membro di una coppia omosessuale privo di legame biologico con i due minori nati da maternità surrogata. Il caso riguardava due minori concepiti con il liquido seminale di uno dei componenti di una coppia omosessuale mediante il ricorso alla maternità surrogata, attuata con la collaborazione di due donne, delle quali una aveva messo a disposizione gli ovociti e l'altra aveva portato a termine la gestazione. I ricorrenti, dopo che l'ufficiale di stato civile aveva rifiutato di riconoscere efficacia nell'ordinamento interno al provvedimento emesso dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario, con cui il giudice canadese aveva riconosciuto al partner non biologico lo status di genitore, avevano adito la Corte d'Appello di Trento con ricorso ex art. 67 della l. n. 218/1995, che aveva accolto la domanda (Corte d'Appello di Trento - ord. 23 febbraio 2017). A seguito del ricorso per Cassazione proposto dal Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Trento, dal Sindaco di Trento e dal Ministero dell'Interno, la questione è stata devoluta alle Sezioni Unite Civili, le quali hanno ritenuto di dover cassare la sentenza impugnata e di respingere la domanda di trascrizione.

Nella pronuncia del 2019²⁵¹, le S.U. nel confermare l'orientamento già espresso dalla prima sezione civile della Corte di Cassazione n. 24001 del 2014 hanno fermamente ritenuto la pratica della maternità surrogata lesiva della dignità

²⁴⁹ Sulla natura "interna" del principio di ordine pubblico internazionale, A. Nicolussi, "Famiglia e biodiritto civile", in *Eur. dir. priv.*, 2019, pp. 746 ss.

²⁵⁰ Rispetto al fenomeno in esame si è posto, in particolare, il problema di stabilire quale sia l'esatta delimitazione delle norme che "compongono" l'ordine pubblico internazionale, dal momento che non ogni disposizione di legge può esserne considerata un'espressione, bensì solo quelle che corrispondono a principi fondamentali e irrinunciabili e che, come tali, identificano il sistema dei valori essenziali di ciascun ordinamento. Si è trattato, dunque, di capire se tra queste debba annoverarsi anche l'art. 12, comma sei, della legge 19 febbraio 2004, n. 40.

²⁵¹ S. Mazzamuto, "La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della genitorialità sociale"; in *Giur. it.*, 2020, p. 1623, con nota di G. Salvi, "Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale. Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero", in *Corr. giur.*, 2019, pag. 1198 ss, G. Ferrando, "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", in *Pers. merc.*, 2019, p. 141 ss.

della donna.²⁵² Nel dettaglio, i giudici di legittimità hanno affrontato due questioni fondamentali: la prima riguardava la natura del procedimento giurisdizionale instaurato a seguito di rifiuto da parte dell'ufficiale dello stato civile di procedere alla trascrizione nei registri di un provvedimento e giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero e un cittadino italiano. La seconda atteneva alla possibilità di accertamento diretto del legame di filiazione del nato da *surrogacy* verso il genitore che non abbia legami biologici con lo stesso, ma che risulti comunque legato al minore sulla base di un atto formato da un'autorità straniera.²⁵³ Al fine di dirimere tale ultima questione, le S.U. si sono addentrate nella definizione dell'annoso concetto di ordine pubblico internazionale, come prima accennato, e sull'incidenza che questo può spiegare in ordine al diritto fondamentale del nato a divenire figlio del genitore intenzionale. Secondo la pronuncia in esame la compatibilità con l'ordine pubblico (artt. 64 e ss. l. 218/1995) deve essere valutata alla stregua non soltanto dei principi fondamentali della Carta Costituzionale e delle fonti sovranazionali, ma anche nel modo in cui gli stessi si sono incarnati nella legislazione ordinaria. Ne consegue, secondo la Corte, che il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, con cui si è accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero tramite maternità surrogata e il genitore d'intenzione trova ostacolo nel divieto ai sensi dell'articolo 12, comma 6, legge 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione. Ciò non esclude, secondo le Sezioni Unite, di riconoscere il legame creato con il genitore d'intenzione attraverso il ricorso all'adozione in casi particolari (art. 44 legge lett. d l 184 del 1983).

La previsione di un divieto di ricorrere alla pratica della maternità per surrogazione, peraltro corredato dall'irrogazione di una sanzione di tipo penale, è stato ritenuto dunque *ex* e sufficiente per chiarire la posizione del Legislatore, il quale avrebbe formulato *ex ante* il bilanciamento fra l'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis* e quello alla tutela della dignità della donna,

²⁵² Per un'interessante riflessione sul concetto di dignità si rimanda a G. Luccioli, "Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata", in *GenIUS*, 1, 2020.

²⁵³ Cfr. sul punto S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, Giuffrè, 2021, pp. 183 ss.

“indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante”.²⁵⁴

Infine, in senso analogo, la pronuncia n. 138162 del 30 dicembre 2022²⁵⁵, che rappresenta l’ultima tappa dell’*iter* appena descritto.²⁵⁶

La sentenza di legittimità ha confermato come la maternità per surrogazione costituisca una fattispecie “del tutto peculiare rispetto alle ordinarie procedure di fecondazione artificiale, omologa o eterologa, postulando la collaborazione di una donna estranea alla coppia, che presta il proprio corpo per condurre a termine una gravidanza e partorire un bambino non per sé ma per un’altra persona” (p. 42). Come si evince già solo da detto passaggio, è la dignità della donna gestante ed il significato ultimo della gestazione nella definizione della maternità a costituire uno dei punti principali che accomunano la giurisprudenza di legittimità e che giustificano la qualificazione del divieto di maternità surrogata come di ordine pubblico. Le Sezioni Unite, infatti, non si esimono dal definire “madre” la donna gestante, pur nell’ambito di una maternità per surrogazione,²⁵⁷ senza cogliere le proposte di criteri individuate dalla prima sezione civile rimettente²⁵⁸.

Entrambe le pronunce delle Sezioni Unite in oggetto paiono particolarmente dirimenti per il tema in esame, in quanto hanno rammentato che l’interesse del minore alla conservazione del rapporto instaurato con il genitore d’intenzione ed alla

²⁵⁴Lo hanno affermato le S.U. nella successiva e più recente pronuncia (Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 18).

²⁵⁵ La questione è stata rimessa alle S.U. dalla prima sezione civile con la pronuncia n. 1842 del 2022.

²⁵⁶ Definita, infatti, una decisione “di sistema” da M. Bianca, “Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia”, in *Questione Giustizia*, 6 febbraio 2023.

²⁵⁷ “L’operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra *madre* e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto , riducendo la prima a mero servizio gestazionale ed il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna” (p. 42).

²⁵⁸ Cass., I Sez. civ., ord., 29 aprile 2020 n. 8325, in *giudicedonna.it*, 2/2020, con nota di M. Bianca, “Il revirement della Cassazione dopo la decisione delle Sezioni Unite. Conflitto o dialogo con la Corte di Strasburgo? Alcune notazioni sul diritto vivente delle azioni di stato”. Questi i criteri individuati dalla Corte: adesione libera consapevole e non determinata da necessità economiche da parte della donna alla gestazione; revocabilità del consenso alla rinuncia all’instaurazione del rapporto di filiazione sino alla nascita del bambino; necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori intenzionali; valutazione in concreto degli effetti dell’eventuale diniego del riconoscimento sugli interessi in conflitto. Tra i criteri proposti dal giudice rimettente per la possibilità di riconoscere *ab origine* la genitorialità di entrambi i genitori d’intenzione in una *surrogacy* vi è pure la sussistenza di un legame genetico con almeno uno di essi. Detta proposta non è stata presa in considerazione dalle S.U.

continuità dello status eventualmente già acquisito all'estero tende ad affievolirsi in caso di ricorso alla maternità surrogata, pratica che segna il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso e torna a prevalere il *favor veritatis*.²⁵⁹

La condanna della maternità surrogata è, peraltro, riferita ad ogni modello di maternità surrogata: liberale, consapevole e libera, commerciale, in quanto il dato della illiceità è fondato condivisibilmente sulla rinuncia della donna alla maternità.²⁶⁰ Diversamente, in nessuna delle pronunce sopracitate e neppure, da ultimo, nell'ordinanza delle S.U., vi è un riconoscimento di detta qualifica a colei che ha fornito il gamete o alla donna che intenda essere madre sociale, per tale ragione la netta posizione contraria alla *surrogacy* dell'ordinamento interno, sia nel suo formante positivo, che giurisprudenziale non può che rappresentare un elemento a favore della perdurante rilevanza del dato biologico della gestazione nella definizione della maternità.

4. Le azioni di reclamo dello stato di figlio: il caso della supposizione di parto e della sostituzione di neonato

La supposizione di parto è, insieme all'ipotesi di sostituzione di neonato, l'unica azione di stato in cui vi può essere un reclamo dello stato di figlio anche in contrapposizione con l'atto di nascita ed il possesso di stato. Parrebbe, quindi, essere

²⁵⁹ Tale concetto è stato ribadito principalmente dalla pronuncia del 2019. Nel 2022, le S.U. hanno cercato, pur aderendo pienamente al precedente appena menzionato, di "smussare" la posizione della sentenza n. 12193, ribadendo che l'interesse del minore alla tutela del diritto relazione permane in ogni caso e deve essere garantito con altri strumenti, per esempio l'adozione in casi particolari (istituto che la Cassazione non ritiene totalmente inidoneo soprattutto alla luce dell'ultimo intervento della Corte Costituzionale n. 79 del 2022).

²⁶⁰ Si legge nella pronuncia: "L'ordinamento italiano non consente il ricorso ad operazioni di maternità surrogata. L'accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a "reclamare diritti" sul bambino che nascerà, non ha cittadinanza nel nostro ordinamento. Tale pratica è vietata in assoluto, sotto minaccia di sanzione penale, dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004. Il divieto è presidiato dalla reclusione e dalla multa per "chiunque, in qualsiasi forma", la "realizza, organizza o pubblicizza".

un esempio di *favor* del Legislatore verso il dato biologico, in quanto nel prevedere che l'azione risulti esperibile nei soli casi di sostituzione di neonato o di supposizione di parto, recepisce la stessa identificazione della madre in colei che partorisce *ex art.* 269, comma tre, c.c. Si assume, in altre parole, la prova del mancato parto della donna indicata nell'atto di nascita come la prova più idonea a dimostrare il difetto di maternità.²⁶¹

Prima della riforma del 2012-2013, l'art. 239 c.c. era previsto solo per i figli nati nel matrimonio (per gli altri vigeva l'universale azione di impugnazione per difetto di veridicità), rappresentava una delle eccezioni all'intangibilità dell'acquisizione di figlio legittimo e consentiva, derogando alla norma di carattere generale rappresentata dal precedente articolo, di derogare al divieto di contestare l'atto di nascita quando conforme al possesso di stato.

Dopo la riforma della filiazione, parrebbe che l'art. 239 c.c. valga oggi anche per i figli nati fuori dal matrimonio, in quanto la nuova rubrica della disposizione in esame parla genericamente di "Reclamo dello stato di figlio".

L'ipotesi di supposizione di parto potrebbe verificarsi quando una donna simuli un parto (ed eventualmente prima di esso una gravidanza) allo scopo di poter dichiarare come proprio il figlio di un'altra. L'azione non potrà essere esperita nel caso in cui il figlio non conosca le generalità della madre biologica. In tal caso potrà solo esercitare l'azione *ex art.* 240 c.c.

²⁶¹ Vedi, in questo senso, A. Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, op. cit..

5. La centralità del parto e della dimensione biologica nella disciplina lavoristica di tutela della maternità tra ordinamento interno e diritto dell'Unione Europea

5.1 La tutela della lavoratrice madre in Italia: *excursus* storico e situazione attuale

5.1.1. Premessa - l'art. 37 Cost. (cenni)

Primo riferimento normativo della tutela della donna lavoratrice nell'ordinamento interno, seguendo un criterio di tipo gerarchico delle fonti, è certamente l'art. 37 della Carta Costituzionale. Fin dai principi affermati da tale disposizione, infatti, il tema della tutela dei diritti delle lavoratrici “si intreccia indissolubilmente con quello della protezione, non solo della maternità biologica (del corpo delle donne), ma anche di quella che la Costituzione chiama «l'essenziale funzione familiare» della donna lavoratrice”.²⁶²

Come è certamente noto, l'art. 37 Cost. è essenzialmente suddiviso in due parti. Nella prima si afferma il principio di parità²⁶³ tra uomini e donne nell'ambito lavorativo, con un particolare riferimento al tema della retribuzione. La seconda, assai più problematica e specificamente rivolta alla lavoratrice madre, secondo cui “Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione”. Si tratta di un precetto che ha dato adito ad accesi dibattiti in seno all'Assemblea Costituente ed, in particolare, tra le donne costituenti²⁶⁴ e che, in ogni caso, ha introdotto nell'ambito delle norme costituzionali il tema della maternità e della sua “funzione sociale”.²⁶⁵

²⁶² E. Tarquini, “Le discriminazioni economiche e di carriera delle donne nel mercato del lavoro”; in *Questione Giustizia*, 4, 2022, p. 108.

²⁶³ Espressione dell'uguaglianza formale ex art. 3 Cost.

²⁶⁴ Molte costituenti si opponevano all'aggettivo “essenziale” riferito alla “funzione familiare” delle lavoratrici proposto da Aldo Moro. A questo proposito, Tarquini parla di una divisione “di genere” nell'Assemblea Costituente con riferimento al dibattito sull'art. 37 cfr. E. Tarquini, “Le discriminazioni economiche e di carriera delle donne nel mercato del lavoro”; in *Questione Giustizia*, 4, 2022, p.109. Per una ricostruzione delle diverse posizioni delle donne della Costituente v., tra gli altri, E. Catelani, “La donna lavoratrice nella “sua essenziale funzione familiare” a settant'anni dall'approvazione dell'art. 37 Cost.”, in *federalismi.it*, 5, 2019; sul tema L. Ronchetti, “Genere e genere di famiglia”, in *Questione Giustizia*, 2, 2019; M. Iacometti, “Il contributo delle donne dell'Assemblea costituente all'elaborazione della Costituzione italiana”, in M. D'Amico, S. Leone (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Giuffrè, 2017, 170.

²⁶⁵ In aggiunta al precedente art. 31. Nell'ambito dell'Assemblea Costituente erano, in particolare, Teresa Noce e Angelina Merlin a porre il problema della funzione sociale della maternità, le quali affermavano,

Nell'economia del lavoro, interessa rilevare come certamente la disposizione, da un lato, garantiva speciale protezione della maternità nella sua dimensione biologica e "fisica" della gestazione ("assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione"). Tale attenzione risultava particolarmente importante all'epoca di entrata in vigore della Costituzione, in quanto le lavoratrici erano prettamente impiegate in settori di lavoro manuale ed usurante.²⁶⁶ Ma non solo, il riferimento, nella disposizione, all'*essenziale funzione familiare* atteneva non tanto (o comunque non soltanto)²⁶⁷ alla dimensione biologica dell'essere madre, quanto all'ambito del lavoro di cura, al tema della conciliazione, che, indubbiamente, all'epoca della Carta Costituzionale gravava unicamente sulle donne ed era, per definizione, compito delle stesse.²⁶⁸

Come esplicitato dalla dottrina²⁶⁹, dunque, fino al giungere delle influenze del diritto dell'Unione Europea e, in particolare, fino all'affermarsi del modello antidiscriminatorio, la tutela del lavoro delle donne nell'ordinamento nazionale è rimasta affidata ad un modello protettivo "differenziante", che se da una parte

rispettivamente, che "la maternità non deve essere considerata soltanto in funzione della famiglia, ma anche dello Stato, appunto perché è un problema di natura sociale" e che "il riconoscimento della funzione sociale della maternità non interessa solo la donna, o i figli, ma l'intera società" cfr. L. Ronchetti, "Genere e genere di famiglia", in *Questione Giustizia*, 2, 2019.

²⁶⁶ Cfr. E. Tarquini, "Le discriminazioni economiche e di carriera delle donne nel mercato del lavoro"; in *Questione Giustizia*, 4, 2022, p. 109.

²⁶⁷ Come ci ricorda Ronchetti, infatti, i promotori dell'utilizzo dell'aggettivo "essenziale" (tra cui spiccavano Moro e Mastrojanni) facevano riferimento sia alla funzione "naturale" della donna, intesa, in senso letterale, come quella che la natura le ha attribuito (ossia quella procreativa), sia quelle concernente "la difesa e l'educazione dei figli" cfr. L. Ronchetti, "Genere e genere di famiglia", in *Questione Giustizia*, 2, 2019. Parlava della maternità come "funzione naturale" della donna anche Merlin: "Noi sentiamo che la maternità, cioè la nostra funzione naturale, non è una condanna, ma una benedizione e deve essere protetta dalle leggi dello Stato senza che si circoscriva e si limiti il nostro diritto a dare quanto più sappiamo e vogliamo in tutti i campi della vita nazionale e sociale, certe, come siamo, di continuare e completare liberamente la nostra maternità" cfr. F. Covino, "Donna Lavoratrice (dir. cost.)", in *Dig. disc. pubbl.* (aggiornamento), 2015, pp. 138-141; M.G. Rodomonte, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia: evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Giappichelli, 2018, p. 46.

²⁶⁸ Significative le parole di Federici nel corso del dibattito sull'art. 37 e che hanno pacificamente al centro il tema della conciliazione: "Noi crediamo che non si possa arrivare (...) tanto facilmente al salario familiare ed allora chiediamo almeno che le disposizioni generali, gli orari, la durata del lavoro, i permessi ed i congedi, tengano presente che la donna lavoratrice, oltre al suo lavoro, dinanzi alla macchina, dinanzi allo scrittoio, o in qualsiasi altra occupazione di carattere materiale o intellettuale, ha anche una grande funzione da svolgere: (...) [I]o credo che appartenga alla esperienza di tutti (...) che la donna dispieghi nella famiglia un complesso grandioso di attività, il cui valore è notevolissimo anche dal punto di vista economico" cfr. L. Ronchetti, "Genere e genere di famiglia", in *Questione Giustizia*, 2, 2019.

²⁶⁹ E. Tarquini, "Le discriminazioni economiche e di carriera delle donne nel mercato del lavoro"; in *Questione Giustizia*, 4, 2022, p. 109.

garantiva la maternità biologica (con l'astensione per maternità ed il divieto di licenziamento della lavoratrice madre), dall'altra mostrava un particolare riguardo alla dimensione sociale della maternità ed intendeva, in aggiunta, assicurare alle donne condizioni di lavoro assunte come compatibili con la funzione loro affidata, in via praticamente esclusiva, di cura della famiglia e dei figli.

5.1.2. La legislazione ordinaria

Guardando alla legislazione di rango ordinario, la tutela della maternità nei luoghi di lavoro in Italia era originariamente strettamente correlata alla tutela della salute della gestante e, quindi, alla sua dimensione biologica.

La prima legge dedicata alla tutela del lavoro femminile in Italia è la legge n. 242 del 1902, cd. legge Carcano (dal nome del ministro presentatore del ddl). La tutela delle madri lavoratrici nel contesto di tale prima normativa era essenzialmente “diretta a preservare la loro capacità di procreazione”²⁷⁰ e la scelta di intervenire a “protezione” della maternità non era tanto dovuta ad un riconoscimento del valore sociale della stessa, quanto più “esprimeva la volontà di identificarla interamente con la sua funzione biologica”.²⁷¹ Si può dire che il *focus* fosse, quindi, la funzione e non tanto il soggetto.

Per quanto attiene più specificatamente la maternità, la legge del 1902 fu la prima ad introdurre una sorta di congedo, in quanto stabiliva il divieto di adibire le puerpere al lavoro “se non dopo trascorso un mese da quello del parto” (art. 6 legge 242/1902)²⁷². Per il periodo di astensione non era prevista, tuttavia, alcuna retribuzione.²⁷³

²⁷⁰ S. Puccini, “Condizione della donna e questione femminile (1892-1922)”, in *Problemi del socialismo*, 4, 1976, p.17.

²⁷¹ M. Morello, “La maternità al centro delle prime forme di tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici”, in *Olympus – Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro*, 15, 2012, p. 15.

²⁷² Questo il testo della disposizione: “Le puerpere non possono essere impiegate al lavoro se non dopo trascorso un mese da quello del parto, e in via eccezionale anche prima di questo termine, ma in ogni caso dopo tre settimane almeno, quando risulti da un certificato dell'ufficio sanitario del Comune di loro dimora abituale, che le condizioni di salute permettono loro di compiere, senza pregiudizio, il lavoro nel quale intendono occuparsi.

²⁷³ Qualche anno dopo, nel 1910, al fine di sostenere economicamente le lavoratrici madri, vennero istituite la Casse di maternità con la legge 17 luglio 1910 n. 520. Cfr, M. Morello, “La maternità al centro delle prime forme di tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici”, op. cit., p. 14.

Ancora rispetto alla tutela della maternità, la risalente normativa prevedeva all'art. 10 che nelle fabbriche il datore di lavoro avrebbe dovuto permettere l'allattamento sia in una camera speciale annessa allo stabilimento, sia permettendo alle operaie nutrici l'uscita dalla fabbrica secondo determinate modalità. Si tratta, quindi, della previsione originaria di quelli che saranno definiti poi "permessi per allattamento" prima e "permessi giornalieri" poi.

Il passaggio successivo è rappresentato dalla legge n. 1347 del 1934 "Disposizioni sulle lavoratrici madri" e dal regio decreto legge 22 marzo 1934, n. 654. Con tale normativa si fa un passo avanti rispetto al tema dei congedi, in quanto l'astensione obbligatoria post partum viene fissata in sei settimane, mentre prima della nascita era prevista la possibilità di astenersi dalla propria attività lavorativa per un mese.

In seguito, vi fu la legge 26 agosto 1950, n. 860 che, come si evince dalla terminologia utilizzata fin dalla prima disposizione, manteneva fortemente il *focus* sulla tutela della dimensione biologica della maternità.²⁷⁴

La norma successiva è rappresentata dalla legge 903 del 1977, che estendeva il periodo di congedo obbligatorio: dai due mesi antecedenti al parto, fino ai tre mesi successivi. Nell'ambito di tale disposizione, un'interessante innovazione riguardava i riposi giornalieri che, fino alla legge del 1950 erano riconosciuti "alle lavoratrici madri che allattano direttamente i propri bambini per provvedere all'allattamento" (art. 9 legge 860/1950). Il riferimento all'allattamento decadeva con la nuova normativa, la quale all'art. 10 disponeva che il datore di lavoro dovesse "consentire alle lavoratrici madri, durante il primo anno di vita del bambino, due periodi di riposo, anche cumulabili durante la giornata".

L'innovazione letterale introdotta dal legislatore del 1970 fu il primo passo verso un'evoluzione della normativa a tutela della lavoratrice sempre più slegata dalla dimensione unicamente biologica della maternità e più attenta all'aspetto relazionale della stessa.²⁷⁵ A livello nazionale, quindi, si può dire che un passaggio

²⁷⁴ L'art. della legge 860/1950 definiva l'ambito di applicazione della legge, le cui disposizioni si applicavano: "[...] alle lavoratrici *gestanti e puerpere* che prestano la loro opera alle dipendenze di privati datori di lavoro, comprese le lavoratrici dell'agricoltura (salarie, braccianti e compartecipanti), nonché a quelle dipendenti dagli uffici e dalle aziende dello Stato, delle Regioni, delle Province, dei Comuni e degli altri Enti pubblici e Società cooperativistiche" (il corsivo è mio).

²⁷⁵ Si rinvia, dunque, al capitolo terzo dedicato alla maternità intenzionale.

dalla sola tutela della salute e della sicurezza della lavoratrice e del nascituro alla conciliazione di cura tra i genitori e ad una tutela della relazione con il figlio si ha a partire dagli anni '70 del secolo scorso, che danno il via ad un processo inarrestabile in tal senso.²⁷⁶

La normativa italiana in materia di trattamento di maternità, fino all'inizio del XXI secolo piuttosto frammentaria, subisce una profonda revisione e modifica, ma soprattutto una forte sistematizzazione. Con l'art. 15 della legge n. 53 del 2000 viene, infatti, data delega al governo ad emanare un testo unico a tutela della maternità e della paternità, realizzata poi con il d.lgs. n. 151 del 26 marzo 2001.

Il testo Unico del 2001 è certamente peculiare in quanto per la prima volta la normativa sul tema è espressamente (e si evince fin dal titolo) dedicata non unicamente alla tutela della maternità, ma anche della paternità, con ciò valorizzando (quanto meno a livello teorico-formale) l'importanza di una condivisione genitoriale all'interno delle famiglie. L'intento era affermato a chiare lettere già dalla disposizione di apertura della legge delega del 2000, la quale sanciva che: “La presente legge promuove un equilibrio tra i tempi di lavoro, di cura, di formazione e di relazione” (art. 1, comma 1, l. 53/2000).

Oltre a ciò, si noti come la terminologia utilizzata faccia chiaramente intendere un cambio di prospettiva del legislatore: *cura, formazione, relazione*. Ma soprattutto, fatta eccezione per alcune disposizioni, cambia la terminologia utilizzata per fare riferimento alla maternità, la cui dimensione biologica non è più l'unico *focus*.

Discorso analogo può essere fatto per lo specifico ambito del congedo di maternità: anche qui c'è un riconoscimento di corrispondente fruibilità dello stesso in capo al padre, ma solo in alternativa alla madre ed in dipendenza dalla stessa (art. 28 t.u.). Quindi, da una parte vi è un'indubbia valorizzazione della condivisione della genitorialità, dall'altra permane una prospettiva “madre-centrica”, considerando che

²⁷⁶ “Nota discordante” il d.lgs. 645 del 1996 “Tutela della salute e sicurezza sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento” molto sbilanciata sulla dimensione biologica della maternità, come si vede anche dalla terminologia utilizzata dal legislatore. Il provvedimento normativo, tuttavia, mirava a recepire la direttiva europea 92/85/CEE, la quale, come si vedrà, è fortemente incentrata sulla tutela della salute della lavoratrice e del nascituro.

il congedo di paternità, come viene comunemente inteso, rimane fuori dal testo unico e ancora oggi è affidato alla precaria previsione delle annue leggi finanziarie.²⁷⁷

In generale, il testo unico tratta della disciplina dei congedi di maternità abbastanza in continuità con la normativa precedente. Il momento di riferimento rimane ancora il parto. Nonostante ciò, soprattutto in tema di congedi, il testo unico ha registrato una notevole evoluzione per i fini del presente lavoro in quanto, come si vedrà nel capitolo che segue dedicato all'elemento dell'intenzionalità, ha garantito, in seguito alle modifiche apportate dalla legge 24 dicembre 2007 n.244, la possibilità anche per i genitori adottivi ed affidatari di beneficiare dei congedi di maternità, parentali, dei permessi giornalieri e per malattia del figlio.²⁷⁸

Nonostante il cambiamento di prospettiva in materia di tutela della maternità, tuttavia, il diritto del lavoro, salvo eccezioni come il congedo parentale, distingue “rigidamente” tra madre e padre, avendo quasi sempre titoli diversi a specifici diritti, che risultano differenziati, come sostiene Laura Cafalà²⁷⁹, “anche in ragione dei diversi momenti canonici della gestazione-nascita-cura dei figli”.

La tutela della maternità intenzionale nel diritto del lavoro, fatta eccezione per i casi di adozione e affidamento, non ha comunque ancora trovato una sistematizzazione organica e definitiva, anche se si possono rinvenire “sparsi” tentativi giurisprudenziali in questo senso, come si vedrà nel prosieguo della trattazione.

5.2 La tutela della lavoratrice madre nel diritto dell'Unione Europea

La prospettiva giuslavorista di tutela della lavoratrice madre sul piano del diritto europeo può essere ripresa sotto due varianti normative: la direttiva n. 92/85/CEE del 19 ottobre 1992, in materia di miglioramento della sicurezza e della

²⁷⁷ La legge di Bilancio 2021 (legge 30 dicembre 2020, n. 178) ha previsto per l'anno 2021 un congedo di paternità obbligatorio della durata di giorni dieci. Ciò anche per conformarsi alle nuove direttive europee sul tema, come si vedrà nel prosieguo della trattazione.

²⁷⁸ V. sul punto M. L. Vallauri, “La lunga marcia dei genitori adottivi e affidatari verso la parità”, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 85 ss..

²⁷⁹ L. Cafalà, “Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori lavoratori”, in *Lavoro nella Giur.*, 11, 2016.

salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti e la direttiva n. 76/207/CEE del 9 febbraio 1976, integrata e modificata dopo il 2000, in cui si riconosce la tutela contro la discriminazione fondata sul sesso.

Tuttavia, per quanto attiene specificamente la tutela della maternità, a livello europeo, l'unica direttiva di riferimento è la n. 92/85²⁸⁰ “Concernente l’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento”, la quale, come si intuisce fin dal titolo, ha come principale (se non unici) *focus* la salute e la sicurezza della gestante.

La direttiva impone al datore di lavoro l’obbligo di valutare tutti i rischi per la sicurezza e la salute, nonché le ripercussioni sulla gravidanza e/o sull’allattamento delle lavoratrici e definisce le misure necessarie da adottare per evitare tali rischi. C’è la previsione di un congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte ripartite prima e/o dopo il parto e, all’art. 10, il divieto di licenziamento nel periodo compreso tra l’inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità.

I tentativi di revisione della direttiva 92, per renderla estensibile anche oltre la maternità biologica sono stati molti, soprattutto da parte del Parlamento europeo. Ma alcune resistenze, soprattutto del Consiglio europeo hanno portato tali tentativi verso un “binario morto”.²⁸¹

Analogamente a quanto si può riscontrare sul piano dell’ordinamento interno, rispetto alla tutela delle lavoratrici madri con un titolo di maternità differente da

²⁸⁰ Per un’analisi della direttiva cfr. M.V. Ballestrero, “Dal divieto del lavoro notturno femminile all’autodeterminazione delle donne”, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 1992, pag. 700 ss.; direttiva recepita nell’ordinamento italiano con il D.lgs. 25 novembre 1996, n. 645, poi abrogato e trasfuso nel D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

²⁸¹ Il Parlamento europeo era arrivato nel 2009 ad un passo dall’approvazione del nuovo testo e nel 2010 era arrivato ad approvare una sua posizione. Tuttavia, nel 2015 la Commissione Europea ha deciso di ritirare la proposta legislativa ferma da troppo tempo e ritenuta senza speranza di trovare un accordo tra le istituzioni coinvolte. E ciò nonostante la risoluzione del Parlamento Europeo del 20 maggio 2015 sul congedo di maternità (2015/2655RSP) che “deplora che la proposta di revisione della direttiva possa essere ritirata dalla Commissione e, se così fosse, chiede che venga avviata un’iniziativa legislativa mirata a rivedere la direttiva del 1992, affrontando in tal modo le sfide demografiche” (punto 4). V. sul punto, D. Gottardi, “Il congedo di maternità per le lavoratrici subordinate”, in D. Gottardi (a cura di), op. cit., p. 38 ss.; D. Gottardi “Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere”, in L. Cafalà, D. Gottardi (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio, tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, 2009, p. 21.

quello biologico (per esempio, coloro che hanno fatto ricorso a fecondazione assistita e a *surrogacy*), sono arrivate negli anni interessanti sollecitazioni soprattutto dai giudici e, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Nel 2008, nell'ambito della causa C-506 *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner*, la Corte si è trovata a dover rispondere al quesito se dovesse ritenersi “lavoratrice gestante” chi si sottopone ad una fecondazione in vitro, qualora al momento della comunicazione del licenziamento esistano già embrioni in vitro ma questi non siano stati ancora trasferiti nel corpo della donna.

L'organo giurisdizionale europeo, nel rispondere all'anzidetta questione ha offerto una interpretazione restrittiva dell'art. 2 della direttiva 92/85/CEE, e ha affermato che “il divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti non si applica ad una lavoratrice che si sottopone a fecondazione in vitro qualora, al momento della comunicazione del licenziamento, la fecondazione dei suoi ovuli con gli spermatozoi del partner abbia già avuto luogo, e si sia quindi in presenza di ovuli fecondati in vitro, ma questi non siano stati ancora trasferiti nell'utero della lavoratrice”²⁸². In altri termini, la Corte di Giustizia sostiene che la tutela giuridica della lavoratrice gestante comincia dal momento dell'innesto degli embrioni nell'utero della donna e non al momento della fecondazione in vitro, ritenendo dirimente, quindi, il legame “corporale” tra donna ed embrione.

Nel 2014, due decisioni sono state emanate lo stesso giorno (il 18 marzo 2014) dalla Corte di giustizia, riguardanti entrambe la richiesta di riconoscimento di congedo alla madre committente che abbia avuto un figlio mediante *surrogacy*. In entrambi i casi, le decisioni hanno respinto le richieste, ritenendo legittimo il rifiuto dello Stato membro di conoscere il diritto al congedo e non discriminatorio il rifiuto del datore di lavoro ed escludendo che l'incapacità di sostenere una gravidanza potesse essere considerata rientrante tra gli handicap da proteggere dalle discriminazioni. Ancora, secondo la Corte di Giustizia non vi era stata in quel caso alcuna discriminazione sulla base della direttiva 2006/54 CE del Parlamento europeo e del consiglio del 5 luglio 2006, poiché il provvedimento nazionale in causa non attribuiva ad un padre committente, che avesse avuto un figlio mediante maternità surrogata, un diritto ad un congedo di paternità, ne derivava, quindi, che non vi fosse

²⁸² Corte di Giustizia, sentenza 28 febbraio 2008, causa C-506/06, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner*.

discriminazione, essendo i lavoratori di entrambi i sessi trattati in modo analogo. Ed ancora, la Corte rilevava che una madre committente, dal momento che non è mai stata incinta del figlio e non ha mai partorito, non può, per definizione, essere oggetto di un trattamento meno favorevole per ragioni collegate alla gravidanza.²⁸³

Ad un esito analogo era giunta la Corte due anni prima²⁸⁴. Anche in quell'occasione, la ricorrente era una madre committente, che si era vista rifiutare il congedo di maternità. La particolarità era rappresentata dal fatto che la donna aveva anche allattato il bambino.

Tra le questioni pregiudiziali sollevate, in quel caso, dinanzi alla Corte, si chiedeva se la direttiva 92/85/CEE riconoscesse un diritto al congedo di maternità alla madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, nel caso in cui essa provvedesse all'allattamento del bambino. In caso di risposta affermativa, si domandava se lo *status* di madre committente fosse sufficiente ad attribuire a quest'ultima il diritto al congedo di maternità.

Nel 2012, la Corte aveva colto l'occasione per ricordare la *ratio* dell'istituto del congedo di maternità, inteso a garantire, da un lato, la difesa della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza e, dall'altro, la protezione di particolari relazioni tra la stessa e il nato successivamente al parto. I giudici, muovendo da questa riflessione, hanno precisato che dallo scopo della direttiva di riferimento 92/85, che si riferisce espressamente al parto, risulta che il congedo di maternità, previsto dall'art. 8 della medesima direttiva, ha il principale scopo di proteggere la salute della madre del bambino nella situazione di vulnerabilità derivante dalla gravidanza.

Secondo la Corte, a ciò non osta il fatto che sia pacifica la duplice funzione del congedo (tutela della salute e tutela della relazione). Invero, secondo i giudici, siffatta relazione riguarda solo il periodo successivo alla gravidanza e al parto, considerati come unici elementi rilevanti al fine di accordare le tutele previste. Nell'affermare ciò, la Corte ha richiamato un precedente più risalente (sentenza del 12 luglio 1984, *Hofmann*, 184/83), in cui un padre lavoratore tedesco lamentava che la non riconoscibilità ai padri di un congedo di maternità in luogo alla madre

²⁸³ Sul punto v. D. Gottardi, "Il congedo di maternità per lavoratrici subordinate", in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, op. cit., pp. 39 e ss.

²⁸⁴ Sentenza D., causa C-167/12.

violasse la direttiva sulla pari opportunità tra uomini e donne che allora era la direttiva 76/2007.

6. Riflessioni conclusive

Al termine di questa parte relativa all'esame del dato biologico della gestazione e del parto nella maternità si intendono formulare alcune riflessioni conclusive.

La ricchezza e l'eterogeneità dei temi trattati conferma, a parere di chi scrive, la perdurante rilevanza del dato biologico nella maternità. Non soltanto, invero, continua a trovare applicazione (e a rimanere immutato nel dato normativo) il principio del *mater semper certa est* ed il relativo riferimento all'art. 269, comma tre, c.c., "impermeabile" alle riforme che hanno interessato il diritto di famiglia e minorile negli ultimi anni, ma della centralità dell'elemento in esame si trova riscontro in innumerevoli altre disposizioni dell'ordinamento interno, così come nella giurisprudenza delle più alte Corti.

Si ritiene, infatti, che più che il comma terzo dell'art. 269 c.c., il quale deve ormai ritenersi una disposizione sulle prove della filiazione²⁸⁵, è, per esempio, la disciplina del parto anonimo e la relativa giurisprudenza sia di merito che di legittimità a costituire un argomento fortissimo a sostegno della centralità del dato biologico. Si pensi già solo alla (ormai pacifica) tesi, *supra* esaminata, secondo cui successivamente alla morte della madre gestante, che aveva scelto di rimanere anonima nell'atto di nascita, debba ritenersi esperibile l'azione ex art. 269 c.c., anche in assenza di una espressa revoca dell'anonimato della donna nel corso della sua esistenza. Ebbene, il dato biologico risulta dirimente a tal punto da superare l'intenzione della gestante di non voler *essere* madre.

L'unica "fragilità" del sistema, se si volesse fin da ora (cosa che non si intende fare) avanzare la prevalenza dell'elemento della gestazione e del parto sugli altri (che si

²⁸⁵ Come si vedrà, peraltro, sul tema dei mezzi istruttori per accertare la filiazione (anche dal lato materno) pare prevalere il *focus* sul legame genetico, piuttosto che su quello biologico.

esamineranno), è costituita dall'impossibilità, per le donne non coniugate, di vedersi riconosciuto in automatico il rapporto di filiazione con il proprio figlio o figlia alla nascita. Tale particolarità del nostro ordinamento pare certamente peculiare e stride con quanto *supra* analizzato. Peraltro, pare "suggerire" la possibilità che un altro criterio possa esistere nella definizione della figura materna: il rapporto di questa con il padre del minore.

Si tratta ora di capire, con l'esame degli altri due elementi dell'intenzione e del legame genetico, se effettivamente la gestazione e del parto siano da considerare o meno come gli unici nella realtà dei fatti rilevanti per la definizione della "madre".

La volontà come criterio di attribuzione della maternità

1.1. Introduzione finalità, struttura del capitolo e rischi

Nel presente capitolo si intende condurre una mappatura dell'ordinamento giuridico interno, dell'Unione Europea ed internazionale (con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte Edu), al fine di porre in evidenza i casi in cui la figura materna è individuata sulla base della *volontà* di essere e di diventare genitori.

A differenza dell'elemento biologico e genetico, si parlerà dunque in questo capitolo essenzialmente di “genitorialità” e figure genitoriali e non solo, dunque, di maternità e figura materna. Questo non perché si voglia cadere nella tendenza di “fare della maternità una cosa analoga alla paternità fondendole così entrambe nella ‘genitorialità’ e, precisamente, a fare della maternità un fatto sociale, analogamente a come è sempre stata la paternità”²⁸⁶, ma perché, nel rapporto di filiazione basato sulla volontà, non sempre si rilevano differenze tra la figura materna e quella paterna. Detto ragionamento vale, per esempio, per la filiazione adottiva dove non possono essere colti elementi di distinguo tra la maternità e la paternità. Discorso differenziato deve essere articolato per quanto concerne il riconoscimento della genitorialità omosessuale e la filiazione da procreazione medicalmente assistita. In detto caso, infatti, il fatto di essere una coppia di donne o una coppia di uomini è, indubbiamente, di rilievo.²⁸⁷

²⁸⁶ Così S. Niccolai, “Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione”, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, p. 7.

²⁸⁷ Si tratta della visione non neutra della filiazione da applicare alle coppie *same sex*. Solo nelle coppie di uomini si verifica la “cancellazione del materno “ (S. Niccolai, “Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione, op. cit., p. 2) e il necessario ricorso alla maternità per surrogazione. E’ dato evidente che nella coppia di donne la madre c’è, nella coppia di uomini non è, invece, presente (“Da questo principio dovrebbe discendere in particolare, ho sostenuto, l’onere, per chi utilizza all’estero la maternità surrogata, di dimostrare, ai fini della trascrizione degli atti di nascita, di avere fatto in modo che la figlia o il figlio possano conoscere l’identità della madre” S. Niccolai, op. cit. p. 53).

Inoltre, il fatto di essere una coppia di donne o una coppia di uomini rileva ai fini del riconoscimento del legame sociale instaurato con il nato, rispettivamente, da tecniche di PMA eterologa eseguita all’estero ovvero dal ricorso alla maternità per surrogazione; ciò in quanto solo la trascrizione di atti di nascita di

In ogni caso, la volontà viene in taluni casi posta alla base dello *status filiationis* dal diritto positivo. Si pensi alla legge 4 maggio 1983 n. 184, per quanto concerne l'istituto dell'adozione e alla legge 19 febbraio 2004 n. 40, in particolare l'art. 8 sullo "stato giuridico del nato", secondo cui i nati a seguito di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita detengono lo stato di figli della coppia "che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime", e l'art. 6 che attiene al consenso informato.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza (soprattutto di merito degli ultimi anni)²⁸⁸, l'elemento della volontà prevarrebbe, persino, sul legame biologico nella costituzione dei legami filiali.²⁸⁹ A detta di taluni, gli aspetti biologici e genetici della maternità starebbero assumendo un valore via via decrescente in favore di quelli

nati in seguito al ricorso alla *surrogacy* è stata considerata contraria all'ordine pubblico. L'orientamento della giurisprudenza di legittimità pare ormai pacifico nell'ammettere la trascrizione di atti in cui compare la doppia maternità, mentre, al contrario, continua a pronunciarsi in senso sfavorevole alla trascrizione di atti di nascita di minori nati in seguito a *surrogacy* ed in cui compare la doppia paternità (si rimanda fra tutte alla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, già esaminata, che, con la sentenza 8 maggio 2019 n. 12193, hanno affermato il principio secondo cui non può essere trascritto nei registri dello Stato civile italiano il provvedimento reso da un giudice estero, col quale è stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore, nato all'estero attraverso la maternità surrogata, e un soggetto che, rispetto al medesimo, non vanta alcun rapporto biologico).

²⁸⁸ Si pensi, come si vedrà, ai casi di *stepchild adoption* ovvero di riconoscimento della doppia maternità *ab origine* o per trascrizione di atto di nascita formato all'estero.

Tra le altre in tema di *stepchild adoption* Trib. min. Bologna, 22.11. 2018 app. Napoli 15/6/2018 trib. min. Bologna 4/1/2018 app. Milano 9/2/2017 trib. min Firenze 16/11/2017 trib. min Palermo 3/7/2017 trib. min . Venezia 15/6/2017 trib. min. Roma 29/4/2016 trib. min. Roma 22/10/2015, tutte rinvenibili in *Articolo29*. In tema di trascrizione di atti di nascita formati all'estero si segnala: trib. Napoli 6 dicembre 2016, trib. Brescia dec. 11 novembre 2020, Trento 25 maggio 2020, Pistoia 5 luglio 2018, Genova 4 novembre 2020, Roma 2 aprile 2021, app. Napoli 16 maggio 2018, app. Perugia 22 agosto 2018, app. Bari 3 febbraio 2020 tutte rinvenibili in *Articolo29*; Cass. 12193/2019; Cass. 23319/2019. In tema di riconoscimento *ab origine* della doppia maternità nel certificato di nascita Trib. Bologna 6 luglio 2018, app. Napoli 4 luglio 2018 n. 145, app. Roma 27 aprile 2020 n. 1453, trib. Cagliari 28 aprile 2020 n. 1146, app. Cagliari 691/2021; trib. roma 11/2/2020; trib. cagliari 28/4/2020; app. Trento dec. 16 gennaio 2020; Trib. Bergamo dec. 20 aprile 2020; Trib. Taranto 17 giugno 2022, tutte rinvenibili in *Articolo29*.

²⁸⁹ Emblematico il caso della maternità per surrogazione, dove la maternità della madre sociale, in taluni casi, fa venir meno la maternità della madre biologica. L'attenzione alla relazione tra la madre gestante ed il nato e l'attenzione a non "cancellare" il nome della madre è considerato da parte della dottrina come il reale elemento di distinguo nell'ampio discorso sul considerare o meno ammissibile la pratica della *surrogacy* (cfr. S. Niccolai, op. cit. p. 53; J. Long, "(Ri)pensare la maternità)" in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di) *Riproduzione e relazione. La surrogazione di maternità al centro delle questioni di genere*, Studi di genere Convegni, 5, 2019, pp. 132 e ss.). A contrario, nel caso del parto anonimo, la dichiarazione di *non* volontà della partoriente di divenire madre rende irrilevante, sul piano giuridico, il fatto che la donna sia madre biologica per quel minore.

correlati alla volontarietà e alla responsabilità genitoriale.²⁹⁰ “La volontà di cura prevale sul legame biologico” sostiene l’attivista Ghisleni²⁹¹.

La complessità del tema, tuttavia, è resa evidente dalle continue oscillazioni della giurisprudenza di legittimità sul punto. Se da una parte, infatti, la Corte di Cassazione non ha più dubbi circa l’identificazione di certi tipi di legami come genitoriali e, dunque, anche materni (si pensi, come si vedrà, al caso dell’adozione del figlio del partner sulla base dell’art. 44 lett. d. l. adoz. o alla trascrizione di atti di nascita già formati all’estero in cui compare la doppia maternità²⁹²), diverso discorso da

²⁹⁰ “Chi è il genitore? Colui che desidera, progetta, mette in campo tutte le strategie per avere un figlio e reclama il diritto alla genitorialità in virtù dell’«intenzione» genitoriale espressa e agita. Il momento della decisione o l’atto intenzionale viene eletto a momento fondativo della vicenda procreativa e delle dinamiche di riconoscimento giuridico dei legami di filiazione, e per ciò stesso prende il posto che l’atto sessuale aveva nella procreazione naturale” R. Parisi, “Filiazione e genitorialità fra pratiche, rappresentazioni e diritto: il caso dell’omogenitorialità in Italia”, in *EtnoAntropologia*, Vol. 5, n. 2, 2017, pp. 136-161; in senso analogo, per il momento si rinvia a S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2021; M. C. Venuti, “Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente”, in *Genus. Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, 1, 2018, pp. 85-101 (secondo l’a. sarebbe già la Costituzione a fornire direttive nel senso della preminenza dei concetti di protezione e cura nella definizione del rapporto genitoriale. Più in generale, secondo Venuti è l’osservanza dei principi generali della parità, del divieto di discriminazione, uguaglianza, cura e protezione della prole dettati dalla Carta Costituzionale a dover guidare tutta la disciplina in tema di costituzione dello *status filiationis*. In senso conforme A. Valongo, *Diritto delle successioni e della famiglia. Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Edizioni scientifiche italiane, 2017, p. 166 e A. G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022, p. 103); A. Shuster, *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, 2011, pp.; M. Gattuso, “Un bambino e le sue mamme: dall’invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40”, in *Questione Giustizia on line*, 16 gennaio 2018, p. 13;

Dal punto di vista della scienza psicologica: “Le funzioni genitoriali corrispondono alle capacità di rispondere ai bisogni di cura, prima di tutto di un figlio, ma anche di un qualunque essere in posizione di dipendenza. Includono la capacità di conoscere il funzionamento dell’altro e provvedere a lui, garantirgli protezione, entrare in risonanza affettiva e facilitarne la regolazione emotiva, dare limiti e sostenerne lo sviluppo psicofisico e la mentalizzazione, offrire un contenimento simbolico e arricchire di significati l’interazione, permettergli di pensarsi dentro una storia” F. Ferrari”, *La genitorialità come relazione identitaria fondamentale. Apprendere dall’omogenitorialità*”, in *Varchi-Tracce per la psicoanalisi*, 14, 2016, pp. 16-25 (in senso analogo A. Taurino, , “Famiglie e genitorialità omosessuali. Costrutti e riflessioni per la disconferma del pregiudizio omofobico”, in *Rivista Internazionale di Filosofia e Psicologia*, 3 (1), 2012, pp. 67-95).

²⁹¹ M. Ghisleni, *Generazione arcobaleno. La sfida per l’eguaglianza dei bambini con due mamme*, Passaggi Einaudi, 2020, p. 43.

²⁹² La trascrizione di atti di nascita stranieri di bambine e bambine nate in coppie di donne pare ormai pacifica dopo il caso giudiziario che ha portato alla celebre pronuncia della Suprema Corte 19599/2016.

compiere con riferimento all'ammissione del legame di tipo materno in casi di riconoscimento *ab origine* nell'atto di nascita della doppia maternità.²⁹³

Nell'ambito dell'ampia accezione di *volontà* si ritiene che debba essere compiuto un distinguo tra: a) la volontà di essere (e rimanere genitori) e b) la volontà come dichiarazione di voler diventare genitori.

a) Nel primo caso ad assumere rilevanza è “il fare”, l'esercizio di fatto delle funzioni genitoriali. L'atto di “prendersi cura” della persona di minore età, ponendo in essere i doveri che l'ordinamento prescrive in capo ai genitori e comportandosi *di fatto* come tali, rappresenta il fondamento del rapporto di filiazione. In un'immaginaria linea temporale avremo dunque la condotta e la costruzione fattuale di un rapporto con il minore (volontà di *essere* genitori) e, solo successivamente, la formalizzazione giuridica del rapporto stesso. Con riferimento a tale ultimo punto, l'intenzione di ratificare un rapporto che già nei fatti è di tipo genitoriale costituisce la rappresentazione della volontà di voler *rimanere* genitori e, in ragione di ciò, l'accettazione a sottoporsi ad un controllo giudiziario volto a verificare l'idoneità ad essere riconosciuti come tali per quel minore. Detta ingerenza “esterna” non è riscontrabile nella filiazione biologica, dove la circostanza di aver generato rende *ex se* idonei ad essere genitori²⁹⁴. Emblematica, a spiegazione di quanto appena detto, l'affermazione della bioeticista Lalli²⁹⁵ (richiamata da Ghisleni)²⁹⁶ con riferimento alle famiglie omogenitoriali, secondo cui “i genitori eterosessuali sono prima di tutto considerati *genitori*, invece i genitori omosessuali vengono prima di tutto considerati *omosessuali*”. La *volontà per atti concludenti*²⁹⁷, così come appena delineata, e come si vedrà meglio nel prosieguo della trattazione, è ciò che fonda la genitorialità in taluni casi della filiazione adottiva ai sensi dell'art. 44 lett. a (adozione da parte di parenti entro il sesto grado, soggetti che hanno

²⁹³ La questione verrà meglio approfondita nel prosieguo. Si fa riferimento, tuttavia, sin da ora a Cass. 7668/2020; Cass. 22 aprile 2020 n. 8029; Cass. 9006/2021 e alla recentissima ordinanza del 25 febbraio 2022 n. 6383 nell'ambito della quale è stata emanato il seguente principio di diritto: “E’ in contrasto con la L. n. 40 del 2004, il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata a quella che lo ha partorito, stante l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali. Non è consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto” (interessante che nella vicenda oggetto della detta pronuncia la madre intenzionale era anche madre genetica, in quanto aveva fornito il proprio ovulo nella pratica di pma).

²⁹⁴ Il controllo è, in alcuni casi, successivo quando si riscontra il rischio di pregiudizio per il minore.

²⁹⁵ C. Lalli, *Buoni genitori. Storie di mamme e di papà gay*, Il Saggiatore, 2009.

²⁹⁶ M. Ghisleni, op. cit., p. 52.

²⁹⁷ Formula utilizzata dallo stesso legislatore all'art. 9 L. 40/2004.

instaurato un rapporto significativo con il minore orfano di padre e madre), b (adozione del figlio del coniuge) e d (nelle fattispecie di adozione del figlio del partner). Qui, spesso²⁹⁸, il legame filiale è basato sul fatto di svolgere le funzioni genitoriali per la persona di minore età, la quale, parallelamente, può essere considerata titolare del diritto di vedersi riconosciuto il rapporto di cura, assistenza e accompagnamento che si è instaurato con la donna (per rimanere sulla maternità) che, di fatto, ha svolto il ruolo genitoriale pur in mancanza di un legame genetico o biologico²⁹⁹. Come prima affermato, vi è prima la condotta e la costituzione del rapporto e, solo successivamente la ratificazione (ed il controllo) dello stesso.³⁰⁰

b) Nella filiazione basata sulla *volontà - dichiarazione*, invece, si diventa genitori ancor prima della costituzione di una qualsiasi forma di rapporto con il minore e, in taluni casi, prima ancora della nascita del bambino o della bambina. Tale accezione della volontà fonda la genitorialità (e dunque la relazione materna) nell'adozione piena³⁰¹ e nella filiazione da procreazione medicalmente assistita. Nel caso

²⁹⁸ Come si vedrà la realtà è parecchio complessa e frammentata e ciò rende difficile ragionare su definite categorie teoriche. Infatti, non sempre risulta agevole affermare che il rapporto di filiazione che si viene a costituire per il tramite dell'applicazione dell'adozione in casi particolari sia *sempre* fondato su una volontà - condotta. Si pensi ai casi di adozione in casi particolari ex art. 44 lett. a da parte di parenti entro il sesto grado ovvero, per quanto concerne l'art. 44 lett. d ai casi di impossibilità di affidamento preadottivo di fatto (e non di diritto), in cui si ricorre a detta ipotesi di adozione in casi particolari a causa di particolari caratteristiche personali del minore (si pensi a situazioni di grave infermità o di età avanzata del minore) ovvero al ricorso all'art. 44 lett. d nelle coppie *same sex* subito dopo la nascita del minore.

²⁹⁹ La Grande Camera della Corte Europea dei diritti umani nel parere consultivo del 10 aprile 2019 reso a seguito della richiesta presentata il 12 ottobre 2018 dalla Corte di cassazione francese ha fatto riferimento al rapporto di filiazione che è diventato "realtà pratica". Come è ormai noto, tuttavia, il parere è stato dato in merito al fine di ottenere chiarimenti circa la portata degli obblighi di tutela imposti dall'art. 8 CEDU (sul diritto alla vita privata e familiare) in sede di riconoscimento di un rapporto di filiazione costituito all'estero nei confronti della madre intenzionale-non biologica di due gemelle nate negli Stati Uniti tramite un accordo di maternità surrogata di tipo gestazionale, concluso da una coppia eterosessuale di coniugi francesi.

³⁰⁰ Nell'istruttoria svolta nell'ambito dei procedimenti di adozione in casi particolari, il rapporto con il minore, che di fatto già esiste ed è consolidato, viene indagato (soprattutto per il tramite dei Servizi sociali che prendono il carico il nucleo) e, soprattutto, deve essere provato (ad esempio, attraverso allegazione di relazioni di soggetti che, a vario titolo, sono in contatto con la famiglia, come la pediatra, gli insegnanti ecc.). Si tratta di una delle argomentazioni fornite dalle coppie *same sex* e dalle associazioni rappresentative contro l'utilizzo dell'adozione ex art. 44 l. adoz. per la formalizzazione dei rapporti.

³⁰¹ Un discorso a parte può essere immaginato per i casi in cui gli adottanti coincidono con i soggetti che abbiano avuto, per un certo, lasso di tempo il minore adottando in affidamento familiare, ai sensi degli artt. 2-5 l. 184/1983. In dette situazioni (in cui, comunque, vi è un primo atto di dichiarazione di disponibilità, seppure qualitativamente differente rispetto alla dichiarazione di disponibilità ad adottare), con riferimento a quella specifica persona di minore età, le funzioni genitoriali sono state già di fatto esercitate ed il rapporto già costituito. Ed anzi, è proprio in ragione della tutela della relazione creata e del rispetto del diritto alla continuità affettiva (così come delineato dalla legge 173/2015), che la dichiarazione di disponibilità all'adozione viene presentata. Tale eventualità era piuttosto rara prima

dell'adozione, il primo atto che porterà alla costituzione di un rapporto filiale tra adottanti e adottando non è, ovviamente, la fecondazione, trattandosi di filiazione non biologica, né una condotta/esercizio di fatto della responsabilità genitoriale, bensì, la dichiarazione di disponibilità all'adozione (ossia la domanda di adozione)³⁰².

Oltre all'adozione piena, la volontà è basata sulla dichiarazione ed, in particolare, secondo parte della dottrina, sul consenso informato che si sottoscrive nel momento in cui ci si sottopone a tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 6 legge 40/2004) nella filiazione da PMA e ciò in quanto, il consenso all'accesso a tali pratiche non è considerato solo per la sua valenza di consenso informato al trattamento sanitario, bensì anche (anzi soprattutto) come consapevole assunzione della responsabilità genitoriale.³⁰³ La differenza fra le due “tipologie” di volontà sopra delineate è qui piuttosto evidente. Un nucleo familiare non esiste ancora (ma si ha l'intenzione di costituirlo), si ha un progetto familiare ben determinato, si presta il consenso e, sulla base di questo, si chiede di essere considerate madri, anche in assenza

dell'intervento del legislatore del 2015, in quanto si era consolidata una prassi sulla base delle quale si evitava di dare il minore in adozione alla famiglia che lo aveva accolto in affidamento extra-familiare, a causa dell'impossibilità di garantire il segreto circa l'identità della famiglia d'origine e dell'aspirante famiglia adottiva. Decisivo l'intervento della Corte Europea dei Diritti Umani con la celebre pronuncia Moretti e Benedetti c. Italia del 27 aprile 2010 ric. 16318/07 (cfr. sul punto D. N. Micucci, F. Tonizzo, “La tutela del diritto dei minori affidati alla continuità affettiva. Approvata la legge n. 173/2015”, in *Prospettive Assistenziali*, n. 193, 2016; P. Morozzo della Rocca, “Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la legge n. 173/2015”, in *Questione Giustizia*, 2017, pp. 602 e ss.; A. Morace Pinelli, “Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173”, in *Dir. famiglia*, 2016, p. 303; P. Serra, “Quando l'affidamento diventa adozione: opportunità e criticità nelle relazioni vissute dal minore”, in *Minorigiustizia*, 2015, 4, 28; L. Lenti, “L'adozione”, in L. Lenti, M. Mantovani (a cura di) *Il nuovo diritto della filiazione*, Giuffrè, 2019, p. 388-389).

³⁰² Nella legge 184/1983 non è espressamente previsto che agli aspiranti adottanti debba essere richiesto un consenso all'abbinamento; tuttavia nella prassi la coppia viene convocata dagli assistenti sociali responsabili dell'ufficio adozioni presso il T.M. e vengono fornite loro alcune informazioni inerenti la vita dell'adottando. A questo punto gli adottanti possono certamente rifiutarsi a procedere.

³⁰³ Si sono espressi in questo senso, tra gli altri, L. Rossi Carleo, “Le informazioni per il “consenso” alla procreazione assistita”, in *Famiglia*, 2004, 706; F. Naddeo, *Accesso alle tecniche, in Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, (a cura di) P. Stanzione-G. Sciancalepore, Milano, 2004, 92; M. D'Auria, “Informazione e consensi nella procreazione assistita”, in *Famiglia*, 2005, 1049; C. Cavajoni, *Procreazione assistita e status filiationis, in Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi di responsabilità*, (a cura di) M. Dossetti, M. Lupo, M. Moretti, Milano, 2010, 101; M. C. Venuti, “Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di PMA e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente”, op. cit., p. 93; S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2021; M. Ghisleni, op. cit.; S. Lollini, “Il riconoscimento della genitorialità omosessuale: un percorso lungo e tortuoso”, in M. Pellissero e A. Vercellone (a cura di) *Diritto e persone LGBTQI+*, Giappichelli, 2022, pp. 91-110.

dell'apporto biologico. L'art. 8 della legge 40/2004 conferma questa lettura esplicitando il fatto che i nati grazie alle tecniche di pma sono figli della coppia che ha prestato il consenso informato, anche in assenza di un legame biologico. Analogamente, l'art. 6, nel quale è previsto che il medico debba informare i soggetti anche circa le conseguenze giuridiche della procedura.

Tuttavia, pare pur sensato quanto affermato dalle ultime pronunce della Corte di Cassazione, secondo cui l'articolato dell'anzidetta legge deve essere considerato nel suo complesso e, per tale ragione, non può essere ignorato quanto affermato dall'art. 5 l. 40/04, il quale preclude l'accesso alle tecniche alle coppie dello stesso sesso e alle persone singole. Questo anche in considerazione del fatto, che il rischio di un *focus* esclusivo sulla volontà o, in altre parole, il conferimento di un valore sempre più crescente alla costituzione di rapporti di fatto, ai fini della costruzione dei legami filiali, anche al di là di quelle che sono le prescrizioni dell'ordinamento interno (e dunque, nel caso della filiazione da PMA, riconoscere la maternità anche di colei che non ha alcun legame biologico con il nato, nonostante quanto previsto dalla legge 40) pone il problema del raggirio delle norme positive e delle tutele del gruppo dei minori considerati nel loro complesso. La tendenza, infatti, può essere quella di considerare le situazioni a "fatto compiuto", ponendo l'accento sulla tutela delle relazioni già instaurate; questo fa sì che, anche se un bambino o bambina nasce in violazione della legge, è sufficiente aver trascorso con lui/lei un certo periodo di tempo per poterlo/a "usucapire".³⁰⁴

³⁰⁴ L'espressione "usucapire i bambini" è di L. Lenti, "Il caso Serena: i bambini non si usucapiscono", in *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, 2, pp. 515 ss. con riferimento al celebre caso di Serena Cruz. In generale, L. Lenti, "Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera", in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4/2017, pp. 495 ss. "Accanto al migliore interesse del minore, inoltre, dovrebbe essere tenuto in adeguata considerazione anche il miglior interesse dei minori, intesi come categoria universale e astratta. Lo impone il dovere inderogabile di solidarietà sociale prescritto all'art. 2 Cost.: decidere "secondo giustizia", nel "superiore interesse del minore", un singolo caso di maternità surrogata in eccezione all'ordine pubblico o al principio di legalità può significare, infatti, andare contro l'interesse dei "minori in generale". Il tema è particolarmente sentito con riferimento ai minori nati in seguito al ricorso a pratiche di maternità surrogata. Sul punto vedi anche C. Tripodina, "C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di ordine pubblico internazionale come varco per la realizzazione dell'incoercibile diritto di diventare genitori", in S. Nicolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene Editore,, 2017, pp. 123 e ss. (l'autrice parla di assunzione delle decisioni con il "bambino in braccio").

2. Le modalità di manifestazione della volontà

Come si accennava nell'introduzione, una delle questioni problematiche che concernono l'elemento della volontà consiste nella manifestazione dell'intenzione stessa di costituire una relazione di filiazione. Se da una parte, infatti, la volontà può estrinsecarsi nell'esercizio di fatto delle funzioni genitoriali, in altre situazioni si diventa genitori ancor prima della costituzione di una qualsiasi forma di rapporto con il minore e, in taluni casi, prima ancora della nascita del bambino o della bambina stessa³⁰⁵. In dette ipotesi, la volontà è manifestata per il tramite di una dichiarazione, la quale rappresenta il primo atto della costituenda relazione di filiazione. Da una parte, dunque, la volontà di diventare genitori, dall'altra di essere e rimanere tali.

Nei paragrafi che seguono si individueranno (procedendo con una sorta di "mappatura" dell'ordinamento interno) le fattispecie in cui la relazione di filiazione è basata sull'elemento della volontà e non sul contributo biologico o genetico. Contestualmente si cercherà di cogliere le diverse sfumature che vi possono essere nell'ambito dell'ampia accezione di volontà (e dunque dare conto della complessità della realtà) e di comprendere alcune questioni "calde" e collaterali che ruotano attorno all'ampia tematica della genitorialità sociale.³⁰⁶

2.1 La volontà - dichiarazione

Nell'accezione della volontà (di diventare genitore) quale *dichiarazione* si ritiene di far rientrare l'adozione piena, ai sensi degli artt. 6 - 28 della legge 184/1983 e la filiazione da PMA di tipo eterologo, che trova come riferimenti normativi le disposizioni della legge 19 febbraio 2004, n. 40 ed, in particolare, gli artt. 6, 8 e 9. Infatti, in entrambi i casi la volontà di costituire una relazione di filiazione non si evince dalla ripetizione di atti e, dunque, dalla costituzione di un rapporto, bensì dalla manifestazione di una dichiarazione che precede il rapporto stesso. Dette dichiarazioni

³⁰⁵ Si pensi ai casi di richiesta di un riconoscimento *ab origine* della doppia maternità, nei casi in cui una coppia di donne realizzino un comune progetto procreativo e facciano ricorso all'estero a tecniche di PMA.

³⁰⁶ Si fa, per esempio, riferimento al rifiuto da parte delle famiglie omogenitoriali di nuova costituzione dell'utilizzo dell'istituto dell'adozione in casi particolari per il riconoscimento del legame con il genitore che non ha fornito il contributo biologico/genetico cfr. M. Ghisleni, *Generazione arcobaleno. La sfida per l'eguaglianza dei bambini con due mamme*, Einaudi, 2020.

sono, come si vedrà, la disponibilità all'adozione fatta pervenire al tribunale per i minorenni territorialmente competente da parte degli aspiranti adottanti ed il consenso informato sottoscritto, ai sensi dell'art. 6 L. 40/2004, da parte dei soggetti che accedono alle tecniche di PMA.

2.1.1. L'adozione piena

L'adozione piena è, certamente, una delle ipotesi più risalenti di filiazione basata sulla volontà. Ed anzi, l'istituto dell'adozione ha fundamentalmente lo scopo di creare un rapporto giuridico di filiazione tra soggetti privi di legame biologico-genetico, consentendo che, laddove non vi sia una famiglia d'origine in grado di provvedere alla esigenze di vita di una persona di minore età, questa “venga inserita all'interno di un nuovo nucleo familiare, nell'ambito del quale possa trovare un ambiente idoneo a garantirgli una crescita adeguata”.³⁰⁷ Ai sensi dell'art. 27 l. adoz., per effetto dell'adozione, l'adottato assume lo stato di figlio degli adottanti, che divengono, dunque, genitori pur in assenza di un legame biologico-genetico.³⁰⁸

Considerato, dunque, pacifico che l'adozione rappresenti una delle ipotesi di rapporto di filiazione basato sull'intenzione, è con l'analisi del procedimento di adozione, e soprattutto della sua seconda fase³⁰⁹, che si rende chiaro a quale accezione di volontà debba rientrare quella posta alla base del legame tra adottanti e adottato. Lo studio dell'*iter* procedimentale, infatti, consente di individuare i momenti in cui viene manifestata la volontà degli aspiranti adottanti di diventare genitori per il tramite di *dichiarazioni* di disponibilità all'adozione (ossia la domanda di adozione)³¹⁰. Infatti,

³⁰⁷ Così M. A. Iannicelli, *Diritto della famiglia*, Milano, 2011, p. 869.

³⁰⁸ Travalicando i confini del diritto di famiglia e minorile, si può far riferimento al fatto che i genitori adottivi fruiscono dei congedi per maternità e parentali allo stesso modo dei genitori biologici ai sensi degli artt. 26 e ss. del D.lgs 26 marzo 2001 n. 151. Il tema è particolarmente sentito anche sul piano sovranazionale. La Corte Edu si è invero pronunciata ritenendo discriminatorio il rifiuto di uno Stato ad estendere i congedi di maternità alle madri adottive (cfr. Corte EDU, Sez. I, 14 novembre 2013, n. 19391).

³⁰⁹ A livello normativo, il procedimento giudiziario per l'adozione piena è disciplinato dagli artt. da 6 a 28 della legge 184/1983 ed è suddiviso in due fasi: il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità ed il procedimento di adozione propriamente detto. L'attenzione, per i fini che ci si prefigge, sarà posta sulla seconda fase. Cfr. L. Lenti, J. Long, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Giappichelli Editore, 2014, p. 322.

³¹⁰ Nella legge 184/1983 non è espressamente previsto che agli aspiranti adottanti debba essere richiesto un consenso all'abbinamento; tuttavia nella prassi la coppia viene convocata dagli assistenti sociali responsabili dell'ufficio adozioni presso il T.M. e vengono fornite loro alcune informazioni inerenti la vita dell'adottando. A questo punto gli adottanti possono certamente rifiutarsi a procedere.

all'inizio del procedimento di adozione propriamente detto (seconda fase)³¹¹, i coniugi in possesso dei requisiti per adottare, ai sensi dell'art. 6 della legge 184/1984, devono presentare una domanda (generica, non viene indicato, cioè, il nome di uno specifico minore che si desidererebbe adottare)³¹², la quale può essere intesa come una *dichiarazione* di disponibilità (e non come domanda giudiziale)³¹³, al tribunale per i minorenni del distretto di residenza (art. 22 legge 184/1983). La domanda può essere inviata anche ad altri T.M., purché di tale invio sia data contezza ai T.M. precedentemente aditi.³¹⁴ La validità della domanda è di tre anni³¹⁵. Allo scadere del triennio, qualora i coniugi non abbiano adottato, ma intendano manifestare nuovamente la propria disponibilità all'adozione, devono presentare una nuova dichiarazione.³¹⁶ Ai sensi dell'art. 22 l. adoz., il tribunale per i minorenni, accertata la sussistenza dei requisiti prescritti dalla medesima legge, dispone l'avvio di "adeguate indagini", al fine di rinvenire la coppia più idonea per le esigenze dell'adottando, tra quelle che hanno presentato apposita dichiarazione di disponibilità. L'accertamento dei requisiti dell'idoneità all'adozione della coppia avviene in due fasi: una prima in cui si verifica una idoneità astratta all'adozione, ai sensi dell'art. 6 l. adoz., una seconda in cui viene in concreto verificata la compatibilità degli aspiranti adottanti con l'adottando in questione (art. 22 l. adoz.).³¹⁷ Arrivati a questo punto, il tribunale per i minorenni, dovrà

³¹¹ La prima fase del procedimento si conclude con l'accertamento giudiziale dello stato di abbandono del minore adottando, il quale viene, così, dichiarato adottabile (art. 7 comma 1 l. 184/1983) da parte del tribunale per i minorenni con sentenza pronunciata in camera di consiglio.

³¹² A meno che non si tratti di una domanda di adozione presentata da genitori affidatari, che intendano dichiarare la propria disponibilità ad adottare il minore affidato, ai sensi dell'art. 4, comma 5 bis, della legge 184/1983, così come modificata dall'art. 1 della legge 19 ottobre 2015 n. 173 sul diritto alla continuità degli affetti in affidamento familiare. In detto caso, la domanda dovrà essere necessariamente nominativa. Cfr. sul punto D. N. Micucci, F. Tonizzo, "La tutela del diritto dei minori affidati alla continuità affettiva. Approvata la legge n. 173/2015", in *Prospettive Assistenziali*, n. 193, 2016; P. Morozzo della Rocca, "Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la legge n. 173/2015", in *Questione Giustizia*, 2017, pp. 602 e ss.; A. Morace Pinelli, "Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173", in *Dir. famiglia*, 2016, p. 303; P. Serra, "Quando l'affidamento diventa adozione: opportunità e criticità nelle relazioni vissute dal minore", in *Minorigiustizia*, 2015, 4, 28.

³¹³ V., sul punto, G. Manera, "I requisiti soggettivi degli adottanti nell'adozione dei minori", in *DFP*, 2003, 2 500.

³¹⁴ Analogamente, può essere presentata sia domanda per adozione nazionale, che internazionale.

³¹⁵ Cfr. S. Matteini Chiari, *Adozione nazionale, internazionale e affidamento a terzi*, Giuffrè, 2021, p. 86.

³¹⁶ Cfr. sul punto S. Matteini Chiari, op. cit., p. 198.

³¹⁷ La fase valutativa varia a seconda del territorio, sia per quanto concerne le modalità di valutazione dei servizi sociali, sia rispetto al rapporto con i tribunali per i minorenni. Ferme restando le funzioni assegnate dalla legge (la registrazione delle dichiarazioni di disponibilità, il decreto di idoneità, l'affidamento preadottivo, il decreto di adozione), le modalità istruttorie ed i tempi sono assai vari cfr. sul punto A. M. Vanoni, "Il punto di vista delle famiglie adottive", in *Minorigiustizia*, 1, 2017, pp. 90-97.

procedere con il delicato compito di abbinare le coppie che hanno manifestato la propria dichiarazione di disponibilità all'adozione, e che sono state ritenute idonee, e le persone di minore età dichiarate adottabili. Fatto ciò, gli aspiranti genitori adottivi devono essere informati delle condizioni psico-fisiche del minore e dei fatti rilevanti della storia dello stesso. Benché la legge 184/1983 non ne faccia cenno, è pacifico che gli aspiranti adottanti debbano esprimere un consenso con riferimento all'abbinamento che viene loro proposto.³¹⁸ Anche qui vi è, dunque, una nuova dichiarazione di disponibilità e di volontà che viene esternata.

Successivamente, in camera di consiglio, sentiti il pubblico ministero, gli ascendenti degli adottanti ove esistano, il minore che abbia compiuto gli anni dodici e, se opportuno, anche il minore di età inferiore, si dispone l'affidamento preadottivo e ne determina le modalità. Decorso un anno dall'affidamento preadottivo, il T.M. previa verifica dell'esistenza di tutti i presupposti richiesti e dopo aver sentito i coniugi affidatari, il minore adottando ultradodicesimo (o anche di minore età se capace di discernimento), il P.M.M., il tutore, pronuncia in camera di consiglio la sentenza con cui dispone l'adozione (art. 25, comma 1, legge 184/1983). La sentenza, una volta divenuta definitiva, è trascritta nel registro di cui all'art. 18 l. adoz. ed è costitutiva dello stato di figlio della coppia. L'adottato assume il cognome degli adottanti e vengono meno tutti i rapporti dell'adottato con la famiglia d'origine, fatta eccezione per i divieti matrimoniali, che operano sia nei confronti della famiglia d'origine, che degli adottanti.

Analizzando il procedimento di adozione, si è potuto notare come, in più occasioni, gli aspiranti genitori adottivi, che intendono costituire una relazione filiale, sono tenuti ad esprimere delle dichiarazioni di disponibilità. Il primo atto che porterà alla costituzione di un rapporto filiale non è, dunque, una condotta/esercizio di fatto della responsabilità genitoriale, bensì, in ordine cronologico, la dichiarazione di disponibilità all'adozione (ossia la domanda di adozione) e il consenso all'abbinamento proposto dal T.M..

Sulla valutazione dell'idoneità genitoriale da un punto di vista psicologico cfr. D. Guidi, A. Gaviraghi, "La valutazione genitoriale dell'idoneità", in *Minorigiustizia*, 1, 2017, pp. 82-89.

³¹⁸ L. Lenti, J. Long, op. cit., p. 152. Nella prassi, la coppia viene convocata dagli assistenti sociali responsabili dell'ufficio adozioni presso il T.M. e vengono fornite loro alcune informazioni inerenti la vita dell'adottando. A questo punto gli adottanti possono certamente rifiutarsi a procedere.

2.1.2 La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo

Nella procreazione medicalmente assistita si possono verificare ipotesi in cui lo *status filiationis* trova come elemento fondante la volontà, nell'accezione, sopra delineata, di volontà-dichiarazione. Si sta facendo, in particolare, riferimento alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo³¹⁹, con il contributo di uno/una o più donatori/donatrici. Tale ipotesi di dissociazione tra elemento biologico-genetico ed intenzionale si verifica sempre per la paternità, in cui a rilevare è unicamente il dato/contributo genetico. Per la maternità, è più complesso, volendo tenere disgiunti il legame biologico (rappresentato dalla gestazione e dal parto) da quello genetico. Nelle ipotesi immaginate dal legislatore (L. 19 febbraio 2004 n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"), in caso di PMA eterologa *latere matris* ovvero di entrambi i soggetti, non verrebbe meno, in ogni caso, il contributo biologico della gestazione e del parto della donna che intende essere madre.³²⁰ Diverso il caso in cui ad accedere alle tecniche in esame fosse una coppia di donne; in detta eventualità, il legame tra il nato e la madre sociale (che non ha fornito il proprio gamete e non ha portato avanti la gravidanza) sarebbe unicamente fondato sulla volontà - dichiarazione. Come si dirà, tuttavia, tale ipotesi è preclusa dalla legge 40/2004, la quale, all'art. 5, fornisce i requisiti soggettivi per il ricorso alla pma e prevede la possibilità di accedere alla stessa unicamente per coppie di sesso diverso.³²¹

Come è noto, negli anni, la legge 40, criticata da parte della dottrina fin dal principio della sua entrata in vigore,³²² è stata "smantellata" da numerosi interventi della

³¹⁹ Diverso è il caso della fecondazione di tipo omologo regolata fin dall'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004 n. 40, in cui vi è semplicemente, una procreazione fondata non sul rapporto sessuale, bensì, appunto, sull'accesso alle tecniche procreative. Non vi è, tuttavia, alcuna dissociazione tra genitorialità biologica ed intenzionale.

³²⁰ Verrebbe meno solo in caso di ricorso alla maternità per surrogazione, vietata dall'art. 12 della legge 40/2004.

³²¹ Art. 5 legge 40/2004: Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

³²² Sull'elaborazione dottrinale, immediatamente successiva all'entrata in vigore della legge, in diversa prospettiva, M. Dogliotti, A. Figone, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linea di tendenza*, Milano, 2004. Più recentemente AA.VV., "Il governo del corpo", in *Trattato del biodiritto*, diretto da Rodotà - Zatti, Milano, 2011, 1341; Baldini, *Riflessioni sul biodiritto*, Padova, 2012; G. Ferrando, "Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 20; M. Dogliotti,

Corte Costituzionale³²³, che hanno riportato l'attuale disciplina della procreazione medicalmente assistita molto più vicina a quanto praticato prima dell'entrata in vigore della disposizione medesima.³²⁴ In particolare, per quel che qui interessa, con la sentenza n. 162 del 9 aprile 2014, la Consulta si è pronunciata dichiarando l'illegittimità costituzionale della legge 40/2004 nella parte in cui stabiliva per la coppia il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. E' a partire da questo momento che assume maggiore rilevanza il tema della disgiunzione, nell'ambito della genitorialità da PMA, tra dato genetico e volontà.³²⁵

Su questo tema, nell'ambito della legge 40, ruolo centrale è da riconoscere agli artt. 6, 8 e 9 della disposizione, rispettivamente concernenti la disciplina del consenso informato in tema di procedure di PMA, lo stato giuridico del nato in seguito a dette tecniche e, da ultimo, il divieto di disconoscimento della paternità e di anonimato della madre e l'assenza di qualsiasi relazione giuridica tra il donatore ed il nato. Da un'analisi complessiva e coordinata delle tre disposizioni, non vi sono dubbi circa il fatto che, in caso di accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, da parte di soggetti aventi i requisiti previsti dalla legge, sia la volontà a divenire genitori, espressa sotto forma del consenso *ex art. 6*, a costituire elemento fondante della relazione filiale. E' la stessa legge 40, peraltro, a disporre che "I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli (nati nel matrimonio) o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la

"Persone fisiche", in *Trattato Bessone*, Torino, 2014, 378; Nicolussi, "Famiglia e biodiritto civile", in *Eur. dir. priv.*, 2019, 713.

³²³ C. cost. n. 151 del 2009 (laddove la legge imponeva la creazione di non più di tre embrioni e il loro unico impianto); C. cost. n. 162 del 2014 (sul divieto di fecondazione di tipo eterologo); C. cost. n. 96 del 2015 (nella parte in cui non consentiva il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili); C. cost. n. 229 del 2015 (nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche quando essa fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili).

³²⁴ Sulle questioni ancora aperte della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita si v., M. Dolcini, "La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua", in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1669 ss. Con particolare riguardo alla questione della soggettività dell'embrione v., fra tutti, F.D. Busnelli, "Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 393; dello stesso A. anche "Cosa resta della legge n. 40? Il paradosso della soggettività del concepito", in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 459 ss.

³²⁵ Come detto in apertura, per le coppie di sesso diverso (le uniche a cui sarebbe consentito l'accesso alle tecniche di PMA) permarrrebbe comunque il legame biologico della gestazione, che verrebbe a mancare solo in caso di *surrogacy*.

volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6" (art. 8).³²⁶ Inoltre, è altresì chiara la soccombenza del contributo genetico dinanzi a quello intenzionale, in caso di pma eterologa; il donatore, infatti, non acquisisce alcun legame giuridico con il nato (art. 9 comma tre), è vietato il disconoscimento di paternità ed il parto anonimo (art. 9 comma 1 e due).³²⁷

Più nel dettaglio, con particolare riguardo al tema della doppia accezione della volontà "per atti concludenti" o "per dichiarazione" non pare che, nel caso della pma, vi siano particolari criticità ad identificare l'intenzione alla base del rapporto di filiazione nella seconda "categoria". In particolare, in questa ipotesi, la dichiarazione è rappresentata dal consenso prestato ai sensi dell'art. 6 l. 40/2004 e ciò in quanto, lo stesso non è considerato solo per la sua valenza di consenso informato al trattamento sanitario, bensì anche (anzi soprattutto) come consapevole assunzione della responsabilità genitoriale³²⁸. Ciò è esplicitato dalla stessa legge 40, che, all'ultimo comma dell'art. 6,

³²⁶ Tale regolamentazione (approccio genitorialità fondata sul consenso) era prevista anche prima dell'intervento della Corte Costituzionale che ha fatto venir meno il divieto di ricorso alla PMA eterologa. Si prevedeva infatti all'art. 9, comma 1, che: "Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso e' ricavabile da atti concludenti non puo' esercitare l'azione di disconoscimento della paternita' nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, ne' l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice."

I soggetti che ricorrono alle tecniche di PMA possono disporre della propria dichiarazione di volontà non illimitatamente, ma, in particolare per ciò che attiene alla donna, si delineano quattro fasi, rispetto a ciascuna delle quali è diversa la rilevanza dell'eventuale volontà di non diventare madre#: fino al momento della fecondazione dell'ovulo, ex art. 6 comma tre l. 40/2004 può revocare, analogamente al partner, il consenso ad accedere alle tecniche#, può rifiutare l'impianto dell'embrione in applicazione dell'art. 32, comma due, Cost. revocando il consenso all'intervento medico di *embryo transfert*, può esercitare la facoltà di interrompere la gravidanza nell'ambito della disciplina dettata dalla legge n. 194/1978.

Sul tema della revoca del consenso alla PMA, risulta interessante una recente pronuncia del Tribunale di Perugia del 28 novembre 2020 (*Giur. It.*, 2021, 12, 2610 con nota di A. Orestano, "Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione"), in cui è stata negata la rilevanza della revoca del consenso manifestata dal marito successivamente alla fecondazione degli ovuli. In questi casi, pur venendo meno la volontà-dichiarazione inizialmente prestata si costituisce ugualmente il rapporto di filiazione.

³²⁷ Tali previsioni erano, peraltro, già in vigore prima del 2014. Interessante che, con riferimento al coniuge/convivente del soggetto che ha fatto ricorso a pma eterologa l'art. 9 il consenso è ricavabile da "atti concludenti" e non dalla dichiarazione prestata nelle forme prescritte dal precedente art. 6. Con riferimento, invece, al divieto di parto anonimo ex art. 9 comma 2 l. 40/2004 si rinvia alle riflessioni svolte nel precedente capitolo, con riferimento al "rafforzamento" del contributo biologico e alla scarsa rilevanza sul piano pratico della disposizione.

³²⁸ Si sono espressi in questo senso (soprattutto con riferimento alla necessità di far riferimento al consenso anche per le coppie *same sex* che accedono alla pma eterologa), tra gli altri, L. Rossi Carleo, "Le informazioni per il "consenso" alla procreazione assistita", in *Famiglia*, 2004, 706; F. Naddeo,

prevede che debbano essere esplicitate “con chiarezza e mediante sottoscrizione” le conseguenze giuridiche di cui agli artt. 8 e 9 della medesima disposizione. Dunque, un nucleo familiare non esiste ancora (ma si ha l’intenzione di costituirlo), si ha un progetto familiare ben determinato, si presta il consenso e, sulla base di questo, si chiede di essere considerate madri, anche in assenza dell’apporto biologico.³²⁹

Se, quindi, la questione appare piuttosto lineare in caso di accesso alle tecniche di PMA da parte di soggetti aventi i requisiti richiesti dalla legge, il discorso si complica quando ad accedere alle suddette procedure sono coppie di donne omosessuali (non rispondenti ai requisiti soggettivi previsti dall’art. 5 l. 40/2004)³³⁰. Nell’ambito di tali unioni solo una delle due si sottopone alle tecniche portando avanti la gestazione (con ovulo della partner ovvero di una donatrice), mentre l’altra donna presta “solo” il

*Accesso alle tecniche, in Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, (a cura di) P. Stanzione-G. Sciancalepore, Milano, 2004, 92; M. D’Auria, “Informazione e consensi nella procreazione assistita”, in *Famiglia*, 2005, 1049; C. Cavajoni, *Procreazione assistita e status filiationis, in Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi di responsabilità*, (a cura di) M. Dossetti, M. Lupo, M. Moretti, Milano, 2010, 101; M. C. Venuti, “Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di PMA e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente”, op. cit., p. 93; S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2021; M. Ghisleni, op. cit.; S. Lollini, “Il riconoscimento della genitorialità omosessuale: un percorso lungo e tortuoso”, in M. Pellissero e A. Vercellone (a cura di) *Diritto e persone LGBTQI+*, Giappichelli, 2022, pp. 91-110. Con particolare riferimento alla disciplina del consenso nelle pratiche di PMA si rimanda a A. Ricci, “La disciplina del consenso informato all’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il d.m. 28 dicembre 2016 n. 265: novità e vecchi problemi”, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 1, 40 (così l’a. “Il consenso all’accesso alle tecniche di PMA si caratterizza per essere “un processo di elaborazione della decisione”, che comporta per il medico “un dovere di sostegno, di cooperazione con il paziente nella ricerca della sua strada, della sua verità” , per la coppia, l’assunzione della responsabilità genitoriale.*

³²⁹ Con riferimento al tema del consenso da prestare ai sensi dell’art. 6 l. 40/2004, le modifiche apportate dai numerosi interventi della Consulta hanno reso necessaria una modifica della disciplina sul consenso delle parti da conferire al responsabile della struttura, così come previsto dall’anzidetto articolo. È stato così emanato il nuovo decreto ministeriale il d.m. 28 dicembre 2016, n. 265, “Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell’articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40”, il quale disciplina gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato, in caso di richiesta di accesso alle tecniche di PMA; le modalità con cui le strutture autorizzate allo svolgimento di tali tecniche devono fornire ai richiedenti, per il tramite dei propri medici, le necessarie informazioni; le modalità con cui la volontà di accedere alle tecniche di PMA deve essere manifestata.

³³⁰ La pma eterologa, infatti, consentirebbe tecnicamente alle coppie di donne, almeno una della quali può condurre la gestazione, e anche alla donna singola, di procreare senza dover ricorrere alla maternità per surrogazione, a differenza delle coppie maschili cfr. sul punto S. Stefanelli, op. cit., pp. 23 ss.. In generale, il tema della PMA è strettamente connesso a quello della genitorialità omosessuale (Cfr. M. Gattuso, “Tutela dei minori nati da coppie omoparentali in seguito a procreazione medicalmente assistita”, in G. Buffone, M. Gattuso. M. M. Winkler (a cura di), *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, pp. 287 ss.).

consenso, il quale dà prova della partecipazione della stessa al progetto procreativo. Anche in tali ipotesi è la volontà (nella medesima accezione sopra delineata) ad assumere rilevanza per il legame fra il nato e la madre sociale, analogamente a ciò che accade per l'uomo che, unitamente alla partner, prende parte a tecniche eterologhe. Pur in dette ipotesi, infatti, vi è un progetto procreativo comune, la prestazione di un consenso e la conseguente nascita di un nuovo nato.³³¹ Oggetto di interesse è comprendere se detta volontà - dichiarazione debba essere considerata dall'ordinamento, al fine di riconoscere formalmente il legame tra madre sociale e nato, a discapito del principio di legalità, stante il divieto sancito dalla legge 40/2004 per le coppie *same sex* di ricorrere alle pratiche di PMA. O meglio, è probabilmente sulla modalità di riconoscimento di detta relazione che il dibattito appare più che mai "caldo"³³². Se, invero, come già detto, la possibilità per il genitore sociale, anche nell'ambito di famiglie di nuova costituzione, di ricorrere all'art. 44 lett. d della legge 4 maggio 1983 n. 184 è ormai pacifico³³³, è sul riconoscimento *ab origine* della doppia maternità nell'atto di nascita, in seguito al ricorso alla PMA all'estero e alla nascita in Italia, che pare ancora piuttosto problematico.³³⁴

³³¹ Pare ovvio che tali soggetti debbano fare ricorso alle tecniche in cliniche estero considerato il divieto abbinato a sanzioni sancito dalla legge 40, a meno che non si faccia ricorso ad una fecondazione in vivo, che può essere realizzata senza un intervento medico.

³³² Sulla necessità di riconoscere il legame con la madre intenzionale si è pronunciata la stessa Corte Edu con il noto parere consultivo del 10 aprile 2019.

³³³ E' stato il primo strumento utilizzato dalla giurisprudenza per riconoscere valore giuridico al legame del genitore sociale nelle famiglie omogenitoriali di nuova costituzione. Come ormai noto, la prima pronuncia è del Tribunale per i minorenni di Roma, 30 luglio 2014, in Nuova giur. civ. comm., 2015, I, 109. Cfr M. Winkler, "L'esperienza genitoriale tra teoria e prassi", in G. Buffone, M. Gattuso, M. M. Winkler (a cura di) *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017 pp. 312 ss.; J. Long, "L'omogenitorialità nell'ordinamento giuridico italiano" in M. Pellissero, A. Vercellone (a cura di) *Diritto e persone LGBTQI+*, Giappichelli, 2022, pp. 84 ss.; S. Lollini, "Il riconoscimento della genitorialità omosessuale in Italia: un percorso lungo e tortuoso", in M. Pellissero, A. Vercellone (a cura di) *Diritto e persone LGBTQI+*, Giappichelli, 2022, pp. 91 ss.; M. Ghisleni, op. cit.. Molte sono, tuttavia, le critiche circa la correttezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari per riconoscere questo tipo di legame si veda M. Ghisleni, op. cit. e, ancora più recentemente, il contributo di V. Pizzol, "Famiglie omogenitoriali: la valutazione dell'equipe adozioni nei procedimenti ex art. 44 lett. d) l. 184/83 tra limiti e opportunità", in *L'Osservatorio sul diritto di famiglia. Diritto e processo*, fascicolo II, maggio-agosto 2022. Qui l'a. nel ripercorrere le argomentazioni critiche di chi rifiuta il ricorso all'art. 44 lett. d per le famiglie di nuova costituzione suggerisce di rivedere il procedimento di adozione in casi particolari eliminando, di fatto, l'istruttoria e la valutazione dell'idoneità genitoriale della coppia.

³³⁴ Cfr. M. Gattuso, "Il problema del riconoscimento *ab origine* della genitorialità omosessuale" in G. Buffone, M. Gattuso, M. M. Winkler (a cura di) *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, pp. 230 ss.. Il primo caso in Italia è stato quello dell'iscrizione nei registri dello stato civile del Comune di Torino di un neonato come figlio di due donne. La vicenda è raccontata in M. Ghisleni, *Generazione arcobaleno. La sfida per l'uguaglianza dei bambini con due mamme*, Einaudi, 2021.

Con riferimento a tale ultima fattispecie, parte della dottrina³³⁵ e della giurisprudenza di merito³³⁶ ritiene applicabili anche ai nati in Italia con l'anzidette procedure gli articoli 6, 8 e 9 della legge 40/2004. Una delle argomentazioni ruota attorno all'art. 9 della legge 40, che prevede una regolamentazione dello *status filiationis* anche nel caso di ricorso alla pma eterologa, un tempo vietata; questo poiché “lo *status* del nato non può subire alcuna conseguenza negativa a causa della condotta illecita dei <genitori>”³³⁷. Sulla base di detto ragionamento, incentrato sulla convinzione per cui la legge 40 avrebbe introdotto un sistema autonomo di attribuzione dello *status filiationis*, sarebbe da considerare la volontà - dichiarazione della madre sociale (consenso e riconoscimento).³³⁸

Nessun dubbio, in senso positivo, sulla trascrizione degli atti di nascita formati all'estero dopo il primo caso del 2013, che ha portato alla pronuncia della Corte di Cassazione n. 19599/2016 v. S. Lollini, op. cit., pp. 95 ss.. Si tratta, infatti, di una questione di diritto internazionale privato che trova come riferimento normativo la legge 31 maggio 1995, n. 218.

³³⁵ Così S. Stefanelli, op. cit., p. 55 “il consenso costitutivo della responsabilità genitoriale, realizza l'interesse del nato proprio in quanto non è revocabile, dopo la fecondazione dell'ovocita, ed in tal guisa vincola ai doveri di cui all'art. 30 Cost., proprio attraverso la costituzione obbligatoria dello *status filiationis*”.

³³⁶ Sul tema del riconoscimento dei legami con madri intenzionali *ab origine*, è interessante anche la giurisprudenza giuslavorista. Tra le più recenti, si cita una pronuncia della Corte d'Appello di Milano con cui è stata ritenuta una condotta “discriminatoria ai sensi della Direttiva 78/2000/CE e del D.lgs. n. 216/2003, per ragioni legate all'orientamento sessuale, il diniego da parte del datore di lavoro a che una sua dipendente fruisca del congedo parentale e per malattia del figlio, quando tale diniego sia motivato dall'appartenenza della donna allo stesso sesso dell'altro genitore che ha parimenti effettuato il riconoscimento del minore innanzi all'Ufficiale di Stato civile, come da certificati trascritti. Tale condotta discriminatoria è lesiva dei diritti fondamentali della persona, realizzando una disparità di trattamento in ragione di prerogative soggettive quali l'orientamento sessuale, tale anche da pregiudicare negativamente il pieno e sereno esercizio della funzione di genitore della lavoratrice, specialmente nei primi anni di vita del bambino” (Corte. App. Milano, Sez. Lav., 17 Marzo 2021 in www.rivistalabor.it).

³³⁷ Così S. Lollini, op. cit., p. 104. Secondo cui il nato sarebbe in questi casi ancora più tutelato stante i divieti ex art. 9 e il fatto che il consenso può essere ricavato anche da “comportamenti concludenti”, come già osservato in precedenza.

³³⁸ Sulla base di tale ragionamento il Comune di Torino, come già detto, ha proceduto con il primo riconoscimento e così altri comuni. In caso di rifiuto dell'Ufficiale di Stato civile di procedere con la formazione dell'atto di nascita, il rifiuto è stato impugnato ai sensi dell'art. 95 del d.p.r. 396/2000 e in senso di accoglimento si sono pronunciate svariati giudici di merito Trib. Pistoia decr. 5 luglio 2018, confermato dal app. Firenze decr. 19 aprile 2019 poi definitivamente cassato da Cass. sent. n. 8029/2020; Trib. Bologna 6 luglio 2018; Trib. Rovereto decr. 12 aprile 2019 confermato da App. Trento decr. 30 gennaio 2020; trib. Rimini decr. 25 gennaio 2020; app. Napoli 4 luglio 2018 n. 145; Trib. Genova decr. 4 giugno 2019, poi riformato da app. Genova 25 giugno 2020 e trib. Genova decr. 4 novembre 2020; Trib. Brescia decr. 11 novembre 2020; app. Roma 27 aprile 2020 n. 1453, trib. Cagliari 28 aprile 2020 n. 1146, app. Cagliari 691/2021; Trib. roma 11/2/2020; trib. cagliari 28/4/2020; app. Trento dec. 16 gennaio 2020; Trib. Bergamo dec. 20 aprile 2020; Trib. Taranto 17 giugno 2022 tutte rinvenibili in *Articolo29*. Per le pronunce di merito in senso contrario si rinvia a S. Lollini, op. cit., pp. 105 ss.. Il procedimento ex art. 95 d.p.r. 396/2000 è il medesimo sia per richiedere il riconoscimento di uno status che il rifiuto dell'USC ha

In senso inverso, tuttavia, si sono pronunciate, soprattutto negli ultimi anni, sia la Corte Costituzionale, che la Corte di Cassazione.³³⁹ In particolare, la Consulta ha nel 2019 ritenuto legittimo il divieto di accesso alla PMA per le coppie dello stesso sesso, in ragione della funzione esclusivamente “terapeutica” della legge 40 e del modello familiare ideato dal legislatore *ad instar naturae*. Negli ultimi provvedimenti, invece, è stata, attraverso declaratorie di inammissibilità, di fatto ribadita la necessità che sia lo stesso legislatore a pronunciarsi su dette tematiche.³⁴⁰

Con riferimento alle pronunce della Corte di Cassazione, invece, certamente dirimenti sono le sentenze n. 7668 e 8029 del 2020, che hanno dichiarato la legittimità del rifiuto dell’USC di formare un atto di nascita attestante la doppia maternità. La Cassazione ha, nella sostanza, escluso che la legge 40 abbia istituito un sistema autonomo di formazione della filiazione. Al contrario, secondo i giudici di legittimità il sistema previsto dal codice civile fondato sul legame biologico con la madre resta il sistema di attribuzione “universale”.³⁴¹ Un anno dopo, con le pronunce nn. 23320 e 23321, la Cassazione ha sostanzialmente confermato l’anzidetto ragionamento. Da ultimo, ancora nell’ambito della formazione di un atto di nascita attestante la doppia maternità, la Cassazione ha affermato il seguente principio di diritto: “E’ in contrasto con la L. n. 40 del 2004, il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata a quella che lo ha partorito, stante l’esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali. Non è consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto”.³⁴²

impedito, sia da parte della Procura per contestarne la formazione cfr. sul punto A. Sassi, S. Stefanelli, “La filiazione e i minori”, in R. Sazzo (a cura di) *Trattato di diritto civile*, Torino, 2018, pp. 10 ss. e Palazzo, *La filiazione*, Milano, 2013.

³³⁹ Si fa, in particolare, riferimento alle sentenze nn. 221/2019, 230/2020 e 32/2021 della Corte Costituzionale e nn. 7668/2020, 8029/2020, 23320/2021, 23321/2021 e 7413 /2022 della Corte di Cassazione.

³⁴⁰ Certamente diverso il tenore della sentenza 32/2021, in cui la Corte Costituzionale rivolge un pregnante monito al legislatore. Per ampi commenti al provvedimento si rinvia al fascicolo n. 3 del 2021 della Rivista *BioLawJournal*.

³⁴¹ Per un commento alle pronunce cfr. S. Lollini, op. cit. pp. 107 ss..

³⁴² Cass. n. 6386/2022.

Si tratta, tuttavia, degli stessi giudici che ammettono pacificamente il ricorso all'adozione in casi particolari *ex art. 44 lett. d l. 184/1983* per il riconoscimento del legame con la madre sociale nelle famiglie omogenitoriali di nuova costituzione. Non è dunque, la volontà che non si vuole riconoscere come elemento fondante la relazione filiale, ma la modalità con cui la stessa viene espressa. Per le coppie di donne, sulla base degli ultimi orientamenti sopradescritti, non pare sufficiente la volontà-dichiarazione basata sul consenso *ex art. 6 l. 40/2004*, ma è necessaria quella fondata sul ricorso ai sensi dell'art. 44 lett. d l. adoz.

2.2 Volontà - atti concludenti

La *volontà per atti concludenti*³⁴³, così come sopra delineata, è ciò che fonda la genitorialità in taluni casi della filiazione adottiva ai sensi dell'art. 44³⁴⁴ lett. a (adozione da parte di parenti entro il sesto grado, soggetti che hanno instaurato un rapporto significativo con il minore orfano di padre e madre), b (adozione del figlio del coniuge) e d (nelle fattispecie di adozione del figlio del partner).

a) Nel primo caso, il Legislatore ha indubbiamente perseguito lo scopo di assicurare al minore, privato dei rapporti genitoriali³⁴⁵, la permanenza in un ambiente familiare, ove egli possa ricevere cura e protezione da parte dei membri della sua famiglia o da adulti con i quali vi sia un legame stabile e duraturo, condizione da ritenersi preferibile alla dichiarazione dello stato di abbandono e alla collocazione in affidamento presso una famiglia estranea, in attesa di adozione.³⁴⁶

³⁴³ Formula utilizzata dallo stesso legislatore all'art. 9 L. 40/2004.

³⁴⁴ Secondo gli ultimi dati statistici, relativi all'anno 2018, pubblicati sul portale ufficiale del Ministero della Giustizia, a fronte di 8621 domande di adozione piena pervenute, ve ne sono 777 per l'adozione ai sensi dell'art. 44 l. adoz.. Cfr.

https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/civile_report_2017_19marzo2019.pdf

³⁴⁵ In quanto orfano di entrambi i genitori o dell'unico genitore che lo ha riconosciuto.

³⁴⁶ M. Dogliotti, "L'adozione in casi particolari", nel Trattato di diritto privato, diretto da Bessone, IV, Filiazione, adozione, alimenti, a cura di Auletta, IV, Giappichelli, 2012, 517; M. Novella Bugetti, "L'affidamento del figlio adottato ai sensi dell'art. 44 lett. b L. n. 184/1983 a seguito del divorzio", in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 12, 1795; G. Ferrando, "L'adozione in casi particolari", *Corriere Giur.*, 2012, 1, 91.

In detta ipotesi, tuttavia, si devono differenziare le situazioni in cui a procedere con l'adozione in casi particolari sia un parente entro il sesto grado, da quelle in cui sia un terzo estraneo (dalla "famiglia biologica nella sua massima estensione"³⁴⁷) ad intendere assumere il ruolo di adottante. Infatti, solo in quest'ultimo caso viene, espressamente, richiesta la sussistenza di un consolidato rapporto tra i soggetti (adottante ed adottando). Al contrario, a differenza di quanto previsto con riferimento ai parenti entro il quarto grado per l'esclusione dello stato di abbandono (art. 12 l. adoz.)³⁴⁸, nell'adozione in casi particolari i parenti, nei limiti della rilevanza della parentela, sono legittimati solo per tale loro qualità ad avanzare la domanda di adozione.³⁴⁹ Con ciò non si vuole intendere che, nel corso del procedimento, la valutazione dell'idoneità dei procedenti ai sensi dell'art. 57 l. adoz. sia in detto caso meno rigorosa, ma, piuttosto, che, ad assumere rilevanza nell'eventuale costituzione dello *status filiationis*, è la dichiarazione e non tanto il rapporto preesistente tra i soggetti.

In tutti gli altri casi, è l'esistenza di un preesistente, stabile e duraturo rapporto³⁵⁰ a giustificare (e fondare) la pronuncia di adozione ex art. 44. La legge 19 ottobre 2015 n. 173 ha, poi, modificato la disposizione in esame inserendo la specificazione che il legame da considerare potrebbe essere anche quello "maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento".³⁵¹ Il legislatore ha fatto, dunque, riferimento ad un duplice criterio: uno formale (ed oggettivo), collegato al vincolo di parentela ed uno

³⁴⁷ Così G. Collura, op. cit. p. 972.

³⁴⁸ Tuttavia, data anche la pacifica considerazione dell'adozione piena come *extrema ratio* e del diritto dei minori di rimanere nella propria famiglia, la valutazione dei rapporti significativi è, anche in questo caso, piuttosto "sbilanciata" in favore dei parenti. Si veda, tra tutte, Cass. n. 16897 del 2015 secondo cui la valutazione negativa della disponibilità dei parenti entro il quarto grado deve essere assunta solo in presenza di elementi oggettivi gravi ed univoci.

³⁴⁹ Cfr. G. Collura, op. cit., p. 544; A. Finocchiaro, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983 n.184*, Giuffrè, 1983, 439.

³⁵⁰ Detta locuzione è stata più volte criticata per la sua genericità (cfr. A. Finocchiaro, op. cit.), secondo quanto risulta dai lavori parlamentari, la situazione tipica cui ricondurre il "rapporto stabile e duraturo" pare essere quella di un affidamento già in atto (affidamento di fatto o familiare); la dottrina è, invece, "concorde nel non circoscrivere l'interpretazione ad ipotesi di convivenza, ma ritiene imprescindibile l'esistenza di un rapporto accompagnato da una consuetudine di vita" così G. Collura, op. cit., p. 972.

³⁵¹ Si tratta di una novità che ha fatto a lungo discutere gli interpreti, in quanto, da una parte, vi era chi considerava tale innovazione come introduttiva di un *favor* per gli affidatari in caso di adozione in casi particolari (cfr. V. Montaruli, "Il diritto alla continuità affettiva", in *questionegiustizia.it* del 15 novembre 2016), dall'altra vi era chi riteneva detta modifica come dannosa. Il rischio è quello di favorire un'interpretazione della norma che limita le possibilità per gli affidatari di adottare in casi particolari solo nelle situazioni in cui l'affidato rimanga orfano e non anche quelle rientranti nelle ipotesi ex art. 44 lett. d l. adoz. (cfr. V. Sellaroli, op. cit.; P. Morozzo della Rocca, "Il diritto alla vita familiare di un bambino piccolo affidato", in *Minorigiustizia*, 3, 2010, pp. 248 e ss..

sostanziale (e soggettivo), che mette in risalto i legami di fatto, gli affetti e i rapporti già consolidati.

In ogni caso, la significativa relazione che viene posta alla base della domanda di adozione in casi particolari viene, comunque, valutata dal tribunale per i minorenni e, talvolta, seppur effettivamente presente, può l'adozione *ex art.* 44 non essere considerata rispondente al preminente interesse di quel minore.³⁵²

b) La lettera b dell'art. 44 l. adoz. prevede la possibilità per il coniuge di adottare il figlio, anche adottivo, dell'altro coniuge.³⁵³ Detta norma non fa riferimento, come per il caso dei terzi, ai sensi dell'art. 44 lett. a l. adoz., alla necessaria esistenza di un rapporto duraturo e significativo tra coniuge adottante e adottando, e, peraltro, è stato affermato che la disposizione risponderebbe più che altro all'esigenza di tutela dell'unità familiare per il minore, sulla base del principio sancito dai commi 1 e 3 dell'art. 30 Cost..³⁵⁴ Al di là della relazione tra i soggetti, dunque, ciò che rileva è la garanzia per la persona di minore età di una doppia figura genitoriale.³⁵⁵

³⁵² Si fa riferimento ad una risalente pronuncia con cui il Tribunale per i minorenni di Torino ha negato l'adozione in casi particolari, pur in presenza di solido rapporto tra i soggetti, per incapacità dell'istante di offrire al minore un ambiente familiare idoneo alla sua crescita (Trib. min Torino, 16 marzo 1987, *DFP*, 1988, 922).

³⁵³ L'adozione da parte del coniuge del genitore può essere disposta sia nel caso di morte dell'altro genitore, sia in caso di divorzio o annullamento, cui siano seguite nuove nozze.

³⁵⁴ Ubaldi, "L'adozione del figlio del coniuge come strumento adottivo atipico", in *Nuove leggi civ*, comm., 1991, 1012. ss.; Ciralo, op. cit. p. 930. Fine della disposizione è stato ribadito dalla stessa Consulta nella risalente pronuncia n. 44 del 2 febbraio 1990: "Nel caso del coniuge che adotti il minore figlio anche adottivo dell'altro coniuge, l'inderogabilità del divario minimo di età (diciotto anni) fra adottante e adottando può compromettere la realizzazione del valore costituzionale dell'unità della famiglia, cui è ispirata l'anzidetta specie particolare di adozione".

³⁵⁵ L'accento sull'esigenza di garantire al minore *l'unità familiare* (e non tanto sull'esigenza di formalizzare legami già di fatto esistenti) come *ratio* dell'adozione *ex art.* 44 lett. b l. 184/1983 si riscontra particolarmente nelle pronunce più risalenti. Si veda ad esempio Trib. minorenni L'Aquila, in *Dir. Famiglia*, 1995, 1501: "E' illegittimo, e va perciò riformato, il decreto del tribunale per i minorenni che disponga l'adozione, *ex art.* 44 lett. b) legge n. 184 del 1983, di una bimba di 5 anni da parte di una donna settantenne coniugata con il padre naturale della minore, dal quale essa sia separata di fatto: anche l'adozione in casi particolari, infatti, mira a garantire l'allevamento e l'educazione del minore in seno ad una famiglia idonea, sotto ogni riguardo, a promuovere il pieno sviluppo della delicata personalità minorile, e ciò non può avvenire allorchè l'adottante sia in tarda età, a nulla rilevando, in contrario, né il lungo tempo dell'adottando trascorso presso l'aspirante all'adozione, nè la sussistenza di validi, forti e consolidati rapporti affettivi; in considerazione dell'età dell'aspirante all'adozione, è, in partenza e con certezza, acclarata la sua incapacità, specie "de futuro", di garantire all'adottando l'ambiente familiare necessario al suo normale sviluppo psicofisico. L'adozione in casi particolari, è, poi, impossibile qualora come nel caso "de quo", il richiedente risulti separato, ancorché di fatto, dal coniuge: l'adozione in casi particolari, è, infatti, ispirata alla finalità di consolidare l'unità familiare, oltre che a dare una famiglia idonea al minore in stato di abbandono, per cui il rapporto adottivo non può essere circoscritto ad uno solo dei coniugi".

Tuttavia, l'adozione in casi particolari nell'ipotesi prevista dalla lett. b viene oggi largamente intesa ed interpretata come la modalità per garantire un riconoscimento giuridico alle relazioni di fatto consolidate dal genitore sociale, coniuge del genitore biologico, che rappresenta per il minore il punto di riferimento psicologico e sociale. Come affermato da taluni³⁵⁶, in altre parole, è il coniuge che sovente svolge di fatto il ruolo di padre o di madre del bambino e l'adozione, in tal caso, dà veste giuridica ad un rapporto già esistente, "risponde alla duplice di funzione di tutelare l'unità familiare e riconoscere rapporti già consolidati sul piano fattuale".³⁵⁷

Anche la Corte di Cassazione ha più volte fatto intendere che, alla base dei ricorsi ex art. 44 lett. b l. adoz. ci debba essere la volontà di formalizzare un rapporto già pienamente esistente nei fatti tra adottante ed adottando.³⁵⁸ In una passata pronuncia, ad esempio, i giudici di legittimità hanno affermato che presupposto indispensabile perché possa darsi luogo all'adozione, oltre alla qualità di affidatario³⁵⁹ del coniuge e alla

³⁵⁶ G. Ferrando, op. cit.; S. Mazzoni (a cura di), *Nuove costellazioni familiari. Le famiglie ricomposte*, Milano 2002 (in particolare, i saggi di I. Théry, J. Rubellin Devichi, P. Rescigno); G. Ferrando, *Famiglie ricomposte e nuovi genitori*, in *Giur. it.*, 2007, 121 ss.; R. M. Bova, "L'adozione del figlio del coniuge che sia deceduto senza aver prestato l'assenso", in *Famiglia e Diritto*, 3, 2008, 230; A. De Mauro, *Le famiglie ricomposte*, in *Famiglia*, 2005, 767; Ang. D'Angelo, *La famiglia del XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in D. Amram e Ang. D'Angelo, *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea, Quaderni della Riv. dir. civ.*, Padova, 2011, 13 ss. .

³⁵⁷ M. Novella Bugetti, op. cit., p. 3.

³⁵⁸ Rispetto alla giurisprudenza di merito v. di recente Corte appello - Bologna, 27 gennaio 2021, n. 163, in *DeJure* secondo cui "l'adozione in casi particolari di cui alla legge n. 184/1983, art. 44, comma 1, lett. b), a differenza di quella c.d. piena o legittimante è volta a proteggere legami affettivi e relazionali preesistenti, instaurando vincoli giuridici tra il minore e chi di lui si occupa, a tutela dell'interesse del minore stesso a crescere in una famiglia e a permanere nel proprio ambiente familiare, attribuendo rilevanza ad una situazione di familiarità di fatto, esistente e verificabile nella quale il minore rinviene almeno in parte le proprie radici".

³⁵⁹ Si tratta di una pronuncia antecedente alla riforma del 2006 che ha reso ordinario il regime dell'affidamento condiviso (oggi, per quanto intendeva la Corte in quella pronuncia, avrebbe più senso parlare di genitore collocatario). Il requisito della convivenza nell'ambito dell'adozione in casi particolari non viene più tanto menzionato nella giurisprudenza più recente, anche alla luce delle innovazioni in tema di affidamento dei figli in seguito alla scissione della coppia genitoriale. Vedi sul punto una recente pronuncia di merito secondo cui: "A tale riguardo, sebbene sia verosimile che la norma di cui trattasi sia stata a suo tempo ispirata anche da un certo convincimento che la convivenza sia di regola garanzia dell'effettività del rapporto effettivo con il minore, in ragione della centralità attribuita dagli artt. 29 e 30 Cost., non va dimenticato che la legge 184/1983 (pur nella sua successiva modifica di cui alla legge 149/2001) ha preceduto di parecchi anni la riforma della filiazione di cui alla legge 219/2012 e al d.lgs. 154/2013, che com'è noto, ha integralmente parificato la condizione di tutti i figli, nati nel matrimonio e da relazioni non matrimoniali, perfino da genitori che mai hanno convissuto, svincolando l'attribuzione e l'esercizio della responsabilità genitoriale dalla convivenza e privilegiando in ogni caso l'affidamento condiviso anche in ipotesi di genitori non conviventi, perfino quando il figlio sia nato da una relazione

corrispondenza dell'adozione all'interesse del minore, è l'esistenza di un rapporto affettivo tra adottante "necessariamente collegato ad una situazione di convivenza".³⁶⁰ Tale aspetto è stato ripreso anche dalla dottrina, secondo cui "considerando che la domanda di adozione in casi particolari è proposta dal coniuge del genitore con il quale il minore convive" è sottintesa la presenza di un intenso rapporto affettivo tra l'adottante ed il minore.³⁶¹ Ancora, la Corte di Cassazione in una pronuncia del 2011 ha evidenziato che: "Non basta che il coniuge del genitore presenti domanda, pur consentendo i genitori del minore (e il minore stesso ultraquattordicenne), ma è necessario che tra il richiedente e il minore stesso sussista effettivamente un valido rapporto affettivo".³⁶²

Come detto, tuttavia, l'art. 44 lett. b l. adoz. non fa riferimento alla necessaria sussistenza di un rapporto tra i soggetti e, seppur l'utilizzo che viene dato alla norma è quello appena descritto, si precisa che non si rinvencono pronunce in cui viene precisato un termine minimo di durata della relazione tra adottante e adottando (che potrebbe dunque essere anche molto breve, seppur qualitativamente significativa). Peraltro, pare interessante rilevare che, in taluni casi la sussistenza di un rapporto consolidato, ed effettivamente esistente tra i soggetti, non è stato ritenuto sufficiente ai fini della pronuncia di un'adozione in casi particolari. Si fa, per esempio, riferimento ad un caso in cui, pur nei fatti sussistente una relazione affettiva tra adottante ed adottando, l'adozione *ex art. 44 lett. b l. adoz.* non è stata pronunciata, poiché la domanda di disponibilità è risultata essere stata presentata dal secondo marito della madre del minore "non per consapevole impulso affettivo, ma per il desiderio egoistico del coniuge di estromettere il padre legittimo della bambina".³⁶³ Ancora, una recente pronuncia di merito, pur riconoscendo la sussistenza di un valido rapporto tra adottante e minore, ha confermato la pronuncia del tribunale per i minorenni, con cui era stata negata l'adozione in casi particolari, in quanto la stessa avrebbe posto a rischio la relazione della minore con il padre biologico, che esercitava pienamente la

extramatrimoniale di un genitore coniugato con un terzo (art. 250,1. co. c.c.)" App. Bologna, 27 gennaio 2021 n. 163, in *DeJure* .

³⁶⁰ Cass., 30.1.1998, n. 978, in *Giust. civ.*, 1998

³⁶¹ Cfr. Collura, *L'adozione in casi in particolari*, op. cit., p. 788. Secondo l'a. in questo caso l'adozione in casi particolari costituirebbe lo strumento per attribuire rilevanza giuridica ad una situazione di familiarità di fatto, esistente e consolidata.

³⁶² Cass. civ. Sez. I, 19 ottobre 2011, n. 21651.

³⁶³ Trib. min. Torino, 6 ottobre 1988, in *Dir. fam.*, 1988, 1731.

responsabilità genitoriale. Secondo i giudici “non può che concludersi da un lato che é senz'altro meritevole di apprezzamento l'ottima capacità dimostrata dal coniuge della madre di N. nell'instaurare e consolidare la relazione con la bambina, essa può essere coltivata a pieno beneficio della stessa senza apportare alcuna modifica alla figura paterna e alla sua capacità genitoriale, che é pienamente in grado di esercitare; d'altra parte che non é possibile, né corretto, moltiplicare le figure genitoriali di riferimento della minore, così come affermato dal giudice di prime cure, essendo piuttosto prioritario interesse della minore la consapevolezza della diversità delle figure che la circondano, pur nel profondo affetto con ciascuna di esse”.³⁶⁴

Si ritiene, dunque, che l'esistenza di un rapporto e l'esercizio di fatto delle funzioni genitoriali da parte dell'adottante siano, pacificamente, elementi di rilievo rispetto alla costituzione dello *status filiationis* nella fattispecie *ex art. 44 lett. b l. adoz.* Non ci si sente, tuttavia, di affermare che detta relazione debba considerarsi come unica condizione necessaria e sufficiente per una pronuncia di adozione in casi particolari.³⁶⁵

d) Da ultimo, si prende in considerazione l'ipotesi di adozione in casi particolari prevista dall'art. 44 lett. d l. adoz..

Con riferimento a tale “caso particolare”, per i fini del presente elaborato, si ritiene che debba compiersi un distinguo tra i casi di impossibilità di affidamento preadottivo “di fatto” e “di diritto”.

³⁶⁴ Si precisa che il padre biologico non si opponeva all'adozione, App. Bologna, cit.. Ed ancora, si veda una risalente pronuncia del Trib. min. de L'aquila, in *DeJure*, secondo cui: “La domanda di adozione di un figlio avuto dal coniuge nel corso del precedente matrimonio va rigettata quando il suo accoglimento e la conseguente assunzione del doppio cognome potrebbero creare al minore maggiori imbarazzi e dare vita in futuro a difficoltà in ordine ai rapporti con il padre naturale, opposti alla stessa domanda”. Ed ancora: “Nel caso di richiesta di adozione, da parte del coniuge, del figlio minore dell'altro coniuge, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. b), l. 4 maggio 1983 n. 184, è necessario che il giudice accerti in concreto, caso per caso, se l'interesse del minore risulti o meno” (Cass. civ. Sez. I, 09/05/2002, n. 6633).

³⁶⁵ La Cassazione ha in una pronuncia confermato la sentenza di merito di secondo grado con cui si revocava l'adozione *ex art. 44 lett. b l. adoz.*, a causa della intervenuta separazione tra la madre biologica del minore e il coniuge della stessa, nonostante la sussistenza di un consolidato rapporto tra la bambina e l'aspirante adottante. Nella pronuncia i giudici di legittimità richiamano la *ctu* svolta nel corso dei procedimenti di merito ed, in particolare, all'ascolto della minore, che aveva rivelato grande sofferenza per l'aspro conflitto esistente tra gli adulti (cfr. Cass. civ. Sez. I, 19 ottobre 2011, n. 21651).

Come è noto, secondo una interpretazione più risalente della dottrina³⁶⁶ e della giurisprudenza³⁶⁷ (e sulla base dei lavori preparatori alla legge 184/1983), la constatata difficoltà doveva essere riferita all'esistenza di ostacoli inerenti alle caratteristiche personali della persona minorenni (età avanzata o presenza di disabilità). In detti casi, non vi è alcun rapporto tra l'adottante (o gli adottanti) e il minore, ma unicamente una dichiarazione di disponibilità ad adottare, anche con riferimento a minori con particolari caratteristiche personali. Non vi è, dunque, una rilevante differenza rispetto all'adozione piena ed, infatti, non sono mancate critiche da parte di dottrina, secondo cui (data l'accezione originaria dell'impossibilità all'affidamento preadottivo) vi sarebbe dovuta essere una parificazione, anche negli effetti, con l'adozione piena e la previsione di un periodo sperimentale (analogo all'affidamento preadottivo)³⁶⁸.

Se si considera, invece, l'impossibilità di affidamento preadottivo come impossibilità di diritto, ad esempio per assenza di uno stato di abbandono ovvero per carenza dei requisiti per adottare in capo ai soggetti che intenderebbero in tal senso procedere con riferimento ad un dato minore, indubbiamente il ragionamento da compiere è differente ed un ruolo preminente assumono le relazioni affettive tra adottanti e adottandi, bisognose di essere giuridicamente e formalmente riconosciute. Infatti, all'adozione in casi particolari *ex art. 44 lett. d* si è fatto ricorso in ambiti fortemente difforni tra di loro: per dare veste giuridica, in Italia, a rapporti costituiti all'estero sulla base di istituti, come la *Kafalah* di diritto islamico, sconosciuti alla nostra tradizione giuridica³⁶⁹; per rendere possibile il passaggio dall'affidamento all'adozione a favore degli affidatari in quei casi in cui la situazione di abbandono definitivo si manifesta tardivamente, dopo che tra minore e affidatario si è stabilito un rapporto familiare meritevole di protezione³⁷⁰; per fronteggiare situazioni di "semiabbandono

³⁶⁶ Per una ricognizione vedi G. Collura, *op. cit.*

³⁶⁷ Trib. min. Potenza, 15 giugno 1984; Trib. min. Roma, 22 dicembre 1992, in *Giur. merito*, 1993; App. Torino, 9 giugno 1993, in *Dir. fam.*, 1994; Trib. min. Ancona, 15 gennaio 1998, in *Giust. civ.* 1998.

³⁶⁸ G. Bonilini, *op. cit.*; G. Collura, *op. cit.*

³⁶⁹ Trib. min. Trento 5 marzo 2002 e Trib. min. Trento 10 settembre 2002, in *Nuova giur. civ. comm.* 2003, 149, con nota di Long. Si v. anche App. Venezia 9 febbraio 2011, in questa *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 6, 847 con nota di P. Morozzo della Rocca.

³⁷⁰ Trib. min. Roma 18 marzo 1985, in *Dir. fam. pers.*, 1985, p. 620; Trib. min. Genova 14 ottobre 1995, in *Fam. dir.*, 1996, 346, con nota di P. Morozzo della Rocca; Trib. min. Roma 22 giugno 1987, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 947; Trib. min. Brescia 21 dicembre 2011, in *Dir. fam.*, 2011, 3, 1276 ss. (detta ultima pronuncia è di poco successiva alla celebre sentenza Cedu Moretti e Benedetti c. Italia del 2010, con cui l'Italia è stata sanzionata per non aver adeguatamente considerato il rapporto affettivo instaurato tra una

permanente", con forme di adozione che non spezzino completamente relazioni esistenti con la famiglia di origine³⁷¹; per rendere efficaci in Italia adozioni compiute da persone singole all'estero³⁷²; per tutelare il rapporto con il genitore sociale nelle coppie *same sex*³⁷³, per riconoscere il legame tra la parte della coppia *same sex* che non ha prestato un apporto biologico ad una pratica di PMA³⁷⁴. In quest'ultimo caso, tuttavia, si ricorre all'istituto dell'adozione in casi particolari anche subito dopo la nascita del minore e, dunque, ancora in assenza di un valido rapporto significativo. In dette situazioni, come si è avuto modo di vedere, la volontà è già stata manifestata per il tramite di una dichiarazione (consenso ex art. 6 l. 40/2004), con cui si è espressa l'intenzione di formare un nucleo familiare *ab origine*.³⁷⁵

Non si può, dunque, affermare che la volontà posta alla base del legame di filiazione formalizzato per il tramite dell'adozione ai sensi dell'art. 44 l. 184/1983 sia sempre da annoverare nella categoria "volontà per atti concludenti". Al contrario, la

minore e i suoi affidatari). Tale ipotesi è stata specificatamente presa in considerazione dalla legge 19 ottobre 2015 n. 173.

³⁷¹ Al riguardo v. App. Genova 1° dicembre 1995, in *Fam. dir.*, 1996, 147, con nota di Figone e v. la casistica illustrata da P. Morozzo della Rocca, *Adozione "plena, minus plena" e tutela delle radici del minore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 683.

³⁷² v. Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572, in *Foro it.*, 2011, I,728, con nota di De Marzo, in *Fam. dir.*, 2011, 697, con nota di M. A. Astone.

³⁷³ Tra le altre Trib. min. Bologna, 22.11. 2018; App. Napoli 15/6/2018 art. 29; Trib. min. Bologna 4/1/2018; App. Milano 9/2/2017; Trib. min Firenze 16/11/2017; Trib. min Palermo 3/7/2017; Trib. min . Venezia 15/6/2017; Trib. min. Roma 29/4/2016; Trib. min. Roma 22/10/2015 tutte rinvenibili in *Articolo29*.

³⁷⁴ A partire dal primo caso deciso con sentenza dalla Corte di Cassazione 22 giugno 2016 n. 12962.

³⁷⁵ Ed è la ragione per cui si ritiene che l'istituto dell'adozione ex art. 44 lett. d sia non idonea in dette situazioni: non è il rapporto ad assumere maggiore rilievo, ma la volontà di intraprendere un comune progetto procreativo. Peraltro, gli effetti dell'adozione in casi particolari sono, per certi aspetti, limitati (L. Lenti, J. Long, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Giappichelli, 2014, p. 341.

; S. Matteini Chiari) ed il procedimento piuttosto lungo ed articolato. Infatti, nell'istruttoria svolta nell'ambito dei procedimenti di adozione in casi particolari, il rapporto con il minore, che di fatto già esiste ed è consolidato, viene indagato (soprattutto per il tramite dei Servizi sociali che prendono il carico il nucleo) e, soprattutto, deve essere provato (ad esempio, attraverso allegazione di relazioni di soggetti che, a vario titolo, sono in contatto con la famiglia, come la pediatra, gli insegnanti ecc.). Si tratta di una delle argomentazioni fornite dalle coppie *same sex* e dalle associazioni rappresentative contro l'utilizzo dell'adozione ex art. 44 l. adoz. per la formalizzazione dei rapporti (cfr. V. Pizzol, "Famiglie omogenitoriali: la valutazione dell'equipe adozioni nei procedimenti ex art. 44 lett. d) l. 184/83 tra limiti e opportunità", in *L'Osservatorio sul diritto di famiglia. Diritto e processo*, fascicolo II, maggio-agosto 2022. Qui l'a. nel ripercorrere le argomentazioni critiche di chi rifiuta il ricorso all'art. 44 lett. d per le famiglie di nuova costituzione suggerisce di rivedere il procedimento di adozione in casi particolari eliminando, di fatto, l'istruttoria e la valutazione dell'idoneità genitoriale della coppia).

complessità della realtà rende particolarmente complesso immaginare rigide categorie teoriche.

3. Il ruolo della dimensione di genere nella filiazione basata sulla volontà

Come accennato in apertura del presente capitolo, quando si parla di *status filiationis* basato sulla volontà (nella doppia accezione *supra* meglio delineata) è frequente riferirsi alla genitorialità³⁷⁶, senza compiere particolari distinguere tra maternità e paternità e tra figura materna e paterna. Infatti, in talune delle ipotesi precedentemente mappate di filiazione intenzionale non sempre si rilevano differenze tra le due figure parentali. Si fa, essenzialmente, riferimento alla filiazione adottiva.

Nel caso dell'adozione, infatti, si è dinanzi ad uno strumento di protezione per bambine e bambini in senso lato abbandonati³⁷⁷, che trova fondamento già nella Carta Costituzionale (art. 30). L'adozione ha lo scopo di soddisfare il diritto di un minore a crescere in un idoneo nucleo familiare, in casi in cui la famiglia d'origine sia inadeguata alla soddisfazione dei suoi bisogni. Obiettivo principale, dunque, è quello di inserire una persona di minore età in una famiglia più idonea. Solo in subordine, ed implicitamente, si realizza il fine di dare un figlio a chi non ne ha di propri da un punto di vista biologico-genetico.³⁷⁸ Una volta perfezionata l'adozione rimane, comunque, aperta la gestione (e la cura) da parte degli adottanti della relazione dell'adottato con il suo passato. Rispetto ad esso, infatti, i cambiamenti culturali e legali nel nuovo

³⁷⁶ “Con il termine genitorialità si intende il processo dinamico attraverso il quale si impara a diventare genitori, capaci di prendersi cura e di rispondere in modo sufficientemente adeguato ai bisogni dei figli” E. Ruspini, *Studiare la famiglia che cambia*, Carocci editore, 2011, p. 89. Nelle scienze sociali in cui nasce, il concetto di genitorialità stabilisce che essere genitori è qualcosa che si impara, una capacità nel cui sviluppo e miglioramento si può essere supportati. Sulla genitorialità C. Ventimiglia, “La genitorialità tra biologico e sociale”, in *La famiglia tra le generazioni*, 21, 2001, pp. 101 ss.; P. Serra, “Maternità e paternità negli ultimi 50 anni: dalla nascita come dono della Provvidenza, alla nascita pianificata dai genitori, alla nascita come diritto dei genitori”, in *Minorigiustizia*, 2015.

³⁷⁷ B. Ongari, J. Long, “Adozioni e tempo: ricerche d'identità, involuzioni ed evoluzioni del diritto”, in *Minorigiustizia*, 4, 2017, p. 7.

³⁷⁸ L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2021, pp. 1033 ss.

millennio sono stati molti. Il riconoscimento legislativo del diritto dell'adottato adulto di conoscere le sue origini familiari e, con il solo limite del parto anonimo³⁷⁹, anche quelle genetiche, ha recepito l'importanza della rielaborazione del proprio passato per la costruzione della personalità individuale evidenziata oggi da una pluralità di studi clinici.³⁸⁰

Nell'adozione, si diventa genitori attraverso l'investitura da parte del tribunale per i minorenni che riconosce e legittima la coppia nella propria genitorialità, successivamente si "lavora" sull'esercizio della titolarità e nell'assunzione di responsabilità verso il figlio³⁸¹. In detta fattispecie, dunque, è evidente l'assunto secondo cui la genitorialità nulla a che vedere con il legame biologico o genetico, ma con la capacità di prendersi cura.³⁸² Ciò detto, non pare che debbano ravvisarsi delle diversità tra la figura della madre adottiva e del padre adottivo se non quelle che interessano tutti i nuclei familiari, per quanto attiene, per esempio, alla diversità dei ruoli di genere nell'espletamento dei compiti di cura.³⁸³

³⁷⁹ Com'è noto, la sentenza n. 278 del 2013 della Corte costituzionale ha tuttavia imposto ai tribunali per i minorenni di procedere all'interpello delle partorienti anonime nel caso di richiesta di accesso del figlio, onde verificarne la perdurante volontà di mantenere l'anonimato.

³⁸⁰ Vi è poi il tema delle adozioni cd. "aperte" o "miti", secondo, cui, in taluni casi, è nell'interesse del minore adottato mantenere rapporti di fatto con la famiglia d'origine cfr. per la dottrina, tra gli altri, L. Lenti, "L'adozione", in L. Lenti, M. Mantovani (a cura di), *Il nuovo diritto della filiazione*, Giuffrè, 2018, pp. 381 ss.; L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2021, pp. 1039 ss.; Per un approfondimento, si rinvia a J. Long, "La conservazione dei legami nell'affidamento e nell'adozione: una prospettiva europea", in *Minorigiustizia*, 2014, n. 4, pp. 15 ss. Per la giurisprudenza Trib. min. Bologna, decr. 28 novembre 2002, in *Minorigiustizia*, 2003, n. 1, p.274 ss., con nota introduttiva "Le adozioni aperte che lasciano la possibilità di relazione della biologica con il bambino adottato"; e Trib. min. Torino, sent. 12 marzo 2008, ivi, 2008, 4, p. 333 ss., con nota introduttiva "Adozione aperta e mantenimento dei legami". Trib.min. Bari, 7 maggio 2008, in *Fam. e dir.*, 2009, pp. 393 ss.

³⁸¹ S. Giuliano, E. Li Vecchi, "Essere padre nella transizione adottiva", in *Minorigiustizia*, 4, 2017, p. 11.

³⁸² Così S. Niccolai, "Diamo alla maternità quel che le spetta", in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, p. 222. Secondo l'a. "essere capaci di fare i genitori, dunque, non vuol dire dimostrare performativamente di poter fare bambini; ma essere capaci di quell'attitudine alla cura responsabile dell'altro, di cui crescere figli è l'esempio tipico, ma non l'unico".

³⁸³ M. Naldini, C. Saraceno, *Sociologia della famiglia*, quarta edizione, Il Mulino, 2021, pp. 191 ss. "Si parla a questo riguardo di una rivoluzione incompiuta per sottolineare come le donne /in particolare le madri) abbiano profondamente cambiato la loro modalità di partecipazione al mercato del lavoro e al procacciamento del reddito, mentre la divisione del lavoro familiare è cambiata solo in parte, perché sono poco cambiati i comportamenti degli uomini in famiglia e i modelli di genere maschili". M. Naldini, C. Saraceno, *Conciliare famiglie e lavoro. Vecchi e nuovi patti tra sessi e generazioni*, Studi e Ricerche, 2011, pp. 71 ss.

Sulla specificità del ruolo del padre adottivo si rimanda ad un interessante indagine di S. Giuliano, E. Li Vecchi, "Essere padre nella transizione adottiva", in *Minorigiustizia*, 4, 2017, pp. 11 ss.

Nettamente differente il ragionamento da compiere nel caso in cui si richieda il riconoscimento *ab origine* della genitorialità intenzionale, ipotesi inevitabilmente connessa, se non coincidente, con l'ambito della genitorialità omosessuale. In detto caso, tenendo a mente un approccio di genere ai temi trattati, non può essere ignorata la differenza tra coppie di donne e coppie di uomini, che richiedono l'anzidetto riconoscimento e che, ai fini del riconoscimento legale della genitorialità, fanno riferimento all'adesione al progetto procreativo della madre ovvero del padre non biologico. Assente, o più labile, dunque, quella linea di demarcazione tra progetto procreativo e progetto genitoriale, riscontrabile nel caso dell'adozione.

Punto di partenza, a mio avviso, sono le teorie del femminismo giuridico, incentrate sul concetto della differenza sessuale³⁸⁴, che pone al centro la “valorizzazione del materno” e la consapevolezza della differenza del ruolo femminile e maschile nella procreazione. Si ritiene, infatti, di aderire alle argomentazioni di chi (principalmente le esponenti del femminismo giuridico e della differenza sessuale)³⁸⁵ tende a sottolineare l'importanza di non trattare in maniera unitaria la genitorialità di donne e uomini omosessuali. Tra tutte, si fa riferimento all'articolato pensiero di Niccolai, secondo cui affrontando il tema della *parenthood* di coppie *same sex* sia necessario differenziare “un'ottica di differenza sessuale, differenziando la posizione giuridica delle coppie lesbiche rispetto a quella delle coppie gay, assumendo come principio ordinatore il valore della relazione materna, da intendere e da salvaguardare come valore che si congiunge a quello della tutela dell'interesse del bambino”³⁸⁶. Al contrario, la trattazione unitaria e fintamente “neutra” del tema costituirebbe un poco onesto tentativo di celare l'asimmetria dei sessi nella procreazione ed un “di più” detenuto dalle donne rispetto agli uomini: la capacità di essere madri.³⁸⁷

³⁸⁴ Per quanto attiene ad una più ampia trattazione del pensiero delle diverse ondate femministe, del femminismo giuridico e del concetto della “differenza sessuale” si rimanda a quanto trattato nel capitolo introduttivo del presente elaborato. In tema di femminismo giuridico e pensiero “differenza sessuale” faccio riferimento al recente testo di A. Simone, I. Boiano e A. Condello, *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Mondadori, 2018. Qui le autrici individuano Letizia Gianformaggio, Tamar Pitch, Lia Cigarini, e Silvia Niccolai come le più importanti esponenti del pensiero della “differenza sessuale”, nel panorama italiano.

³⁸⁵ Tra tutte si citano Letizia Gianformaggio, Tamar Pitch, Lia Cigarini, e Silvia Niccolai.

³⁸⁶ S. Niccolai, “Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione”, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, p. 42.

³⁸⁷ S. Niccolai, “Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione”, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, p. 42. Secondo l'autrice “i diritti delle persone omosessuali alla genitorialità paiono in molti casi riflettere una ideazione

Questo per due ordini di ragioni, strettamente connesse tra di loro: a) da una parte nella coppia di donne è inevitabilmente presente la madre biologica, che dunque non “scompare” dietro ad un desiderio di genitorialità fintamente neutro (da qui la valorizzazione del materno)³⁸⁸, b) dall'altra, la genitorialità intenzionale nelle coppie di donne è realizzata diversamente, rispetto alle coppie di uomini, i quali devono, inevitabilmente, ricorrere alla pratica della maternità per surrogazione. Le donne, infatti, possono avere bisogno solo di qualcuno che offra il suo sperma “e di una siringa per dolci” per realizzare il loro desiderio³⁸⁹. Nella più complessa delle ipotesi, la coppia *same sex* femminile dovrebbe ricorrere alla tecnica di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in cliniche di Paesi che consentono l'accesso per le coppie omosessuali (a differenza di quanto accade in Italia sulla base dell'art. 5 della legge 40/2004).³⁹⁰ Le coppie omosessuali maschili, invece, non possono esimersi dal ricorso alla maternità per surrogazione, la quale coinvolge altri interessi, è vietata in Italia dall'art. 12 della legge 40/2004 e, secondo parte della dottrina, che si ritiene di condividere, può essere condivisibile solo qualora non si cancelli il “nome della madre” e, dunque, il materno.³⁹¹

condizionata dallo svantaggio degli uomini nei confronti delle donne nella procreazione e propalano una visione negativa delle differenze, identificate come ciò che determina svantaggio e dunque deve essere rimosso, che è del resto la visione che sta tradizionalmente alla base della retorica antidiscriminatoria”.

³⁸⁸ La maternità surrogata presenta una peculiarità che la tiene distinta dalle tecniche di pma di tipo eterologo: la scissione tra il dato biologico della gestione e l'intenzione della maternità. Nella surrogacy, il nato non crescerà nel nucleo familiare ove è presente la madre biologica e questo impone delle riflessioni anche circa la centralità della gestazione e del parto nella definizione della maternità v. infra cap. 2 (l'unico esempio in cui si verifica detta ipotesi è l'adozione, ma l'ordinamento prevede tutta una serie di garanzie sostanziali e processuali assenti nella maternità per surrogazione). Cfr. J. Long, “Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì”, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, pp. 150 ss..

³⁸⁹ Così S. Niccolai, “Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione”, op. cit., p. 26.

³⁹⁰ Fatta eccezione di quelle ipotesi in cui, per problemi fisici, siano donne a ricorrere ad altre donne realizzando una “maternità solidale tra donne”, accettata anche da chi si mostra estremamente contraria alla surrogacy cfr. C. Jourdan, “Sì alla maternità solidale, no all'utero in affitto”, in www.libreriadelledonne.it, 13 novembre 2015; S. Niccolai, “Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione”, op. cit., p. 51.

³⁹¹ Tra le altre, che ammettono la possibilità di uno spazio nell'ordinamento interno per ammettere e delimitare *ex ante* il posto della maternità surrogata E. Olivito, “Una visione costituzionale sulla maternità surrogata”, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, pp. 18 ss; B. Pezzini, “Riconoscere responsabilità e valore femminile”, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, pp. 91 ss.; S.

Quanto appena affermato si riflette nella differenza di trattamento accordata dalla giurisprudenza in ordine alla trascrivibilità degli atti di nascita formati all'estero in cui compare la genitorialità intenzionale.³⁹² Invero, è ormai pacifica l'ammissibilità della trascrizione di atti di nascita stranieri di bambini o bambine nate in coppie di donne, dopo il primo caso giudiziario del 2013, che ha portato alla celebre pronuncia della Cassazione n. 19599/2016.³⁹³ L'anno successivo la Cassazione ha confermato quell'orientamento con la sentenza n. 14878/2017³⁹⁴ e ancora, nello stesso senso, si sono più recentemente espressi i giudici di legittimità con la sentenza n. 23319/2021, che confermando la decisione della Corte d'Appello di Bari, ha respinto l'impugnazione da parte della Procura della trascrizione dell'atto di nascita straniero con due madri effettuata dall'Ufficiale di Stato civile.³⁹⁵

Niccolai, "Diamo alla maternità quel che le spetta", in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, pp. 196 ss.; S. Niccolai, "Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione", op. cit., p.44, secondo cui dovrebbe essere sancita come condizione di validità in Italia di un accordo di maternità surrogata la conoscibilità dell'identità della madre, quanto meno al compimento della maggiore età del figlio. Ancora, si rinvia a quanto affermato pressoché da tutte le studiose e gli studiosi in "Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere" M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), in *Studi di genere. Convegni*, n. 5, 2019.

³⁹² Il tema della *formazione* degli atti di nascita in Italia riguarda, per ovvie ragioni, solo le coppie femminili. Come *supra* detto il panorama giurisprudenziale è nettamente diverso in dette ipotesi e sfavorevole alle coppie same sex. Il discorso, tuttavia, è nettamente differente in quanto non entra in giorno il concetto di ordine pubblico e le norme di diritto internazionale privato (in particolare la legge 218/1995), bensì il rispetto di specifiche norme interne, che vietano l'accesso alle tecniche di pma alla coppia *same sex* e, dunque, implicitamente, la genitorialità omosessuale (art. 5 l. 40/2004).

³⁹³ Si trattava di una coppia di madri, una spagnola e una italiana, sposate in Spagna e del figlio nato da R.O.P.A. (una tecnica di pma in cui l'ovulo fecondato di una delle due donne viene impiantato nell'utero dell'altra che porterà avanti la gravidanza). Cfr. G. Buffone, M. Gattuso, M. M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, pp. 336 ss.; S. Lollini, "Il riconoscimento della genitorialità omosessuale: un percorso lungo e tortuoso", in M. Pellissero, A. Vercellone (a cura di) *Diritto e persone LGBTQUI+*, Giappichelli, 2022, pp. 95 ss.

³⁹⁴ Il caso oggetto della pronuncia riguardava una coppia di donne, entrambe italiane, che lavoravano all'estero. Il bambino era nato nel Regno Unito e non aveva alcun legame, neppure genetico, con la madre intenzionale.

³⁹⁵ Numerose le pronunce di merito che si sono espresse in senso favorevole alla trascrizione degli atti di nascita con due madri. Tra le più recenti Tribunali di Napoli decreto 6 dicembre 2016; Tribunale di Pescara decreto 7 febbraio 2018; Corte d'Appello di Perugia decreto 22 agosto 2018, tutte rinvenibili in *Articolo29*.

Situazione del tutto differente per le coppie di padri, che richiedono la trascrizione di atti di nascita in cui compare la doppia paternità.³⁹⁶ Con riferimento a detta ipotesi si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la celebre pronuncia 12193 del 2019. I giudici di legittimità hanno ritenuto che il divieto di maternità surrogata, a cui inevitabilmente le coppie di uomini devono ricorrere, penalmente sanzionata in Italia dalla legge 40 del 2004, debba qualificarsi come di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali quali la dignità della madre biologica e dell'istituto dell'adozione, valori la cui tutela deve ritenersi prevalente anche sull'interesse del minore, nell'ambito di una valutazione effettuata dal Legislatore.³⁹⁷

Sulla questione della riconoscibilità dei legami con i genitori intenzionali per i bambini nati da *surrogacy* si è pronunciata la Consulta con la pronuncia n. 33/2021, la quale con declaratoria di inammissibilità ha richiamato l'attenzione del Legislatore sulla necessità di riconoscere il legame intenzionale del nato in seguito al ricorso alla *surrogacy*, attraverso modalità rispondenti all'interesse del minore. Secondo dottrina, la pronuncia del 2021 ha, nella realtà dei fatti, ribadito la natura pubblicistica del divieto di maternità surrogata e “non legittima alcun ripensamento della nozione di ordine pubblico fatta propria dalle Sezioni Unite, per il diverso bilanciamento tra i valori in gioco”³⁹⁸.

In generale, comunque, il coinvolgimento dell'ordine pubblico (assente nel discorso che concerne le coppie femminili a partire dalla pronuncia della Cassazione n.

³⁹⁶ In senso più favorevole i giudici di merito, cfr. App. Trento, ordinanza 23 febbraio 2017 (su tale pronuncia è intervenuta la Cassazione, come si vedrà); App. Venezia ordinanza 16 luglio 2018 in *Articolo29*. Per un'analisi della giurisprudenza di merito favorevole alla trascrizione di atti di nascita con la doppia paternità cfr. S. Lollini, “Il riconoscimento della genitorialità omosessuale: un percorso lungo e tortuoso”, in M. Pellissero, A. Vercellone (a cura di) *Diritto e persone LGBTQI+*, Giappichelli, 2022, pp. 98 ss.

³⁹⁷ Di diverso indirizzo alcuni giudici di merito che hanno ammesso la possibilità di rettificare atti di nascita già trascritti aggiungendo nell'atto di nascita il padre intenzionale Tribunale di Livorno, decreto 12 dicembre 2017, Tribunale di Perugia decreto 26 marzo 2018, Tribunale di Roma 11 maggio 2018, Tribunale di Trapani decreto 23 febbraio 2019, tutte rinvenibili in *Articolo29*.

³⁹⁸ A.M. Pinelli, “La Corte Costituzionale interviene sui diritti del minore attraverso una pratica di maternità surrogata” secondo l'a. “In assenza di un ripensamento da parte delle Sezioni Unite sui principi affermati in materia di trascrizione dell'atto di nascita fondato sulla *surrogacy*, il giudice che ordina la trascrizione di un siffatto atto di nascita introduce una deroga a questi principi, fondata sull'analisi dei soli interessi individuali in evidenza, sia pure al meritevole fine di tutelare il best interest of the child, ma con uno strumento che risulta inappropriato perché sacrifica gli altri interessi di carattere generale in gioco”.

19599/2016) come limite alla trascrizione degli atti di nascita in tema di maternità surrogata ed, in particolare, il principio di tutela della gestante e del “materno” rende *ex se* evidente la necessità di tenere distinto il discorso della genitorialità omosessuale intenzionale femminile da quella maschile.

4. Il rischio di ragionare “per fatto compiuto”

Un'altra questione critica che ruota attorno al tema della volontà come elemento fondante lo *status filiationis* è rappresentata dal conferimento di un valore eccessivo, e sempre più crescente, alla costituzione di rapporti di fatto, ai fini della costruzione dei legami filiali, anche al di là di quelle che sono le prescrizioni dell'ordinamento interno. Questo, infatti, pone il problema del raggio delle norme positive e delle tutele del gruppo dei minori considerati nel loro complesso. La tendenza, infatti, può essere quella di considerare le situazioni a “fatto compiuto”, ponendo l'accento sulla tutela delle relazioni già instaurate. La probabile conseguenza è che, anche se un minore è nata in violazione della legge, è sufficiente aver trascorso con lui/lei un certo periodo di tempo per poterlo “usucapire”.³⁹⁹

³⁹⁹ L'espressione “usucapire i bambini” è di L. Lenti, “Il caso Serena: i bambini non si usucapiscono”, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, 2, pp. 515 ss. . Il tema, infatti, non è nuovo ed ha assunto un ruolo centrale con riferimento al celebre caso di Serenza Cruz. In generale, L. Lenti, “Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4/2017, pp. 495 ss. “Accanto al migliore interesse del minore, inoltre, dovrebbe essere tenuto in adeguata considerazione anche il miglior interesse dei minori, intesi come categoria universale e astratta. Lo impone il dovere inderogabile di solidarietà sociale prescritto all'art. 2 Cost.: decidere “secondo giustizia”, nel “superiore interesse del minore”, un singolo caso di maternità surrogata in eccezione all'ordine pubblico o al principio di legalità può significare, infatti, andare contro l'interesse dei “minori in generale”. Il tema è particolarmente sentito con riferimento ai minori nati in seguito al ricorso a pratiche di maternità surrogata. Sul punto vedi anche C. Tripodina, “C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di ordine pubblico internazionale come varco per la realizzazione dell'incoercibile diritto di diventare genitori”, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene Editore,, 2017, pp. 123 e ss. (l'autrice parla di assunzione delle decisioni con il “bambino in braccio”).

Il tema, non nuovo per gli interpreti⁴⁰⁰, i quali si sono trovati a discorrere di “concezione volontaristica del diritto”⁴⁰¹, è particolarmente centrale nell’ambito del più ampio dibattito sulla genitorialità omosessuale.

Qui, infatti, considerato il divieto di accesso per le coppie dello stesso sesso alle tecniche di pma, ai sensi dell’art. 5 della legge 40/2004, e il divieto penalmente sanzionato di maternità per surrogazione, ex art. 12 l. 40/2004, ci si trova spesso a discutere circa la tutela da accordare ai nati in seguito alla violazione delle anzidette norme. In altre parole, qual è il rischio di “sbilanciarsi” eccessivamente “a favore” dell’affettività⁴⁰², della riconoscibilità/tutela del legami di fatto, a discapito della certezza del diritto e del principio di legalità? E’ chiaro che si stia parlando congiuntamente di due aspetti, o meglio di due piani, che, invece, andrebbero considerati separatamente o, per lo meno, riconosciuti come non sovrapponibili⁴⁰³:

⁴⁰⁰ La giurisprudenza minorile conosce bene il tema del rischio di conflitto tra affetti e legge. Il caso più noto è quello di Serena Cruz, una bambina filippina portata illegalmente in Italia da una coppia italiana che l’aveva poi cresciuta come figlia fino all’allontanamento da parte del Tribunale per i minorenni di Torino, pronuncia poi confermata in appello (App. Torino, decreto 15 marzo 1989, in *Foro it.*, 1990, I, 276. Si rimanda al celebre testo di N. Ginzburg, *Serena Cruz o la vera giustizia*, Torino, 1990).

⁴⁰¹ Così S. Niccolai, “La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.6, 2017, pp. 2990 ss “Volontaristica è la visione dei diritti sottesa all’idea che la genitorialità è fondata sull’intenzione, la donna ha potere di disposizione sulla gestazione e sul “prodotto” di essa, e la soggettività del nuovo nato dipende dalla volontà degli adulti che lo hanno progettato”.

⁴⁰² Sulla necessità di distinguere il rapporto affettivo con la genitorialità di fatto, si richiamano le interessanti argomentazioni svolte dalla Corte di Cassazione in tema di risarcimento del danno non patrimoniale da uccisione del figlio della propria compagna: “Per ottenere il risarcimento del danno, il partner del genitore giuridico non può limitarsi a provare la mera convivenza more uxorio con il genitore giuridico, né l’esistenza di un legame affettivo con il figlio di quest’ultimo. Egli deve dimostrare di essersi comportato come genitore; una condizione, questa, da desumersi dalla lunga durata della convivenza, col minore, dalla *diuturnitas* delle frequentazioni, dal *mutuum adiutorium*, dall’assunzione concreta, da parte del genitore *de facto*, di tutti gli oneri, i doveri e le potestà incombenti sul genitore *de iure*” (Corte di Cassazione sentenza n. 8037 del 2016).

⁴⁰³ Sulla necessità di dividere il piano *ex ante* da quello *ex post*, in tema di maternità surrogata, vedi S. Niccolai, “Diamo alla maternità quel che le spetta”, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, pp. 220 ss. La differenza dei due piani è ben chiara alla Corte Edu, la quale, si è più volte espressa circa l’ammissione di un margine di discrezionalità degli Stati membri sulla previsione di requisiti per l’accesso alla pma e, soprattutto, nelle loro scelte legate alla maternità surrogata (per una rassegna delle pronunce della Cedu sul tema si rinvia a S. Matteini Chiari, *Adozione nazionale, internazione ed affidamento a terzi*, Giuffrè, 2021, pp. 78 ss.; S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2020, pp. 23 ss.), mentre è piuttosto ferma nel considerare necessario il riconoscimento dei legami *ex post* formati tra gli adulti e i nati (vedi da ultimo il parere consultivo emesso dalla Grande Camera il 10 aprile 2019). Analogamente, distingue i due piani la Corte Costituzionale, la quale ha ritenuto compatibile l’art. 5 l. 40/2004 con i principi costituzionali (sentenza n. 221/2019), mentre, pur emanando una pronuncia di inammissibilità, ha rivolto

l'ammissibilità, nell'ambito di un certo ordinamento, di determinate pratiche (come la maternità surrogata) ovvero l'accesso ad esse da parte delle coppie *same sex* o delle persone singole e la considerazione/tutela dei legami *de facto* costituiti dagli adulti con i nati, a seguito di violazione di norme di diritto. Tuttavia, l'acritico ed incondizionato riconoscimento dell'effetto della violazione (piano *ex post*) rende, inevitabilmente, le disposizioni "lettera morta" (piano *ex ante*) ed il diritto semplicemente "inadeguato" a raccogliere le nuove istanze della società.⁴⁰⁴

Il tema dello *status* dei bambini e delle bambine diviene, dunque, uno strumento per aggredire il divieto di accesso delle coppie omosessuali alla filiazione da pma o del divieto di surrogazione, enfatizzandone i pretesi effetti ingiusti ai danni dei minori che si asseriscono esposti al rischio di incertezza dello *status*, e la presunta ineffettività, potendosi verificare nascite per maternità surrogata o per accesso alla procreazione eterologa da parte di coppie di donne, nonostante il divieto⁴⁰⁵.

La questione è chiara ed è certamente riassumibile nel binomio: preminente interesse del minore (al mantenimento degli affetti⁴⁰⁶ e al riconoscimento del legame nei fatti instaurato con il genitore intenzionale) e principio di legalità⁴⁰⁷. Infatti, in taluni

recentemente un importante monito al Legislatore circa la necessità di garantire riconoscimento e tutela agli anzidetti legami intenzionali (sentenze n. 32 e 33 del 2021).

⁴⁰⁴ Così Silvia Niccolai a commento della sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 18 dicembre 2017 ed in particolare dell'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*, il quale dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., nella parte in cui non consente al giudice di respingere l'azione quando non la consideri corrispondente all'interesse del minore (nato da maternità per surrogazione): "La questione è espressiva di un atteggiamento che considera superati i principi della filiazione e della famiglia legati al dato naturale della procreazione. Con l'avvento di nuove tecniche e pratiche riproduttive la genitorialità ormai, nella coscienza sociale, consisterebbe nel "progetto riproduttivo" e a fondamento dei rapporti di filiazione starebbero l'intenzione di avere figli e la volontà di assumere le corrispondenti responsabilità. Questi principi s'imporrebbero anche per riconoscere il "desiderio di genitorialità" che spinge talvolta le persone a commissionare il figlio in un paese straniero. Sostenendo che il diritto vigente è ormai inadeguato davanti alle trasformazioni della realtà, gli argomenti favorevoli alla surrogazione di maternità puntano proprio sulla presunta incapacità dell'ordinamento, de jure condito, di tutelare singoli bambini nati all'estero con questa pratica, per sostenere, de jure condendo, l'introduzione della stessa" S. Niccolai, "La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo", in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.6, 2017, pp. 2990 ss.

⁴⁰⁵ S. Niccolai, "La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo", in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.6, 2017, pp. 2990 ss.

⁴⁰⁶ Dunque, diritto relazionale del minore alla "continuità degli affetti", espressione introdotta a livello legislativo dalla legge 19 ottobre 2015 n. 173, con riferimento all'affidamento familiare.

⁴⁰⁷ Sul tema si sono già espressi, tra gli altri, V. Scalisi, "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 2, 405; L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2021; L. Lenti, "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: espansione e

casi (emblematico - ed interessante per il presente elaborato - è soprattutto l'ambito della genitorialità omosessuale) il *best interests of the child* ha finito per assolvere nell'impiego normativo, ma soprattutto nell'applicazione pratica, a diverse e ulteriori finalità e scopi: in taluni casi ha semplicemente rafforzato tutele già esistenti e riconosciute per tutti gli esseri umani, e dunque anche per le persone di minori età,⁴⁰⁸ in altri è stato utilizzato a fini integrativi o più propriamente correttivi per mitigare la rigidità del principio di legalità o anche a volte per giustificarne l'elusione, giungendo in molti altri casi ancora ad essere richiamato come principio fondativo della stessa legittimità e giuridicità di situazioni di fatto coinvolgenti il minore, che diversamente resterebbero senza un'appropriata tutela ovvero come clausola generale o valore di bilanciamento, al fine di risolvere casi che coinvolgono i minori.⁴⁰⁹

Orbene, nel caso del riconoscimento del legame con la madre intenzionale, nell'ambito di coppie di donne che hanno ricorso all'estero a tecniche di pma eterologa,

trasformismo”, in Nuova Giur. Civ., 2016, 1, 20148; L. Lenti, “Note critiche in tema di interesse del minore”, in Riv. Dir. Civ., 2016, p. 86; L. Lenti, “Best interests of the child o best interests of children”, in Nuova Giur. Civ., 2010, 3, 20157; P. Stanzione, B. Troisi, *Principi generali del diritto civile*, Torino 2011, p. 64 ss; J. Long, “Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità”, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, pp. 145 ss.; I. Anrò, “Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di <abuso> e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee”, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, pp. 55 ss. Così Lenti: “Ma che cos'è l'interesse del minore? È una nozione confusa e ambigua, sfuggente e indeterminata, idonea a essere impiegata con modalità molto fortemente condizionate dalle scelte di valore di chi vi ricorre. È una nozione che nella giurisprudenza si espande instancabilmente, fino a essere diventata onnipervasiva, con il pericolo che la sua menzione si riduca a clausola di stile. Ma è anche una nozione che si trasforma, che cambia continuamente contenuto, manifestando una natura proteiforme” (L. Lenti, “L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: espansione e trasformismo”, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 1, p. 20149).

⁴⁰⁸ Vedi, con riferimento alla giurisprudenza delle Corte Edu, J. Long, “Il principio dei best interests e la tutela dei minori”, in *Questione Giustizia*, 1, 2019. Nell'ambito della giurisprudenza Cedu, il superiore interesse del minore è emerso, soprattutto (ma non solo), contestualmente all'applicazione dell'art. 8 CEDU, relativo alla protezione della vita privata e familiare (per una rassegna giurisprudenziale sul punto si rimanda a I. Anrò, “Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di <abuso> e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee”, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, pp. 66 ss.; A. Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Laboratorio dei Diritti Fondamentali, 2018, pp. 63 ss.).

⁴⁰⁹ I. Anrò, “Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di <abuso> e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee”, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, pp. 55 ss.

lo sbilanciamento verso la tutela del legame di fatto, a discapito del divieto sancito dall'art. 5 l. 40/2004 è stato particolarmente accentuato soprattutto a partire dal 2016 e 2018⁴¹⁰, considerato che, fino agli arresti della Corte di Cassazione degli ultimi tre anni⁴¹¹, la tendenza è stata non solo quella di ammettere la trascrivibilità degli atti di nascita formati all'estero attestanti la doppia maternità, ma, persino, quella di ammettere il riconoscimento della stessa *ab origine*. Se è vero, che le argomentazioni di parte della dottrina⁴¹², nei casi di riconoscimento della “filiazione da PMA”, sono quelle di rinvenire il fondamento del legame di filiazione intenzionale nello specifico atto di dichiarazione di volontà espresso nel consenso informato (art. 6 l. 40/2004) e non dunque nel principio generale dell'interesse del minore, è parimenti innegabile che la presenza di un bambino o di una bambina ormai nato/a assumono un rilievo non trascurabile nel dibattito circa la “visibilità” giuridica di quel legame, che, nei fatti, c'è. E', infatti, questo, il senso della recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 32 del 2021⁴¹³, la quale, “scendendo” su un piano *ex post*, non si discosta dalla precedente 221/2019, la quale *ex ante* ha ritenuto non contraria alla Costituzione la previsione dell'art. 5 l. 40/2004, ma, nel contempo, ha invitato il Legislatore, a cui ha rivolto un pesante monito, a prevedere al più presto una modalità di *riconoscimento del rapporto* tra figli nati da PMA di tipo eterologo da coppie dello stesso sesso e genitore intenzionale.

Il discorso diviene certamente più complesso per quanto attiene ai casi in cui la persona di minore età sia nata in seguito all'accesso, all'estero, alla maternità per surrogazione. In dette fattispecie, invero, spesso il diritto relazionale del minore alla continuità degli affetti o, comunque, l'attenzione al legame di fatto ha ceduto dinnanzi ad altri interessi coinvolti e, soprattutto, al principio di ordine pubblico.⁴¹⁴

⁴¹⁰ Con, rispettivamente, la sentenza della Cassazione n. 19599/2016 e il primo riconoscimento nell'atto di nascita della doppia maternità su cui M. Ghisleni, *Generazione arcobaleno. La sfida per l'eguaglianza dei bambini con due mamme*, Passaggi Einaudi, 2020.

⁴¹¹ inserire pronunce

⁴¹² Si rimanda a quanto già ampiamente detto nel precedente paragrafo ed anche per i relativi riferimenti dottrinali. Tra gli altri S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2021.

⁴¹³ Per ampi commenti alla pronuncia si rinvia al numero 3 del 2021 della Rivista *BioLaw Journal - Rivista di Bio diritto*.

⁴¹⁴ Sulla necessità di non confondere i casi di accesso alla pma eterologa da parte di coppie di donne e quelli di accesso alla maternità surrogata e sulla “pericolosità” di un riconoscimento acritico del legame intenzionale tra adulto e nato in seguito a *surrogacy* si veda J. Long, “Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione

In particolare, con riferimento alla *surrogacy* non possono non essere considerati: l'istituto dell'adozione (legge 184/1984) e specificatamente le garanzie sostanziali e processuali previste (considerato che si tratta appunto dell'instaurazione di un legame giuridico di filiazione in assenza di un legame biologico-genetico) e il diritto del figlio alla tutela delle origini materne, al "nome della madre".⁴¹⁵ In generale, dunque, come si è visto, trova difficilmente spazio nell'ordinamento la riconoscibilità (se non per il tramite dell'adozione in casi particolari) del legame intenzionale tra il nato in seguito a pratiche di *surrogacy* ed il genitore intenzionale.⁴¹⁶

di maternità", in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, pp. 148 ss.

⁴¹⁵ Su detto ultimo aspetto cfr. E. Olivito, "Una visione costituzionale sulla maternità surrogata", in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, pp. 18 ss; B. Pezzini, "Riconoscere responsabilità e valore femminile", in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, pp. 91 ss.; S. Niccolai, "Diamo alla maternità quel che le spetta", in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene editore, 2017, pp. 196 ss.; S. Niccolai, "Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione", op. cit., p.44, secondo cui dovrebbe essere sancita come condizione di validità in Italia di un accordo di maternità surrogata la conoscibilità dell'identità della madre, quanto meno al compimento della maggiore età del figlio. Ancora, si rinvia a quanto affermato pressoché da tutte le studiose e gli studiosi in "Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere" M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), in *Studi di genere. Convegni*, n. 5, 2019.

⁴¹⁶ Si veda l'ultima pronuncia delle S.U. della Cassazione che ha discusso di un affievolimento dell'interesse del minore, la cui tutela "può costituire oggetto di contemperamento con quella di altri valori considerati essenziali ed irrinunciabili dall'ordinamento, la cui considerazione può ben incidere sull'individuazione delle modalità da adottare per la sua realizzazione" (Cass. S.U. 8 maggio 2019 n. 12193). Anche la giurisprudenza Cedu appare ancora piuttosto oscillante sul punto. Taluno individua come punto cardine la presenza o meno di un legame genetico con almeno un membro della coppia "La Corte europea, chiamata a valutare la legittimità della soluzione raggiunta dai Paesi di provenienza della coppia c.d. committente ove la maternità surrogata è penalmente perseguita, ha giudicato bilanciando i principi del best interest of the child con quello di legalità, seguendo, parrebbe, questa linea di tendenza: laddove lo Stato della coppia committente abbia rifiutato il riconoscimento del legame di filiazione nei confronti della coppia ricorsa all'estero alla maternità surrogata ma vi fosse almeno il legame biologico tra un componente la coppia ed il nato, la Corte ha "condannato" lo Stato, attribuendo prevalenza al principio dell'interesse del minore rispetto a quello di legalità. A questa soluzione la Corte europea è giunta facendo leva sulla violazione del parametro della "vita privata" (art. 8 Conv. eur.dir. uomo) nel cui alveo rientra il diritto all'identità del nato a sua volta. Diversamente, nel caso in cui la coppia committente non abbia col nato alcun legame biologico, la Corte europea ha "assolto" lo Stato Parte, attribuendo prevalenza al principio di legalità senza preoccuparsi troppo dell'interesse del nato, il cui accertamento in concreto è stato assorbito nel giudizio sull'insussistenza della «vita familiare» di cui all'art. 8 Conv. eur. dir. uomo comprensivo del diritto all'accertamento del legame di filiazione" B. Checchini, "Vita familiare vs. maternità surrogata: il nuovo punto di equilibrio della Corte europea. Quale rilievo all'identità del nato?", in *Nuova Giur. Civ.*, 2022, 2, 396.

Tuttavia, la centralità del legame di fatto, come punto cardine in tema di legame di filiazione basato sull'intenzione ed un richiamo a rivedere i due piani sopracitati *ex ante* ed *ex post* (anche in tema di maternità per surrogazione) arriva dalla Consulta, con l'ultima pronuncia n. 33 del 2021 e dal diritto di formante giurisprudenziale dell'Unione Europea e della Cedu.

Procedendo con ordine, nella recente pronuncia dello scorso anno la Corte Costituzionale, pur optando per l'inammissibilità, ha infatti richiamato a gran voce l'attenzione del Legislatore. In altre parole, il Giudice delle leggi, pur non accogliendo le questioni di rimessione poste dalla prima Sezione della Cassazione, ha ribadito l'assoluta centralità dell'interesse del minore, "il quale esige che sia riconosciuta la titolarità giuridica dei doveri legati all'esercizio delle responsabilità genitoriali in capo agli individui che si occupano di lui, pena una *capitis deminutio* assolutamente ingiustificata dei suoi diritti. Non v'è dubbio che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata. [...] Non è qui che si discute un preteso "diritto alla genitorialità" in capo a coloro che si prendono cura del bambino. Ciò che è qui in discussione è unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di tutto quell'insieme di diritti e doveri funzionali al suo preminente interesse". (Corte Costituzionale sentenza n. 33 del 2021, paragrafo 5.4 del *Considerato in diritto*).

Ancora in tema di *surrogacy*, ponendo l'attenzione al piano del diritto internazionale, non si può non far cenno al parere consultivo della *Grand Chambre* reso il 10 aprile 2019⁴¹⁷, nell'ambito del quale è stata riconosciuta l'esistenza di un obbligo

⁴¹⁷ Il parere in oggetto è stato reso a seguito della richiesta presentata il 12 ottobre 2018 dalla Corte di cassazione francese al fine di ottenere chiarimenti circa la portata degli obblighi di tutela imposti dall'art. 8 CEDU (sul diritto alla vita privata e familiare) in sede di riconoscimento di un rapporto di filiazione costituito all'estero nei confronti della madre intenzionale-non biologica di due gemelle nate negli Stati Uniti tramite un accordo di maternità surrogata di tipo gestazionale, concluso da una coppia eterosessuale di coniugi francesi *Menesson e Labassée*. Cfr. O. Feraci, "Il primo parere consultivo della Cedu su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano", in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019.

di riconoscimento del legame di filiazione tra il figlio nato mediante maternità surrogata e il genitore intenzionale in nome dell'interesse del minore. la Corte ha precisato che gli Stati possono pervenire al riconoscimento della filiazione attraverso la trascrizione ovvero mediante una procedura di adozione, purché questa soddisfi i requisiti della celerità e dell'efficienza, nell'interesse del minore.⁴¹⁸

Da ultimo, la Corte di Giustizia europea, in una pronuncia attinente la libertà di circolazione e soggiorno negli stati membri ed in particolare il diritto ad un figlio di due donne a vedersi rilasciati i documenti di identità attestanti la doppia maternità da parte dello Stato di cittadinanza (CGUE C-490/20 V.M.A. *Stolichna Obshtina rayon "Pancharevo"*, sent. del 14 dicembre 2021) ha affermato il diritto del minore di essere accompagnato da ciascuna delle madri all'interno dell'UE ed a questo fine gli deve essere riconosciuto lo status acquisito in un altro Stato membro pur se in quello di transito o soggiorno non sia consentita la omogenitorialità o sia consentita con modalità diverse. Secondo la Corte «il rapporto del minore interessato con ciascuna delle due persone con cui ha una vita familiare effettiva nello Stato membro ospitante e che sono menzionate come suoi genitori nell'atto di nascita emesso dalle autorità di tale Stato è protetto dall'articolo 7 della Carta»

Pare dunque che, seppur una valutazione/riconoscimento a “fatto compiuto” delle ipotesi in cui il legame di filiazione è fondato sull'intenzione sia da considerarsi rischioso è pur vero che è lo stesso diritto dell'UE ed internazionale ha richiamare gli ordinamenti interni, la cui discrezionalità su tali temi è sempre più ridotta, a ragionare “a valle” e, dunque, a non ignorare gli effetti delle violazioni di legittime (per ora) norme interne. Un intervento del Legislatore permetterebbe di riprendere le “redini del gioco” per far sì che i due piani ex ante ed ex post non siano più confliggenti e, soprattutto, a non ignorare le istanze che dalla società continuano ad arrivare, pur nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento.

⁴¹⁸ Cfr. A. M. Leci Cocco Ortu, “L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni”, in *GenIUS*, 1, 2019.

5. La crescente attenzione alla dimensione della cura e al tema della conciliazione nella disciplina lavoristica di tutela della maternità

5.1. Premessa

La dimensione intenzionale della maternità trova certamente rilievo nella disciplina lavoristica di tutela della maternità.

Come accennato nel capitolo precedente, infatti, soprattutto a partire dagli anni 2000, in corrispondenza con l'entrata in vigore in Italia del Testo Unico in materia di sostegno della maternità e della paternità e con l'affermarsi del diritto antidiscriminatorio di matrice europea⁴¹⁹, si è assistito ad un cambiamento del “centro di interesse” con riferimento al tema della tutela della lavoratrice madre, che è passato dall'essere prettamente incentrato alla dimensione biologica e fisica della maternità (il corpo della donna, la gestazione, il parto, l'allattamento) al crescente interesse per la dimensione della cura e della conciliazione.

Si può affermare, tornando alle “origini”, di cui si parlava nel precedente capitolo, ossia all'art. 37 Cost., che è riaffiorata nel corso del tempo una maggiore attenzione a quella che la Costituzione chiama “l'essenziale funzione familiare” della donna lavoratrice, che in altro non può identificarsi se non nel lavoro di cura e nello svolgimento *di fatto* delle funzioni materne.⁴²⁰ Come sostenuto da taluno, il richiamo all'essenziale funzione familiare della donna lavoratrice, formulato nella disposizione costituzionale, coincideva anche con un “riferimento a un ruolo sociale, a un modello di relazione tra i generi nel quale il lavoro di cura (e di riproduzione sociale) apparteneva naturalmente, nel senso preciso di “per natura”, alle donne”.⁴²¹

Ai fini del presente lavoro, tuttavia, non rileva tanto discorrere circa il tema della conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare, il quale rappresenta una questione (certamente di genere)⁴²² controversa, che si è affacciata sul panorama italiano

⁴¹⁹ Cfr. sul punto E. Tarquini, “Le discriminazioni economiche e di carriera delle donne nel mercato del lavoro”, in *Questione Giustizia*, 4, 2022; l a. parla di “sostituzione del modello protettivo con quello emancipatorio fondato sul principio di non discriminazione” (p. 111).

⁴²⁰ Per richiamare una delle nozioni dell'intenzionalità sopra delineate, per “atti concludenti”.

⁴²¹ E. Tarquini, “Le discriminazioni economiche e di carriera delle donne nel mercato del lavoro”, in *Questione Giustizia*, 4, 2022, p. 109.

⁴²² Cfr. M. Naldini, C. Saraceno, *Sociologia della famiglia*, quarta edizione, Il Mulino, 2021, pp. 191 ss. “Si parla a questo riguardo di una rivoluzione incompiuta per sottolineare come le donne /in particolare le madri) abbiano profondamente cambiato la loro modalità di partecipazione al mercato del lavoro e al procacciamento del reddito, mentre la divisione del lavoro familiare è cambiata solo in parte, perché sono

soprattutto quando la partecipazione delle donne al mercato del lavoro si faceva via via più consistente e, contemporaneamente, maturavano nuove esigenze sociali. Quel che in questa sede preme evidenziare è che certamente nell'ambito del diritto del lavoro l'elemento dell'intenzionalità con riferimento alla figura materna ha assunto un ruolo sempre più crescente, a discapito di quello biologico della gestazione e del parto che, comunque, rimane centrale. Come si vedrà, infatti, sia nella sua modalità di manifestazione di volontà - dichiarazione, sia di volontà - per atti concludenti, l'intenzione di essere madre ha una pacifica rilevanza. Per la prima ipotesi, si pensi alla possibilità per le madri adottive di beneficiare dei congedi di maternità e parentali⁴²³, per quanto attiene alla seconda, si faccia riferimento alla generale attenzione che il Legislatore italiano, così come quello europeo, hanno posto (e pongono) alla dimensione della cura e della relazione, che ha a che fare con un esercizio *di fatto* (per atti concludenti) delle funzioni materne.

Analogamente al capitolo che precede, si procederà con un'analisi delle principali evoluzioni che, sul tema, hanno interessato il piano dell'ordinamento interno e quello dell'UE, consapevoli dell'influenza che in tale ambito ha avuto negli anni il Legislatore europeo.

5.2 Ordinamento interno

Nell'ordinamento interno, come accennato, un punto di svolta è da individuare nel d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 "Testo unico o delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità". E' infatti proprio in quegli anni che la funzione materna ha iniziato ad essere intesa in maniera diversa e più eterogenea, passando da un concetto di assistenza e cura, confinato le mie esigenze fisiologiche del bambino ed alla dimensione "fisica" della maternità ad uno esteso alle necessità relazionali ed affettive della prole ed alla dimensione della "cura". Come, infatti,

poco cambiati i comportamenti degli uomini in famiglia e i modelli di genere maschili". M. Naldini, C. Saraceno, *Conciliare famiglie e lavoro. Vecchi e nuovi patti tra sessi e generazioni*, Studi e Ricerche, 2011, pp. 71 ss. Il campo della cura dei figli è fortemente connotato rispetto al genere, cfr. B. Brandth, E. Kvande, "Gendered or Gender-Neutral Care Politics for Fathers", in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2009, vol. 624, n. 1, pp. 177-189.

⁴²³ Si è visto *supra* come nell'adozione piena (e in certe ipotesi dell'adozione in casi particolari) la madre adottiva diviene tale dover aver espresso una volontà - dichiarazione.

evidenziato da taluno in corrispondenza con l'entrata in vigore del T.U., “questa nuova prospettiva ha portato al riconoscimento di due diversi percorsi che portano ad una rivalutazione del ruolo paterno e uno svincolamento da un concetto puramente fisico di maternità ed un allargamento alle adozioni e agli affidamenti, dove l'unico soggetto tutelato è senza dubbio il bambino, più precisamente il figlio”.⁴²⁴

In prima battuta, il T.U. del 2001 è certamente peculiare in quanto, per la prima volta, la normativa sul tema è espressamente dedicata non unicamente alla tutela della maternità, ma anche della paternità, con ciò valorizzando l'importanza di una condivisione genitoriale dei compiti di cura e una crescente attenzione al tema della conciliazione. La *ratio legis* è esplicitata fin dal primo articolo della legge delega, secondo cui “la presente legge promuove un equilibrio tra i tempi di lavoro, di cura, di formazione e di relazione” (art. 1, comma 1, l. 8 marzo 2000 n. 53).

Il cambiamento di tendenza rispetto alla precedente normativa è confermato fin dalla terminologia utilizzata, la quale fa chiaramente intendere un cambio di prospettiva del legislatore: *cura, formazione, relazione*. Ma soprattutto, fatta eccezione per alcune disposizioni, cambia la terminologia utilizzata per fare riferimento alla maternità, la cui dimensione biologica non è più l'unico *focus*. Scompare, infatti, qualsiasi riferimento al puerperio e, spesso, viene utilizzato il termine *lavoratrice* in luogo di *gestante, puerpera, madre gestante*.⁴²⁵ In continuità con la normativa precedente, i riposi prima correlati all'allattamento vengono ridefiniti permessi giornalieri e, all'art. 39 e all'art. 40, si riconosce la fruibilità di quest'ultimi anche al padre lavoratore (anche se in una posizione “subordinata” rispetto alla madre)⁴²⁶ con ciò ammettendo una esigenza di cura e di condivisione della genitorialità. Ma non solo, la scelta del legislatore del 2001 è quella di rendere esplicito il riferimento al genere dei destinatari: lavoratrice o lavoratore.⁴²⁷

⁴²⁴ R. Del Punta, *I congedi parentali. Commento alla legge 8 marzo 2000, n. 53*, Il Sole 24 Ore Pirola, 2000, p. 157.

⁴²⁵ Si rinviene la locuzione *gestante* solo agli artt. 14 e 20. Alcuni dei termini precedentemente utilizzati si ritrovano ancora nell'art. 2110 c.c.

⁴²⁶ L'art. 40 prevede che i periodi di riposo giornalieri siano riconosciuti al padre nelle seguenti ipotesi tassative: nel caso in cui i figli siano affidati solo al padre, in alternativa alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga, nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente, in caso di morte o di grava infermità della madre.

⁴²⁷ V. sul punto D. Gottardi, “Le modifiche al testo unico maternità-paternità e la conciliazione tra vita familiare e vita professionale. Ragionando di d.lgs. n. 80/2015 e dintorni”, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 4.

Il testo unico ha registrato una notevole evoluzione per i fini del presente lavoro in quanto ha garantito, in seguito alle modifiche apportate dalla legge 24 dicembre 2007 n.244, la possibilità anche per i genitori adottivi ed affidatari dei congedi di maternità, parentali, dei permessi giornalieri e per malattia del figlio.⁴²⁸

Con tali previsioni, il T.U. del 2001 ha riconosciuto l'esistenza, per il diritto del lavoro, non solo della madre biologica, ma anche di quella che diviene madre per effetto della volontà di esserlo (madre adottiva, per esempio). Guardando da un'altra prospettiva, si può anche dire che si è registrata, soprattutto a partire dal 2001, la forte tendenza ad assegnare rilevanza alle esigenze del destinatario di cura (il nascituro, il figlio adottato, l'affidato) e ciò ha portato a superare l'incardinamento esclusivo dei diritti e delle tutele in capo alla sola madre lavoratrice biologica.⁴²⁹

Guardando al formante giurisprudenziale, per quel che qui interessa, si segnala una pronuncia di legittimità del 2016 nell'ambito della quale la Corte di Cassazione⁴³⁰ ha giudicato illecito, in quanto discriminatorio per ragioni di genere, il licenziamento di una lavoratrice che aveva visto interrotto il proprio rapporto di lavoro dal momento che aveva comunicato la propria intenzione di sottoporsi ad un percorso di fecondazione in vitro. La pronuncia, richiamando la direttiva europea 76/207 sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego, ha, in una qualche misura, tutelato una "futura" maternità, ovvero, in altre parole, la volontà di diventare madre.

Rispetto alla genitorialità LGBTQI, invece, non vi è una risposta del diritto positivo rispetto alla possibile estensione degli strumenti di tutela della maternità anche per la madre genetico-intenzionale o solo intenzionale, *partner* della madre biologica e, quindi, una chiara presa di posizione rispetto al riconoscimento del diritto del lavoro della anzidetta figura.⁴³¹ Se è scontato, infatti, che la madre biologica possa ottenere il congedo di maternità, si può affermare con altrettanta certezza che la madre

⁴²⁸ V. sul punto M. L. Vallauri, "La lunga marcia dei genitori adottivi e affidatari verso la parità", in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 85 ss..

⁴²⁹ D. Gottardi, "Le modifiche al testo unico maternità-paternità e la conciliazione tra vita familiare e vita professionale. Ragionando di d.lgs. n. 80/2015 e dintorni", in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, Torino 2016, p. 13.

⁴³⁰ Corte di Cassazione, sentenza del 5 aprile 2016 n. 6575. In tale pronuncia, la Corte ha richiamato alcuni precedenti analoghi della Corte di Giustizia UE, che verranno presi in considerazione nel successivo paragrafo.

⁴³¹ Ovviamente su ciò incide il fatto che le coppie omosessuali non possono accedere a tecniche di PMA sulla base della legge 40/2004 e che la legge 76/2016 ha escluso le norme sulla filiazione.

intenzionale abbia il titolo per il congedo di paternità? E il congedo parentale, considerando che la legge distingue tra madre e padre?⁴³²

Anche in questo caso è intervenuta la giurisprudenza, che, come di consueto, tenta di colmare le lacune del Legislatore e di “ravvicinare” il diritto alla società civile che evolve.

Si fa riferimento alla pronuncia del Tribunale di Milano del 12 novembre 2020⁴³³, con cui il Giudice milanese ha giudicato discriminatorio il diniego del datore di lavoro di concedere il congedo parentale (*ex art. 32 d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151*) e i congedi per malattia del figlio (*ex art. 47 d.lgs. 151/2001*) alla madre sociale, unita civilmente con la madre biologica.

Il caso riguardava la domanda di riconoscimento del congedo parentale e di malattia per il figlio, avanzata dalla madre intenzionale nei confronti dell'azienda pubblica di cui la stessa era dipendente. La donna era unita civilmente alla madre biologica del bambino, nato a seguito di procreazione medicalmente assistita effettuata in Spagna, all'interno di un progetto familiare condiviso e voluto da entrambe le donne. Una volta nato, il bambino era stato riconosciuto da tutte e due le mamme con conseguente trascrizione da parte dell'Ufficiale di stato civile di Milano del nome di entrambe nell'atto di nascita. La donna (madre intenzionale), stante il diniego del datore di lavoro a riconoscere nei suoi confronti il congedo parentale e di malattia per il figlio, presentava ricorso innanzi al Tribunale di Milano ai sensi dell'art. 28 D.lgs. 1 settembre 2011 n. 150. Ella, oltre ad agire affinché fosse accertata e dichiarata la natura discriminatoria della condotta del datore di lavoro, domandava ne venisse ordinata la cessazione ed agiva anche per il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale patito; oltre, in ogni caso, al rimborso delle spese di lite.

⁴³² Vedi sul punto L. Cafalà, “Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori”, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 11, 2016, p. 962.

⁴³³ Tribunale di Milano, ord. 12 novembre 2020 n. 28663, in *wikilabour.it Dizionario dei diritti dei lavoratori*.

Nell'accogliere parzialmente⁴³⁴ il ricorso della madre sociale, il Tribunale di Milano ha evidenziato la situazione non chiara in Italia, rispetto al riconoscimento della genitorialità per le coppie omosessuali, tuttavia ha ribadito come “non possa mettersi in dubbio l'esistenza di un legame genitoriale. [...] Questo risulta dall'atto di riconoscimento posto in essere davanti all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Milano”. Ed ancora, come sopra già accennato, il Giudice ha precisato che: “Il Tribunale adito, in funzione di Giudice del Lavoro, non può estendere la propria cognizione a questioni relative al riconoscimento dello *status* di figlio, né tantomeno può mettere in discussione il valore certificativo di documenti provenienti dallo Stato Civile, della cui validità peraltro nessuno controverte, lo stesso, dunque, non può che limitarsi a prendere atto della trama dei rapporti familiari che risulta dalla predetta documentazione, recependola ai fini della decisione”.

Il Tribunale di Milano ha ricalcato la dirimenza, per il caso di specie, dell'esistenza di documenti di stato civile che attestavano la genitorialità e che non si potevano ignorare. L'accento, dunque, veniva, *in primis*, posto sulla circostanza per cui la madre sociale era nel caso di specie anche madre legale del minore, visto il riconoscimento effettuato. Solo conseguentemente veniva rilevato come ciò fosse la prova dell'esistenza di una vita familiare tra tutte le parti del procedimento.

Nel corso della vicenda, la madre sociale aveva anche richiesto un parere dell'INPS, che pare interessante riportare, in quanto rende chiara la posizione dell'Istituto sul tema⁴³⁵: “Gentile utente, con riferimento alla sua richiesta, le comunichiamo quanto segue: in relazione al quesito sottostante si rappresenta preliminarmente che, in assenza di una disciplina legislativa di riferimento, le questioni relative alle tutele della maternità/paternità in caso di genitori dello stesso sesso, ovvero di famiglie “omogenitoriali”, sono state sottoposte all'attenzione del Ministero vigilante. Tuttavia nel preminente superiore interesse dei minori, si ritiene

⁴³⁴ Veniva, infatti, accolto con riferimento al congedo parentale ma non per quanto atteneva i congedi per malattia del figlio, in quanto, secondo il Tribunale “manca il presupposto necessario per il riconoscimento del diritto al congedo, dato dalla malattia del figlio. Si tratta di un requisito chiaramente richiesto dall'art. 47 d.lgs. 151/2001, con necessità di invio della certificazione di malattia da parte del medico curante direttamente all'INPS”. Secondo il giudice di primo grado, dunque, mancava l'interesse attuale ai sensi dell'art. 100 c.p.c. La ricorrente aveva infatti agito affinché fosse accertato il suo diritto ad usufruire del congedo per malattia del figlio qualora se ne fosse presentata la necessità senza tuttavia avere documentato già la sussistenza di una situazione concreta di stato di malattia.

⁴³⁵ Il parere è riportato integralmente nel testo della pronuncia del Tribunale di Milano.

che sia possibile consentire, mediante la presentazione di domande cartacee, l'esercizio dei diritti legati alla genitorialità, laddove sussista una pronuncia di adozione *ex art. 44 legge 184/1983* oppure l'attestazione dello *status* genitoriale da parte dell'ufficiale di stato civile. Di conseguenza, a fronte del riconoscimento legale dello *status* di genitori di persone dello stesso sesso per il medesimo minore, si forniscono i seguenti criteri di tutela applicabili ai singoli casi: nel caso della copresenza di una madre naturale e di una madre che ha effettuato riconoscimento, *ex art. 254 c.c.*, come "altra madre" dello stesso figlio davanti all'Ufficiale di stato civile con conseguente registrazione dell'atto amministrativo, alla madre biologica viene riconosciuta la tutela della maternità e il congedo parentale *ex art. 32 co. 1 lett. a)*, all'altra madre viene riconosciuto il diritto al congedo parentale *ex art. 32 T.U. co. 1 lett. b)*, nel pieno rispetto dei limiti di coppia delineati nel suddetto articolo per le coppie eterosessuali".

Tale interpretazione formulata dall'Istituto di previdenza è certamente interessante, in quanto, se da una parte conferma la necessità che anche alla madre intenzionale vengano riconosciuti gli istituti previsti dall'ordinamento per sostenere e tutelare la cura della prole e favorire la conciliazione (come, ad esempio, il congedo parentale), dall'altra attribuisce alla genitrice sociale una posizione differente (verrebbe da affermare di inferiore rango) rispetto alla madre biologica. Secondo l'INPS, infatti, solo a quest'ultima può essere riconosciuto il congedo di maternità ed il congedo parentale *ex art. 32, comma 1, lett. a)*, che fa riferimento al periodo di congedo parentale cui può fruire la *madre*⁴³⁶, successivamente al congedo di maternità. Alla madre sociale, invece, viene riconosciuta, dall'interpretazione dell'INPS accolta *in toto* dal giudice, la fruibilità dei congedi *ex art. 32, comma 1, lett. b)* del T.U. inerenti il periodo di congedo parentale cui potrebbe beneficiare il *padre lavoratore*.

La lettura fornita dall'Istituto veniva pienamente accolta e recepita dal giudice milanese, il quale precisa che, nell'ambito della disciplina del congedo parentale, il dato letterale della norma che fa riferimento al padre lavoratore può essere superata, mentre i riferimenti alla *madre lavoratrice* non possono che essere

⁴³⁶ La madre nel contesto del Testo Unico del 2001 è solo quella biologica.

riferiti alla madre biologica, anche nell'ambito di una coppia *same sex*.⁴³⁷ In un passaggio, successivo, poi, il tribunale milanese passa ad un piano *ex post* del ragionamento (coincidente con l'interesse del figlio), facendo riferimento alla necessità di decidere nel senso di un accoglimento del ricorso, così come proposto dalle madri, al fine di “assicurare al minore la stessa dimensione affettiva e di cura garantita dall'ordinamento ai figli di coppie eterosessuali”.

La fattispecie concreta giungeva dinanzi alla Corte d'appello milanese⁴³⁸, in seguito all'impugnazione proposta dal datore di lavoro.⁴³⁹ Il giudice di secondo grado riformava solo parzialmente quanto già statuito dal giudice di *prime cure*⁴⁴⁰. Come affermato da Cafalà, anche detta pronuncia, come quella di primo grado, risulta di estremo interesse, in quanto “propone una riflessione, non solo teorica, sull'intersezione tra diritto di famiglia e diritto del lavoro, simbolicamente rappresentabile dall'uso della categoria di <maternità intenzionale>”.⁴⁴¹ Il giudice di secondo grado, nel dettaglio, rigettava l'appello principale del datore di lavoro, confermando con ciò la natura discriminatoria del rifiuto dello stesso di riconoscere alla madre intenzionale il congedo parentale e, per contro, accoglieva i due motivi di appello incidentale proposti dalla lavoratrice. Di maggiore interesse per i fini del presente elaborato è l'accoglimento del secondo dei due,⁴⁴² con cui la Corte di appello di Milano ha ritenuto che la lavoratrice abbia subito un danno non patrimoniale, a seguito della condotta discriminatoria patita, idonea a condizionare

⁴³⁷ Precisa il Tribunale di Milano che “tale lettura della norma è l'unica che possa rivelarsi utile ai fini del riconoscimento in concreto del diritto della ricorrente, non essendo previsti per legge, allo stato, altri casi di congedo parentale, con specifico riguardo alla situazione delle famiglie con genitori dello stesso sesso”.

⁴³⁸ Corte. App. Milano, Sez. Lav., 17 Marzo 2021 n. 453.

⁴³⁹ Il datore di lavoro, nel chiedere la riforma della decisione di primo grado, domandava anche la disapplicazione dei certificati di nascita emessi dal Comune di Milano.

⁴⁴⁰ La Corte d'Appello ampliava infatti la tutela già riconosciuta con giudizio *ex art. 28* del d.lgs. n. 150 del 2011 e affermava il diritto della madre intenzionale a vedersi riconosciuti anche i congedi per malattia del figlio.

⁴⁴¹ L. Cafalà, “La discriminazione diretta per orientamento sessuale della madre intenzionale”, in *Italian Equality Network*, dicembre 2021.

⁴⁴² Il primo aveva ad oggetto il diniego del giudice di primo grado circa la natura discriminatoria del rifiuto del datore di lavoro di riconoscere alla madre sociale i congedi per malattia del figlio. Il giudice di secondo grado ritiene di dover riformare l'ordinanza appellata su questo specifico aspetto richiamando la giurisprudenza di legittimità e di merito (in particolare: Cass. Civ., I sez., 15 dicembre 2020 n. 28646 e Corte d'App. Milano, 29 maggio 2017, n. 1003) che aveva da tempo riconosciuto ormai la portata discriminatoria di dichiarazioni di intento compiute in via preventiva.

negativamente l'esercizio della funzione di genitore proprio nel più delicato periodo dei primi anni di vita del bambino. Il riferimento, dunque, è alla dimensione della cura e all'aspetto relazionale della maternità.

5.3 Ordinamento europeo

Come accennato nel capitolo che precede, sul piano del diritto dell'Unione Europea, la direttiva di riferimento è la n. 92/85⁴⁴³ "Concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento", la quale, come si intuisce fin dal titolo, ha come principale (se non unico) *focus* la salute e la sicurezza della gestante.

Una novità potrebbe essere rappresentata dalla direttiva 1158/2019, la quale è andata ad abrogare la precedente 2010/18/UE, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza. Obiettivo della disposizione è essenzialmente quello di migliorare la parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro. Si parla, quindi, di maggiore condivisione della conciliazione tra genitori, di estensione del congedo di paternità e di congedo parentale. Per quel che qui interessa, la direttiva del 2019, che però non attiene al congedo di maternità, è degna di nota, in quanto il Legislatore europeo ha riconosciuto espressamente la figura del "genitore equivalente", come possibile destinatario/a dei congedi di paternità e parentale (art. 3 direttiva 1158/2019). Ammettendo, quindi, un allargamento di veduta rispetto a quello che è il panorama attuale in termini di genitorialità. Tuttavia, si tratta di un "timido" tentativo, in quanto, viene più volte ribadita la legittimità discrezionalità del legislatore sul punto;⁴⁴⁴ e ciò fin dalle premesse al testo normativo. Al *considerando* n. 18, invero, si legge: "È di competenza degli Stati membri definire lo stato civile e di famiglia, nonché chi debba essere considerato genitore, madre e padre".

⁴⁴³ Per un'analisi della direttiva cfr. M.V. Ballestrero, "Dal divieto del lavoro notturno femminile all'autodeterminazione delle donne", in *Riv. Giur. Lav.*, I, 1992, pag. 700 ss.; direttiva recepita nell'ordinamento italiano con il D.lgs. 25 novembre 1996, n. 645, poi abrogato e trasfuso nel D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

⁴⁴⁴ Cfr., ad esempio, l'art. 3 della direttiva: "1. Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni: a) «congedo di paternità»: un congedo dal lavoro per il padre o, *laddove e nella misura in cui riconosciuto dal diritto nazionale*, per un secondo genitore equivalente, da fruirsi in occasione della nascita di un figlio allo scopo di fornire assistenza;" (il corsivo è mio).

Per individuare una tutela della maternità più “ampia” in ambito europeo, rispetto a quella espressamente riconosciuta dalla direttiva di riferimento 92/85, si può fare riferimento ai principi generali contenuti nella Carta di Nizza. Ed in particolare, l’art. 33 che, sotto la rubrica “Vita familiare e vita professionale”, prosegue riconoscendo che “al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l’adozione di un figlio”. Soggetto attivo delle pretese operanti è *ogni individuo*, l’art. 33 rinvia, quindi, ad una più ampia concezione di genitorialità e lavoro “che non può essere ridotta alla sola relazione tra lavoro e tutela della salute della lavoratrice in gravidanza o puerperio” e, in generale, non soltanto i genitori naturali, ma anche i genitori adottivi, siano essi di sesso diverso, siano essi dello stesso sesso e ogni individuo che abbia un legame orizzontale qualificato dall’ordinamento europeo o nazionale come legame di tipo familiare.⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ V. A. Giorgis, “Commento agli artt. 30 e 31”, n R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna, 2001.

6. Riflessioni conclusive

Al termine di questa parte dedicata all'esame del ruolo della volontà quale fondamento della relazione filiale, si osserva come certamente *l'intenzione* di essere madre assuma oggi una rilevanza nella costituzione dello *status filiationis*.

A livello del diritto positivo, tuttavia, solo l'istituto dell'adozione rappresenta, al momento, un esempio di rapporto di filiazione giuridicamente riconosciuto totalmente sganciato dal dato biologico-genetico e, dunque, fondato unicamente sulla volontà (nelle varie accezioni che sono state *supra* enucleate). In tutti gli altri casi, ed in particolare nelle ipotesi di genitorialità da parte di coppie dello stesso sesso, l'intenzione di essere genitore (e, dunque, madre, per quel che qui interessa) assume rilevanza solo a determinate condizioni.

In particolare, per quel che attiene la genitorialità di coppie di donne, la volontà di essere madre viene, in qualche misura, riconosciuta dall'ordinamento, dal formante giurisprudenziale, tuttavia è la modalità di manifestazione dell'intenzione (v. *infra* par. 2.) ad essere oggetto di limitazioni. Come si è visto, infatti, la volontà rappresentata dal consenso trova, al momento, talune difficoltà ad essere riconosciuta come fondante la relazione materna, soprattutto alla luce delle ultime oscillazioni della giurisprudenza di legittimità. Risulta, dunque, molto complesso vedere riconosciuta *ab origine* la maternità intenzionale nell'atto di nascita, in assenza di un intervento dell'organo legislativo. Diversamente, la strada percorribile è quella della trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, ormai pacificamente ammessa per le coppie di donne.

La maternità⁴⁴⁶ fondata sull'intenzione viene, invece, riconosciuta se manifestata per il tramite del ricorso per adozione in casi particolari (art. 44 lett. d l. 184/1983), la quale, tuttavia, presenta, come si è visto, non poche criticità. Sembrerebbe quasi come, in assenza di modifiche legislative (in particolare rispetto al tema della filiazione da PMA), si potesse accordare solo un riconoscimento "a metà" della maternità fondata sulla volontà.

⁴⁴⁶ Parlerei, in questo caso, di genitorialità, considerando che lo strumento dell'adozione in casi particolari *ex art. 44 lett. d l. adoz.* è ammesso anche per le coppie maschili.

Sul tema, anche successivamente agli importanti moniti rivolti dalla Corte Costituzionale nelle ultime sentenze nn. 32 e 33 del 2021, pare ormai imprescindibile un intervento del Legislatore e un cambiamento di approccio dello stesso da astensionista⁴⁴⁷ ad interventista. Non solo in quanto non pare più potersi ignorare le evoluzioni che, in vari ambiti, interessano oggi la società, ma anche per evitare il serio concretizzarsi dei rischi *supra* delineati (v. *infra* par. 4).

Come *supra* visto, il Legislatore dovrà, perlomeno, occuparsi del piano *ex post*, consistente nel riconoscimento del legame genitoriale instaurato dalla persona di minore età nata in seguito all'inosservanza del piano *ex ante* (condizioni per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita). E', infatti, soprattutto questo ad essere oggetto dei continui interventi che, a livello sovranazionale, giungono ai singoli Stati. Analogamente a quanto già esaminato, si pensi al parere consultivo della *Grand Chambre* reso il 10 aprile 2019⁴⁴⁸, nell'ambito del quale è stata riconosciuta l'esistenza di un obbligo di riconoscimento del legame di filiazione tra il figlio nato mediante maternità surrogata e il genitore intenzionale in nome dell'interesse del minore e alle continue pronunce della Corte di Strasburgo, che giungono in materia di riconoscimento del legame intenzionale.⁴⁴⁹

Da ultimo, la Corte di Giustizia europea, in una pronuncia attinente la libertà di circolazione e soggiorno negli stati membri ed in particolare il diritto ad un figlio di due donne a vedersi rilasciati i documenti di identità attestanti la doppia maternità da parte dello Stato di cittadinanza (CGUE C-490/20 V.M.A. *Stolichna Obshtina rayon "Pancharevo"*, sent. del 14 dicembre 2021) ha affermato il diritto del minore di essere accompagnato da ciascuna delle madri all'interno dell'UE ed a questo fine gli deve

⁴⁴⁷ E delegante nei confronti di altri soggetti (in particolare i giudici) per la trattazione di determinate materie.

⁴⁴⁸ Il parere in oggetto è stato reso a seguito della richiesta presentata il 12 ottobre 2018 dalla Corte di cassazione francese al fine di ottenere chiarimenti circa la portata degli obblighi di tutela imposti dall'art. 8 CEDU (sul diritto alla vita privata e familiare) in sede di riconoscimento di un rapporto di filiazione costituito all'estero nei confronti della madre intenzionale-non biologica di due gemelle nate negli Stati Uniti tramite un accordo di maternità surrogata di tipo gestazionale, concluso da una coppia eterosessuale di coniugi francesi Menesson e Labassée. Cfr. O. Feraci, "Il primo parere consultivo della Cedu su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano", in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019.

⁴⁴⁹ Da ultimo, cfr. *KK e altri c. Danimarca* del 6 dicembre 2022. La Corte Edu ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 Cedu (solo rispetto al diritto alla vita privata del minore) in un caso di rigetto della domanda di adozione da parte di una madre d'intenzione (moglie del padre genetico) di un minore nato in seguito a *surrogacy*.

essere riconosciuto lo *status* acquisito in un altro Stato membro pur se in quello di transito o soggiorno non sia consentita la omogenitorialità o sia consentita con modalità diverse. Secondo la Corte «il rapporto del minore interessato con ciascuna delle due persone con cui ha una vita familiare effettiva nello Stato membro ospitante e che sono menzionate come suoi genitori nell'atto di nascita emesso dalle autorità di tale Stato è protetto dall'articolo 7 della Carta»

E', dunque, lo stesso diritto dell'UE ed internazionale a richiamare gli ordinamenti interni, la cui discrezionalità su tali temi è sempre più ridotta, a ragionare “a valle” e, dunque, a non ignorare gli effetti delle violazioni di legittime (per ora) norme interne. In conclusione, tuttavia, sarebbe auspicabile che l'Organo legislativo provvedesse ad un allineamento dei due piani (*ex ante* ed *ex post*), con l'obiettivo che la costituzione di legami di filiazione basati unicamente sulla volontà avvenga nel pieno rispetto dei principi fondamentali e fondanti l'ordinamento giuridico.

Il legame genetico

1. Introduzione

Obiettivo del presente capitolo è quello di indagare e ragionare circa l'importanza dell'elemento del legame genetico nella definizione della figura materna. Si può, in altre parole, affermare che il solo criterio del legame genetico possa assurgere a fondamento dello *status filiationis*, così come si è visto, in taluni casi, per la volontà, nel capitolo che precede? Ovvero, è necessario che detto elemento sia considerato congiuntamente ad uno o più degli altri criteri sino ad ora considerati, perché possa assumere una rilevanza nella costituzione della relazione filiale? Ovvero, ancora, la sua presenza, nel caso della maternità, non rileva in alcun caso, a differenza dei criteri già esaminati della gestazione e del parto e dell'intenzione?

In prima battuta, è bene precisare che quando si parla di maternità è opportuno distinguere il dato biologico da quello genetico. Se, infatti, i due ambiti coincidono nella paternità e sono rappresentati dalla derivazione genetica, cioè dal gamete maschile, nella maternità i due aspetti sono divergenti. Il legame genetico è rappresentato dalla derivazione del gamete femminile, mentre il rapporto biologico è dato dalla gestazione e dal parto. Tale distinzione pare particolarmente importante se si intende trattare della maternità tenendo a mente un approccio di genere. Considerare, infatti, sullo stesso piano l'apporto biologico e quello genetico avrebbe come conseguenza quella di rendere l'esperienza della maternità perfettamente equiparabile a quella della paternità e di rendere nullo il valore del "materno", che ha nella gestazione la sua specificità, che "per definizione, è un'esperienza che non fanno gli uomini. La maternità, invece, è un bene di cui ci gioviamo tutti, femmine e maschi, in quanto siamo tutti e tutte nati da donna".⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ S. Nicolai, "Surrogacy e principio *Mater semper Certa* in dialettica, per ricoprire il ruolo del materno", in M. C. Belloni, A. Bosia, C. Saraceno (a cura di) *Cirsde. Un progetto che continua, Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere*, Cirsde, Centro Studi interdisciplinare di ricerche e studi di genere dell'Università degli Studi di Torino, 2016, pp. 108-129.

Premesso questo, è certamente vero che fino a circa quarant'anni or sono, il contributo biologico e quello genetico nella maternità coincidevano necessariamente e tutte le questioni circa l'accertamento della verità, intesa come verità genetica, si ponevano dunque solo per la discendenza dall'uomo. Invece, per la donna, la gestazione e il parto, eventi facilmente riscontrabili, garantivano anche la discendenza genetica.⁴⁵¹ In questo contesto, si collocavano le norme del codice civile, ed, in particolare, l'art. 269 c.c. sulla "Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità", disposizione nota anche per essere considerata l'espressione normativa del brocardo latino *mater semper certa est*. In particolare, il terzo comma di tale norma, secondo il quale: "La maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre"⁴⁵² (v. *infra* cap. 2).

Il panorama è divenuto certamente più complesso con l'avvio delle fecondazioni in vitro con donazione di gameti, che hanno introdotto la possibilità di scindere, nella maternità, il dato biologico da quello genetico.⁴⁵³ Tuttavia, le riforme che hanno

Da qui l'idea dell'universalità del *mater semper certa est*, principio secondo cui "madre è colei che partorisce"; si sono espresse in questo senso tutte le femministe giuridiche italiane, tra le altre cito E. Olivito, "Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale", in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, (a cura di) S. Niccolai, E. Olivito, Jovene Editore, 2017; S. Niccolai, "Diamo alla maternità quel che le spetta", in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, op. cit.; B. Pezzini, "Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri", in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017.

⁴⁵¹ Cfr. L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Giappichelli, 2021, p. 132.

⁴⁵² Nella realtà dei fatti, è opinione piuttosto diffusa quella secondo cui l'art. 269 c.c. enuncia in realtà una norma sull'oggetto della prova della filiazione e non una norma sul criterio in ragione del quale è attribuito lo status di figlio A. Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, op. cit., 430; nello stesso senso, G. Ferrando, "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", in *Corr. giur.*, 2017, 2, 196; G. Recinto, "Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?", in *www.dirittifondamentali.it*, 2015, 4; F. Prospero, "La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis", op. cit., cit.; V. G. Cattaneo, "Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione", in *Tratt. Rescigno*, vol. 4, II ed., 1997, 21; J. Long, "(RI)Pensare la maternità", in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, la pubblicazione è liberamente consultabile qui https://www.cirsde.unito.it/sites/c555/files/allegatiparagrafo/20-02-2019/e-book_riproduzione_e_relazioni_isbn_9788875901288.pdf.

⁴⁵³ La prima gravidanza avvenuta con questa tecnica risale al 1978 (Louis Brown la prima bambina nata). La prima bambina in vitro italiana è nata l'11 gennaio 1983, cinque anni dopo cfr. per una ricostruzione dettagliata delle vicende M. Baiocchi, *In utero. La scienza e i nuovi modi di diventare madre*, Sonzogno, 2018, pp. 111 ss. Per citare qualche dato statistico di interesse, nel 2018 l'International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies (ICMART) ha dichiarato che da tecniche di fecondazione assistita in vitro sono nate 8 milioni di persone. A non essere noto con precisione è piuttosto

interessato negli anni il diritto di famiglia hanno sempre ignorato detto mutamento del contesto sociale e, soprattutto, il progressivo sviluppo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. In particolare, l'art. 269 c.c. sopracitato, che interessa particolarmente la maternità, è rimasto immutato “rendendo manifesto come il legislatore continui a voler ignorare la questione”⁴⁵⁴ ovvero, volendo cambiare *point of view*, a rimanere fermo sulla volontà di continuare a definire, determinare ed accertare la maternità solo unicamente con riferimento all'evento-parto.⁴⁵⁵ La disposizione, infatti, non ha subito alcuna modifica da parte del Legislatore italiano, né nell'ambito della macro riforma del diritto di famiglia del 1975⁴⁵⁶, né, della legge 40 del 2004 sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁴⁵⁷ e né, soprattutto, dell'ultima grande revisione normativa del sistema della filiazione del 2012-2013⁴⁵⁸, la quale, peraltro, ha limitato la possibilità di reclamare lo stato di figlio ai casi di sostituzione o supposizione di *parto* (art. 239, comma uno, c.c.).

Parallelamente, però, per rimanere nell'ambito delle azioni di stato, non si può non rilevare la crescente rilevanza che ha assunto la prova ematico-genetica del DNA, ai fini della prova della sussistenza del rapporto di filiazione, considerata “prova principe”

il numero di nati da PMA con dono di gameti (c.d. eterologa). A titolo esemplificativo, in Italia nel 2017, secondo la Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sulla legge 19 febbraio 2004 n. 40 (legge 40) in materia di PMA, sono nati 13.973 bambini da tecniche di fecondazione in vitro. Tra questi, 1.737 sono stati concepiti grazie a un dono di gameti cfr. T. Penna, “Nati da dono di gameti: il diritto di accesso alle origini tra Cross Border Reproductive Care, pluralismo giuridico e genetica”, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2021, pp. 55 ss.

⁴⁵⁴ Così L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Giappichelli, 2021, p. 132.

⁴⁵⁵ Cfr. le argomentazioni formulate dal Tribunale di Roma, sez. I civile, ordinanza dell'8 agosto 2014, pp. 4 e 7, nel noto caso di scambio di embrioni compiuto all'Ospedale Pertini di Roma.

⁴⁵⁶ Legge 19 maggio 1975, n. 151 “Riforma del diritto di famiglia”.

⁴⁵⁷ Legge 19 febbraio 2004, n. 40 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”.

⁴⁵⁸ Legge 17 dicembre 2012, n. 219 “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali” e D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012 n. 219”.

Nonostante ciò, non si può ignorare come il sistema della filiazione abbia subito parecchie evoluzioni negli anni. Infatti, da un *favor legitimitatis* si è passati, successivamente alla macro riforma del diritto di famiglia del 1975, ad uno spiccato *favor veritatis* (cfr. L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Giappichelli, 2021, pp. 133 ss.). Con la riforma della filiazione del 2012 e del 2013, poi, il bilanciamento del principio della verità biologica e genetica con altri principi, egualmente rilevanti, primo fra tutti il preminente interesse del minore alla stabilità dello *status filiationis*, è reso più evidente, come si può notare, soprattutto, dall'introduzione di termini di prescrizione per talune azioni di stato (artt. 244 e 263 c.c.) o se manca il consenso del figlio ultraquattordicenne al riconoscimento (art. 250 comma 2 c.c.). L'assunto è confermato anche a livello giurisprudenziale, in particolare si fa riferimento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 272/2017 e n. 127/2020 e Cass. 8617/2017 e 4791/2020, le quali hanno espressamente escluso che il principio della verità abbia una rilevanza assoluta, tale da sottrarlo ad ogni bilanciamento.

fin dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 6400/1980. L'utilizzo di detto mezzo istruttorio, nel caso di scissione della maternità biologica da quella genetica fornirebbe risultati interessanti per il tema che ci si prefigge, in quanto verrebbe posto in rilievo il legame genetico, a discapito di quello gestazionale. In detta eventualità, vi è chi propone il riconoscimento di entrambi i criteri per l'attribuzione di maternità (biologico e genetico), facendo riferimento ai principi generali dell'ordinamento, tra tutti quello di eguaglianza (art. 3 Cost.) Si fa leva sull'impossibilità di disattendere la verità genetica resa nota da un test del DNA e su di una, non troppa implicita, opinione secondo cui il dato biologico e quello genetico andrebbero posti sul medesimo piano, sempre che sia presente anche il dato dell'intenzione⁴⁵⁹.

In assenza della volontà, infatti, è pacifico che, nell'ordinamento interno, l'elemento genetico non sia sufficiente *ex se* per costituire un rapporto di filiazione.⁴⁶⁰ I

⁴⁵⁹ Si fa riferimento, per esempio, a Lenti, secondo cui: “Nel caso dell’art. 269 c. 3° c.c. si potrebbe strutturare il ragionamento in modo analogo: il presupposto fattuale della norma, come già detto sopra, è l’inscindibilità della maternità di gravidanza e parto da quella genetica. Nei casi in cui i due aspetti della maternità biologica si presentano scissi, sicché vi sono due madri che sono entrambe biologicamente tali, si potrebbe dire che vi è una lacuna e che si dovrebbe quindi ricorrere ai principi generali. Tra questi vi è certamente l’interesse del minore alla consolidazione giuridica del rapporto con la madre genetica, un rapporto che esiste nei fatti e che gode di tutela come vita familiare. Ma qui opera anche un altro principio, che mi sembra non si possa trascurare: l’eguaglianza. Il fatto che la discendenza genetica sia tutelata diversamente per l’uomo e per la donna potrebbe essere considerato come una violazione del principio di eguaglianza. Questa interpretazione permetterebbe in astratto di giungere al risultato di ammettere che il rapporto di filiazione possa essere costituito con entrambe le donne: con la madre partorienti in forza dell’art. 269 c. 3° c.c. e con la madre genetica in forza dei principi generali” (L. Lenti, “La costituzione del rapporto filiale e l’interesse del minore”, in *Juscivile*, 1, 2019, pp. 15 e ss) ed ancora: “Nel caso in cui entrambe le donne sono madri biologiche, credo di possa però prospettare una via per giungere a costituire il rapporto di filiazione biologica (cioè non adottiva) anche con la madre solo genetica, pur senza necessità di modifiche legislative. Questa potrebbe fare la dichiarazione di riconoscimento del figlio all’ufficiale di stato civile e successivamente impugnare il suo rifiuto, oggi ovvio: nel relativo giudizio potrebbe facilmente dare la prova della propria maternità genetica. La formazione del rapporto di filiazione corrispondente a verità genetica non può essere impedita, secondo la giurisprudenza Cedu sull’art. 8 Cedu, salvo che in nome dell’interesse del minore” (L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Giappichelli, 2021, p. 193). Cfr. anche P. Zatti, *Maschere del diritto*, Giuffrè, 2009, p. 212 per il quale “possiamo anche pensare che di fronte ad un episodio di surrogazione, che separi la madre genetica da quella gestante e partorienti, l’ufficiale di stato civile non possa fare altro che attribuire lo stato di madre alla seconda, e certo così si comporterebbe; ma non possiamo escludere che un giudice meno conformista potrebbe porsi il problema di un’interpretazione evolutiva, proprio perché la ratio delle norme che fanno riferimento al parto si colloca storicamente in un orizzonte culturale ed esperienziale nel quale non si dava un possibile conflitto tra “titoli” diversi di maternità”. Sul punto v. anche A. G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022, pp. 160 ss.

⁴⁶⁰ Anche il dato biologico della gestazione e del parto, in assenza dell’elemento intenzionale, potrebbe perdere di rilevanza. E’ il caso del parto anonimo, ove, tuttavia, è necessaria un’espressa dichiarazione in tal senso della partorienti. In altre parole, in assenza di una dichiarazione *a contrario* della volontà di essere madre, il dato gestazionale e il parto sono di per sé sufficienti per identificare la madre. Ciò vale,

riferimenti normativi si rinvergono, essenzialmente, nella normativa sulla filiazione da PMA ed, in particolare, nell'art. 9, comma tre, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, che sancisce il principio dell'anonimato dei donatori/donatrici di gameti in caso di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e l'assenza di qualsivoglia relazione giuridico tra detti soggetti ed il nato.⁴⁶¹ Inoltre, per rimanere sulla normativa in materia da PMA, si pensi alla possibilità, a partire dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 162 del 2014, di ricorrere alle tecniche di PMA di tipo eterologo, così costituendo un legame di filiazione a prescindere dal legame genetico e al perdurante divieto di maternità per surrogazione (art. 12 l. 40 del 2004).

Inoltre, a far dubitare della rilevanza del dato genetico, pur considerato unitamente all'elemento intenzionale, vi sarebbero alcuni indici emergenti dalla giurisprudenza interna di merito e di legittimità. Si pensi, per esempio, alle pronunce del Tribunale di Roma, nel noto caso di scambio di embrioni avvenuto nell'Ospedale Pertini, esempio di "maternità in conflitto", le quali hanno considerato prevalente il dato biologico su quello genetico-intenzionale.⁴⁶² Ovvero ancora, con riferimento al riconoscimento della *co-maternity*, nelle fattispecie di omogenitorialità femminile, non pare che il requisito del *link* genetico abbia mai rappresentato il fulcro della motivazione sulla base della quale è stato ammesso il riconoscimento e dunque la formazione dell'atto di nascita (focalizzato principalmente sulla rilevanza del consenso espresso ex art. 6 l. 40/2004 ovvero sull'interesse del minore a mantenere il legame già instaurato

soprattutto, nell'ordinamento interno, per le coppie sposate, nell'ambito delle quali non è neppure necessario provvedere al riconoscimento (sul punto vedi *infra* cap. 2).

⁴⁶¹ Secondo Grasso, la disposizione non sancirebbe un'irrelevanza del dato genetico, quanto piuttosto si riferisce specificamente ad un soggetto, il donatore di gameti, che, a differenza della madre intenzionale, è ordinariamente disinteressato ad assumere qualsivoglia legame giuridico con il nato (A. G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022, pp. 108 ss.)

Interessanti, e pertinenti ai temi in oggetto, le riflessioni di Tullia Penna circa il ruolo della genetica nello sviluppo dell'identità individuale e nella creazione di legami familiari (T. Penna, "Nati da dono di gameti: il diritto di accesso alle origini tra *Cross Border Reproductive Care*, pluralismo giuridico e genetica", in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, pp. 55 s.).

⁴⁶² Il percorso giudiziario della vicenda si compone di quattro tappe principali: il ricorso cautelare proposto dalla coppia di genitori genetici che si è concluso con l'ordinanza del Tribunale di Roma dell'8 agosto 2014; il ricorso presentato dinanzi alla Corte EDU, che è stato ritenuto irricevibile dai giudici di Strasburgo, in data 10 ottobre 2014; una seconda richiesta avanzata dal padre genetico rigettata dal Tribunale di Roma il 22 aprile 2015 e da ultimo la richiesta dei genitori genetici volta ad ottenere una dichiarazione di genitorialità genetica in loro favore, ritenuta infondata dal Tribunale di Roma sentenza del 10 maggio 2016 (per un approfondimento della vicenda v. A. Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte a nuove realtà*, il Mulino, 2018, pp. 170 ss.).

con la madre sociale).⁴⁶³ Ancora, seppur indirettamente, verso una minor valenza del legame genetico rispetto a quello biologico, pur in presenza di una volontà di diventare madre, propende un recentissimo decreto del Tribunale di Bari⁴⁶⁴, in un caso di ricorso alla maternità surrogata da parte di una coppia di donne. Nell'ambito di detta pronuncia, i giudici baresi hanno infatti rigettato la richiesta di una delle due donne (che aveva fornito il gamete impiantato nell'utero della madre surrogata) di cancellare il nome della madre sociale dall'atto di nascita già trascritto. Nelle motivazioni del tribunale, un passaggio pare fondamentale per l'oggetto del presente elaborato: "Nel caso qui in esame, nessuna delle due donne ha un legame biologico con la minore, considerato che la G. è genitore genetico, non avendo partorito la minore ma avendole trasmesso il suo patrimonio genetico (l'art. 269 c.c. prevede che è madre chi ha partorito)".

Rimanendo sulla fattispecie della maternità surrogata, indici, invece, a favore della rilevanza del contributo genetico nella costituzione dello *status filiationis* sono forniti dalla giurisprudenza Cedu in tema di maternità surrogata. Infatti, in svariate pronunce dei giudici di Strasburgo è risultata decisiva la sussistenza, o meno, di un collegamento genetico con almeno uno dei componenti della coppia: in presenza del solo collegamento genetico, la Corte EDU ha ritenuto irrilevante ogni valutazione di merito al fine di riconoscere l'esistenza di un'unione di vita familiare tra il nato e i genitori intenzionali, evidenziando, di conseguenza, l'obbligo per lo Stato di proteggere legami affettivi di questo tipo.⁴⁶⁵ Mentre, in assenza di legame genetico con entrambi i

⁴⁶³ Un'eccezione potrebbe essere rappresentata dalla nota sentenza n. 19599/2016 della Corte di Cassazione, secondo cui "[...] non può validamente opporsi [...] il principio secondo cui, nell'ordinamento italiano, è madre solo colei che partorisce [...] con la conseguenza che non può esserlo anche colei che abbia contribuito alla nascita del figlio con la donazione dell'ovulo [...] il Collegio ritiene che tale impostazione debba essere in parte rimediaata [...] se è indiscutibile l'importanza della gravidanza per il particolarissimo rapporto che si instaura tra il feto e la madre, non si può negare l'importanza del contributo dato dalla donna che ha trasmesso il patrimonio genetico". Tuttavia, in tema di trascrizione di atti di nascita formati all'estero in cui compare la doppia maternità, subito dopo l'anzidetta pronuncia è stata ammessa anche in assenza di legame genetico con la madre non partoriente (v. *infra* cap. 3).

⁴⁶⁴ Tribunale di Bari, dec. 7 settembre 2022, pubb. il 10 novembre 2022, in *Giustizia Insieme* del 11 novembre 2022 con nota di E. Bilotti, "Ricorso alla surrogazione di maternità da parte di una coppia di donne e condizione giuridica del nato. Commento a Trib. Bari, decr. 7 settembre 2022". La pronuncia è particolarmente interessante anche perché fa riferimento ad uno dei pochi casi di ricorso alla surrogazione di maternità da parte di coppie di donne.

⁴⁶⁵ Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Menesson c. Francia*, in *Foro it.*, 2014, IV, 561, con nota di G. Casaburi; Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, in www.hudoc.echr.coe.int; Corte eur. dir. uomo, 21 luglio 2016, *Foulon e Bouvet c. Francia*, in

genitori intenzionali, ha invece reputato necessario valutare il superiore interesse del minore alla conservazione della relazione familiare instaurata con i committenti “sulla base dei caratteri di tale relazione, primo fra tutti la durata della stessa”⁴⁶⁶. Nella totalità dei casi, tuttavia, si tratta del legame genetico con il padre nella coppia omosessuale o eterosessuale.

Ancora in tema di maternità per surrogazione, si considerino i lavori del Gruppo di esperti istituito dalla Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato, i quali, chiamati a individuare le soluzioni comuni al fenomeno della *surrogacy* transfrontaliera⁴⁶⁷ in vista di un accordo di cooperazione internazionale, hanno evidenziato l’importanza di limitarne l’accesso ai casi in cui almeno uno dei genitori intenzionali sia geneticamente legato al nascituro.⁴⁶⁸

www.hudoc.echr.coe.int; Corte eur. dir. uomo, D e altri c. Belgio, cit.; Corte eur. dir. uomo, Advisory Opinion, cit., 757.

⁴⁶⁶ Si fa riferimento alle note sentenze Paradiso e Campanelli c. Italia: Corte eur. dir. uomo, sez. II, 25 gennaio 2015, in Foro it., 2015, IV, 117; e alla più recente Valdis e altri v. Islanda, del 18 maggio 2021, in <http://hudoc.echr.coe.int>; v. in tema E. Lucchini Guastalla, “Maternità surrogata e best interest of the child”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1729. Cfr. sul punto A. Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte a nuove realtà*, il Mulino, 2018; L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Giappichelli, 2021, p. 197; B. Checchini, “Vita familiare vs. maternità surrogata: il nuovo punto di equilibrio della Corte europea. Quale rilievo all’identità del nato?”, in *Nuova Giur. Civ.*, 2022, 2, 396; A. G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022, pp. 90 ss.

⁴⁶⁷ Vedi sul punto A.G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022, pp. 91 ss.

I lavori sono consultabili all’indirizzo www.hcch.net. Si fa riferimento in particolare al Report della riunione di gennaio/febbraio 2019 pubblicato a marzo dello stesso anno. Qui il report conclusivo appena pubblicato e che verrà discusso nel corso dell’ultima riunione prevista il prossimo marzo 2023 <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>.

⁴⁶⁸ Non si è ritenuto di dover inserire una sezione, nel presente capitolo, dedicata al diritto del lavoro, in quanto in detta branca del diritto non si rileva una considerazione dell’elemento genetico nell’identificazione della figura materna.

2. Il contributo biologico vs. il contributo genetico

2.1 Premessa: il contributo genetico nell'attribuzione della paternità (cenni)

Come accennato nell'introduzione, quando si parla di attribuzione legale della maternità, si distingue il piano del dato genetico derivante dal conferimento del gamete, dal contributo biologico⁴⁶⁹, dato dalla gestazione e dal parto, essendo gli stessi “per definizione un'esperienza che non fanno gli uomini”.⁴⁷⁰ In ciò differisce, dunque, necessariamente dalla genitorialità maschile che è, invece, ontologicamente limitata al contributo genetico.

In effetti, nell'individuazione (e nella ricerca) della figura paterna certamente la derivazione genetica assume un ruolo centrale, seppur lo stesso non costituisca l'unico elemento sulla base del quale identificare detto soggetto, si pensi, per esempio, alla presunzione di paternità per i figli nati in costanza di matrimonio (art. 231 c.c.).⁴⁷¹ A

⁴⁶⁹ Sul tema dell'attaccamento prenatale cfr., tra gli altri, J. Alhusen, “*A literature update on maternal-fetal attachment*”, in *Journal of Obstetric, Gynecologic and Neonatal Nursing*, 2008, 37, pp. 315-328.

⁴⁷⁰ S. Nicolai, “*Surrogacy e principio Mater semper Certa in dialettica, per ricoprire il ruolo del materno*”, in M. C. Belloni, A. Bosia, C. Saraceno (a cura di) *Cirsde. Un progetto che continua, Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere*, Cirsde, Centro Studi interdisciplinare di ricerche e studi di genere dell'Università degli Studi di Torino, 2016, pp. 108-129.

⁴⁷¹ Come è noto, la presunzione di paternità è tradizionalmente volta a superare le difficoltà di prova della paternità. la quale, quantomeno prima dell'evoluzione delle prove scientifiche e in particolare delle indagini genetiche, era “incerta” per definizione, in contrapposizione con la certezza della maternità cfr. M. Mantovani, “*La filiazione nel matrimonio*”, in L. Lenti, M. Mantovani (a cura di) *Il nuovo diritto della filiazione*, Giuffrè, II, 2019, pp. 39 ss. Sulla base della regola della presunzione di paternità, che trova comunemente riferimento normativo nell'art. 231 c.c., si può affermare che il figlio nato o concepito nel matrimonio è colui che nasce tra due persone unite da vincolo coniugale e il cui legame di filiazione si stabilisce in modo “automatico” nei confronti di entrambi i genitori, quale effetto del matrimonio, In materia di presunzione di paternità, l'opinione dottrinale prevalente sul tema sottolinea come quella dell'art. 231 c.c. non sia tanto una “presunzione”, la quale “imponga di ritenere avvenuta fino a prova contraria la generazione del figlio da parte del marito della madre, bensì una <attribuzione legale> di paternità anche quando quest'ultimo non sia genitore in senso biologico” così M. Mantovani, “*La filiazione nel matrimonio*”, in L. Lenti, M. Mantovani (a cura di) *Il nuovo diritto della filiazione*, Giuffrè, II, 2019, p. 40 (cfr. anche G. M. Uda, “*Presunzione di paternità e prove della filiazione legittima*”, in G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani (a cura di) *Filiazione*, Giuffrè, II, 2012, pp. 85 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 2017, p. 397 ss.; L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Giappichelli, 2021, pp. 188-189). La Corte di Cassazione ha, a più riprese, e anche abbastanza recentemente, affermato che la l'attribuzione della paternità sarebbe connessa, ai sensi dell'art. 269 cod. civ., al mero rilievo del dato biologico (genetico), purché ciò non contrasti con l'interesse del minore (si tratta di casi limite che fonderebbero una richiesta di decadenza dalla responsabilità genitoriale Cass. civ. Sez. I Ord., 21/06/2018, n. 16356; in

conferma di questo, non sono mancate, negli anni, pronunce sia di merito che di legittimità, in cui la paternità è stata dichiarata giudizialmente senza accertare il legame genetico con una consulenza genetico-ematologica, in presenza di precise risultanze istruttorie concordanti tra di loro con valore anche puramente indiziario.⁴⁷² Si fa, per esempio, riferimento ad una pronuncia della Corte di Cassazione del 2011⁴⁷³, nell'ambito della quale veniva ritenuta provata la paternità sulla base di dichiarazioni del presunto padre, il quale aveva affermato di ritenersi contento dell'arrivo del bambino all'epoca della gravidanza, dal fatto che era risultato che le parti avevano soggiornato in una stanza di albergo poco più di nove mesi prima della nascita della minore, che le parti avevano eseguito pubblicazioni di matrimonio e da tutta una serie ulteriore di elementi indiziari, che, nell'insieme, avevano portato a non ritenere necessario l'espletamento dell'esame del DNA. Ancora, una pronuncia di legittimità⁴⁷⁴, nell'ambito della quale la Corte di Cassazione ha ritenuto correttamente motivata la pronuncia del giudice di merito, che aveva fondato il proprio provvedimento affermativo della paternità naturale sulla base dei seguenti elementi: lettere scritte dall'uomo alla madre del bambino, alcune delle quali indicanti l'inequivocabile convincimento di essere il padre del fanciullo, informazioni raccolte dai carabinieri, in sede di arruolamento del giovane, riferenti come dato notorio ed indiscusso nel piccolo paese, che questi era figlio naturale del presunto padre, scomparsa della salma del presunto padre avvenuto in pendenza del giudizio di dichiarazione giudiziale della paternità naturale, allorché era

senso conforme tra le altre Cass. civ. Sez. I, 19/04/2010, n. 9300) a nulla rilevando il dato volontaristico di essere o non essere padre per quel minore, a differenza di quanto si verifica per la madre biologica, la quale può avvalersi del diritto a non essere nominata nell'atto di nascita (cfr. Cass. civ. Sez. I Sent., 26 novembre 2021, n. 37023 con nota di M. Renna, "Dichiarazione giudiziale di paternità e anonimato materno", in *Nuova Giur. Civ.*, 2022, 2, 388. La S.C. si esprimeva sulla questione già agli inizi degli anni novanta cfr. Cass. 25 settembre 2013 n. 21882; Cass. 15 marzo 2022 n. 3793 che ha pure ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale in tema di attribuzione della paternità in base al mero dato genetico; Cass., 18 novembre 1992, n. 12350, con nota di Maggiolo, "Dichiarazione giudiziale di paternità naturale e "elemento di responsabilità", in questa *Nuova Giur. Civ.*, 1993, I, 933 ss.; Sul primato della verità biologica e sul "privilegio della maternità", cfr. P. Zatti, "Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia", nel *Trattato dir. fam.*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, I, Giuffrè, 2011, 54 ss.; e M. Mantovani, "Questioni in tema di accertamento della maternità naturale e sistema dello stato civile", in *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, a cura di Ferrando e Laurini, Ipsoa, 2013, 59 ss.; G. Bonilini, *Trattato di diritto di famiglia*, vol. 4 "La filiazione e l'adozione", Omnia Trattati giuridici, 2016, pp. 3622 ss. Nell'ambito del rapporto tra contributo genetico e contributo intenzionale, che verrà indagato nel successivo paragrafo, prevarrebbe certamente il primo se si prendesse in esame la paternità.

⁴⁷² Cfr. sul punto sul punto cfr. C.M. Bianca., *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2017, pp. 430-431; Coppo, "Si può ottenere la dichiarazione di paternità senza chiedere il DNA?", in *Giur. it.*, 2014, 2148 ss.

⁴⁷³ Corte di Cassazione, sez. I, sent., 9 giugno 2011, n. 12646.

⁴⁷⁴ Corte di Cassazione, sez. I sent. 9 giugno 2005, n. 12166.

stata già disposta la consulenza tecnica volta a conseguire le prove genetiche del DNA.⁴⁷⁵

Tuttavia, nonostante sia ritenuto pacifica la non obbligatorietà del ricorso all'esame del DNA per l'accertamento della paternità, quando si intende individuare la sussistenza di un legame di filiazione *latere patris*, nei procedimenti di stato, è il legame genetico, o quantomeno soprattutto esso, a costituire oggetto dell'indagine istruttorie.

Infatti, dall'analisi delle pronunce di merito e di legittimità⁴⁷⁶ emerge la progressiva centralità della prova genetico-ematologica (del DNA) nella prova della paternità.⁴⁷⁷ Si individua nella sentenza della Corte di Cassazione n. 6400 del 1980 la prima volta in cui la prova genetica sui marcatori del DNA è stata definita “prova

⁴⁷⁵ Ovvero ancora la Suprema Corte ha ritenuto correttamente motivata la pronuncia del giudice di merito che aveva fondato la propria pronuncia affermativa della paternità naturale su una motivazione, ritenuta logicamente corretta, con cui era stata posta in evidenza l'univocità e convergenza degli elementi indiziari acquisiti al processo, come la lunga relazione sessuale intercorsa tra la madre ed il padre naturale fin da epoca anteriore al concepimento e protrattasi ben oltre il tempo dello stesso; la presenza costante del padre naturale nella vita del figlio, attraverso la partecipazione alle scelte e alle decisioni relative ai suoi studi e, in seguito, alle varie tappe della sua attività artistica; l'episodio di pubblica ammissione della paternità; la esclusione, con sentenza passata in giudicato, della paternità legittima del marito della donna all'epoca del concepimento; le dichiarazioni della donna in ordine alla paternità naturale del soggetto convenuto in giudizio; l'assenza di valide giustificazioni al rifiuto opposto dal convenuto a sottoporsi all'accertamento tecnico disposto di ufficio (cfr. Cass. civ. Sez. I, 19 ottobre 2006, n. 22490) da ultimo, per citare una pronuncia più risalente, la S.C. ha ritenuto correttamente motivata la pronuncia del giudice di merito che aveva fondato la propria pronuncia affermativa della paternità naturale su una motivazione con cui era posta in evidenza, da un canto, l'univocità e convergenza degli elementi indiziari acquisiti al processo, come la lunga relazione intercorsa tra la madre ed il padre naturale, i comportamenti tenuti da quest'ultimo alla notizia della gravidanza della donna, la condotta processuale del medesimo e, in particolare, il pretestuoso ed immotivato rifiuto di sottoporsi ad indagini ematologiche dall'altro, la attendibilità dei testi indicati dalla madre (Cass. civ. Sez. I, 20 marzo 1998, n. 2944). Con riferimento ai provvedimenti di merito, invece, si cita una pronuncia del Tribunale di Torino, sez. VII del 24 febbraio 2021, in *Leggi d'Italia*, 2021, Nell'ambito della quale il materiale probatorio acquisito in corso di causa si costituiva dalle deposizioni testimoniali e dai documenti prodotti, posto che Il convenuto ha rifiutato di sottoporsi alla risposta CTU ematologica.

⁴⁷⁶ Cfr. tra le tante Cass. civ. Sez. I, 14 giugno 2019, n. 16128; Cass. civ. Sez. I Ord., 13 marzo 2019, n. 7197; Cass. civ. Sez. I Sent., 23 febbraio 2016, n. 3479; Cass. civ. Sez. I, Sent., 22 gennaio 2014, n. 1279; Cass. civ. Sez. I Sent., 14 luglio 2011, n. 15568; Cass. civ. Sez. I, 26 marzo 2010, n. 7262; Cass. civ. Sez. I Sent., 16 aprile 2008, n. 10007; Cass. civ. Sez. I, 25 gennaio 2008, n. 1738; Cass. civ. Sez. I Sent., 2 luglio 2007, n. 14976; Tribunale di Benevento 19 gennaio 2022 n. 106, in *DeJure*. In tutte le pronunce appena elencate il mezzo istruttorio intorno sulla base del quale è stata accertata la paternità era la consulenza genetico ematologica.

⁴⁷⁷ La crescente possibilità di ricorrere a detto mezzo istruttorio ha, tra le altre cose, avuto l'effetto di aumentare l'esercizio in giudizio dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità negli ultimi trent'anni cfr. sul punto M. Novella Bugetti e F. G. Pizzetti, “Esercizio dell'azione di dichiarazione giudiziale di genitorialità e diffusione a mezzo stampa dell'identità del presunto genitore”, in *Famiglia e Diritto*, 10, 2021, pp. 925-926.

principe” nell’ambito delle azioni di stato. La pronuncia ha segnato una radicale svolta del precedente orientamento giurisprudenziale⁴⁷⁸ in tema di ammissibilità delle prove del sangue e genetiche. La sentenza ha, nella materia della filiazione, un’importanza rilevante per aver espressamente ritenuto necessario il superamento del precedente orientamento giurisprudenziale limitativo in ordine all’ammissibilità delle prove scientifiche in negativo, cioè dirette ed evidenziare la non paternità o la non maternità. I giudici di legittimità nel 1980 affermavano in particolare che “le indagini tecniche hanno dignità probatoria pari a quella di tutti gli altri elementi di giudizio, per cui la loro ammissibilità non può essere condizionata all’assoluta certezza, valutata *ex ante*, del loro risultato concreto”. Infine, la pronuncia è celebre per aver, per la prima volta in Italia, dato ingresso anche alle prove genetiche dirette a pervenire a risultati di elevato grado di probabilità in positivo, per la ricerca e l’accertamento del padre o della madre naturale.

Ancora, la giurisprudenza sia di merito che di legittimità ha, a più riprese, affermato che la CTU “ha funzione di mezzo obiettivo di prova, costituendo lo strumento più idoneo, avente margine di sicurezza elevatissimi”⁴⁷⁹ e che “la consulenza tecnica genetica è l’unica forma di accertamento attendibile nella ricerca della filiazione”.⁴⁸⁰ Pur parlando genericamente di “filiazione”, tuttavia, si tratta di pronunce che concernono la ricerca e l’accertamento della paternità, con riferimento alla quale la discendenza genetica assume un ruolo dirimente.⁴⁸¹

⁴⁷⁸ In particolare, dopo varie pronunce di giudici di merito, la Cassazione nel 1931 (Cass. 17 marzo 1931, Foro. it., 1931, I, 552) ebbe per la prima volta ad ammettere la prova del sangue, “la quale pur non offrendo elementi sicuri in senso positivo, può avere sufficiente valore come prova negativa, quando si è compiuta sulla persona del figlio di entrambi i genitori”. Successivamente, la giurisprudenza passava dal giudizio di “sufficiente valore” e di “utilità” della prova del sangue negativa a quella di “assoluta certezza”, mentre perveniva considerare quella positiva quale indizio o giudizio di compatibilità e di probabilità del rapporto di paternità, pur senza poterne affermare l’esistenza.

⁴⁷⁹ Corte di Cassazione, 13 novembre 2015, n. 23290, in *Foro.it*, 2016, I, 2893.

⁴⁸⁰ Lo hanno affermato Corte di Cass., sent. 14 dicembre 2017, n. 30122; Corte di Cass., sent. 13 novembre 2015, n. 23290; App. Genova sez. III del 4 febbraio 2020 in *Leggi d’Italia*. (cfr. sul punto M. Novella Bugetti e F. G. Pizzetti, “Esercizio dell’azione di dichiarazione giudiziale di genitorialità e diffusione a mezzo stampa dell’identità del presunto genitore”, in *Famiglia e Diritto*, 10, 2021, pp. 926 ss; D. Amram, “L’accertamento della paternità: responsabilità e danno”, in *Famiglia e Diritto*, 2021, 6, 598).

⁴⁸¹ La sussistenza di un *link* genetico è pur rilevante, per la paternità, nei casi di maternità surrogata contratta all’estero e conseguente richiesta di trascrizione del certificato di nascita formato all’estero, per quanto attiene la giurisprudenza della Corte Edu, come si può ben evincere dall’analisi delle due celebri pronunce *Menneson e Labassée c. Francia* e *Paradiso e Campanelli c. Italia*. Nel primo caso, in cui vi era un legame genetico tra le minori e il padre intenzionale, la Corte ha risposto in senso parzialmente

2.2 Nella maternità

Per quanto riguarda la maternità, il discorso intorno al “peso” del contributo genetico non assume tutt’oggi una grande rilevanza e, a *fortiori*, quando, necessariamente, i due piani (genetico e biologico) coincidevano in un’unica figura, quella materna. Certamente, tuttavia, la questione è divenuta più complessa con l’avvio delle fecondazioni in vitro con donazione di gameti, che hanno introdotto la possibilità di scindere, nella maternità, il dato biologico da quello genetico.⁴⁸² Prima di allora, il

positivo specificando che la mancata trascrizione degli atti di nascita stranieri nel registro dello stato civile francese viola il diritto al rispetto della vita privata delle minori nate in California. “Nel suo ragionamento, la Corte osserva che la situazione di incertezza giuridica in cui le minori erano venute a trovarsi a causa del mancato riconoscimento del loro status di figlie aveva compromesso la loro abilità di definire l’essenza della loro identità, nozione che – ad avviso della Corte – comprende anche la discendenza genetica.. Queste considerazioni – sottolinea la Corte – assumono una ‘dimensione speciale’ nel caso *Mennesson* in quanto il padre ricorrente ha un legame biologico con le proprie figlie” cfr. sul punto A. Margaria, “Padri ai tempi della PMA e GPA: uno sguardo sulla giurisprudenza CEDU”, in *GenIUS*, 1, 2020. Nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in cui non vi era alcun legame genetico con i ricorrenti, la Corte Edu aveva escluso la violazione da parte dello Stato italiano dell’art. 8 CEDU sotto il profilo del rispetto del diritto alla vita familiare e aveva riconosciuto alle autorità italiane un più ampio margine di manovra considerato che non si trattava di tutelare l’identità del minore e la sua discendenza genetica (*Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], cit., § 195). In questo senso vedi anche A. G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di surrogazione dello status*, Giappichelli, 2022, p. 90 secondo cui: “Indici in questo senso si rinvencono anche nella giurisprudenza della Corte EDU, dove è risultata decisiva la sussistenza, o meno, di un collegamento genetico con almeno uno dei componenti della coppia: in presenza del solo collegamento genetico dal lato paterno, ha ritenuto irrilevante ogni valutazione di merito al fine di riconoscere l’esistenza di un’unione di vita familiare tra il nato e i genitori intenzionali, evidenziando, di conseguenza, l’obbligo per lo Stato di proteggere legami affettivi di questo tipo 177; mentre, in assenza di legame genetico con entrambi i genitori intenzionali, ha invece reputato necessario valutare il superiore interesse del minore alla conservazione della relazione familiare instaurata con i committenti “sulla base dei caratteri di tale relazione, primo fra tutti la durata della stessa” .

Sempre con riferimento alla maternità per surrogazione, e guardando all’ordinamento interno, non vi sono dubbi circa la possibilità di trascrivere provvedimenti stranieri con riferimento a colui che ha fornito il proprio gamete. A conferma del fatto che, come per la maternità rileva il dato del parto (nelle coppie di donne che chiedono la formazione dell’atto di nascita con la doppia maternità, *nulla questio* circa l’indicazione della madre di parto) , per la paternità è il link genetico ad assumere rilevanza. Ciò è stato ribadito anche dalla recentissima pronuncia delle S.U.: “L’interrogativo riguarda la possibilità di riconoscere o meno il provvedimento giuridico straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia che ha concorso nella scelta di ricorrere alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti. In altri termini, non è in discussione il rapporto di filiazione con il padre biologico” (Cass. S.U. 9313/2022).

⁴⁸² La prima gravidanza avvenuta con questa tecnica risale al 1978 (Louis Brown la prima bambina nata). La prima bambina in vitro italiana è nata l’11 gennaio 1983, cinque anni dopo cfr. per una ricostruzione dettagliata delle vicende M. Baiocchi, *In utero. La scienza e i nuovi modi di diventare madre*, Sonzogno, 2018, pp. 111 ss.; T. Penna, “Nati da dono di gameti: il diritto di accesso alle origini tra Cross Border Reproductive Care, pluralismo giuridico e genetica”, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2021, pp. 55 ss; S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2020, pp. 150 ss.

principio del *mater semper certa est* si riteneva *ex se* sufficiente per porre in antitesi la naturalezza della maternità (identificata con la gestazione e il parto) con la “costruzione” della paternità: la maternità è un dato naturale, di cui non si può far altro che prendere atto.⁴⁸³ In senso analogo, l’art. 30 d.p.r. n. 396 del 2000 richiede, per la formazione dell’atto di nascita, unitamente alla dichiarazione, l’attestazione dell’avvenuta nascita “contenente le generalità della puerpera”.⁴⁸⁴

Conseguentemente al progresso delle anzidette tecniche di fecondazione in vitro, si è profilata la possibilità che la discendenza biologica non coincida con quella genetica. Per tale ragione, risulta interessante comprendere quale importanza viene accordata al contributo genetico nella maternità nell’ambito dell’ordinamento interno e quale sia il rapporto dell’anzidetto con il contributo biologico della gestazione e del parto (prevalente, partitario ovvero recessivo?). Ciò ha una rilevanza per rispondere al quesito di ricerca che muove la presente indagine (l’identificazione degli elementi/criteri alla base della maternità) e, in aggiunta, presenta un’utilità pratica nei casi in cui ci si trovi in presenza (conflittuale o meno) di due donne che “pretendono” di detenere il titolo della maternità sulla base del contributo biologico o genetico.⁴⁸⁵

⁴⁸³ Riferimento normativo della *regola iuris* è l’art. 269 c.c ed in particolare, il terzo comma di tale disposizione, secondo il quale: “La maternità è dimostrata provando l’identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre”. Per considerazioni intorno alla *regola iuris* del *mater semper certa est* e all’interpretazione che la dottrina maggioritaria dà dell’art. 269 c.c. v. *infra* cap. 2.

⁴⁸⁴ Cfr. S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2020, pp. 150-151.

⁴⁸⁵ Infatti, in altri ordinamenti, per esempio quello tedesco e belga, è proprio con l’avvio delle pratiche di pma eterologa e con l’introduzione della possibilità di donare i gameti che si è iniziato a porsi gli anzidetti interrogativi. In Germania, invero, il legislatore del 1998 ha introdotto per la prima volta nel codice civile del 1990 una definizione di madre (*Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrecht; Draft Bill of the German Parliament, Bundestags 13/4899*, pp. 51-52 e 82). Tale innovazione ha trovato giustificazione nella nuova possibilità, per l’ordinamento giuridico tedesco, di donazione di ovuli, fino a quel momento proibita cfr. sul punto H. Willekens “Motherhood as a Legal Institution: A Historical- Sociological Introduction”, in H. Willekens, K. Scheiwe, T. Richarz (eds.), *Motherhood and the Law*, Universitätsverlag Gottingen, 2019, p. 29

2.2.1 Il legame genetico nella filiazione naturale

La *regola iuris* del *mater semper certa est*, come è stato ampiamente visto, trova il proprio riferimento normativo nell'art. 269 c.c. concernente la dichiarazione giudiziale di maternità ed, in particolare, nel comma tre di detta disposizione, secondo cui “madre è colei che partorisce” (v. *infra* cap. 2). Si è visto, tuttavia, come la suddetta venga interpretata dalla dottrina prevalente come una disposizione che “enuncia in realtà una norma sull’oggetto della prova della filiazione (...) e non una norma sul criterio in ragione del quale è attribuito lo *status* di figlio”.⁴⁸⁶ L’art. 269 c.c. peraltro, presenta una sorta di dissociazione tra il comma due, che consente l’accertamento della filiazione “con ogni mezzo” ed il comma tre, che attiene all’accertamento della maternità attraverso il parto. In ogni caso, anche la Cassazione ha accolto la posizione della dottrina maggioritaria, secondo cui “si tratta di una norma riguardante la prova della maternità”.⁴⁸⁷ E’ proprio con riferimento ai mezzi istruttori utilizzati per l’accertamento giudiziale della maternità che possono essere svolte considerazioni interessanti circa il rapporto tra contributo biologico e genetico e rispetto al ruolo che il secondo assume nell’individuazione della figura materna.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ A. Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, op. cit., 430; nello stesso senso, G. Ferrando, “Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli *status filiationis*”, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 196; G. Recinto, “Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c’è ancora un po’ di spazio per i figli?”, in *www.dirittifondamentali.it*, 2015, 4; F. Prospero, “La gestazione nell’interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello *status filiationis*”, op. cit., cit.; V. G. Cattaneo, “Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione”, in *Tratt. Rescigno*, vol. 4, II ed., Torino, 1997, 21.

⁴⁸⁷ Cass. 19599/2016.

⁴⁸⁸ Sul tema cfr. A. Renda, *L’accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Giappichelli Editore, Torino, 2008; L. Balestra, “La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 4, 1223 ss.

Per quanto attiene l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 269 c.c.⁴⁸⁹, la totalità dei casi riguarda l'accertamento del legame materno in casi di parto in anonimato. In dette fattispecie la giurisprudenza ha ammesso in passato che “ la prova della maternità naturale può essere fornita dall'ospedale presso cui è avvenuto il parto”,⁴⁹⁰ nonostante ciò non mancano pronunce in cui l'unica prova ad essere stata espletata è rappresentata dall'esame cd. del DNA.

Si fa riferimento ad una pronuncia del Tribunale di Roma⁴⁹¹. Si tratta di un caso di esercizio dell'azione giudiziale *ex art. 269 c.c.*, in una vicenda in cui la madre biologica del ricorrente aveva dichiarato di non voler essere nominata nell'atto di nascita. L'uomo era stato affidato ai nonni materni ed aveva sempre vissuto con questi e con la propria genitrice biologica, considerata come una sorella maggiore. Alla morte di questa, il figlio decideva di domandare l'accertamento della filiazione materna (art. 269 c.c.) e citava, dunque, in giudizio il coniuge della madre biologica e un figlio di questa. Nel corso del giudizio i convenuti, i quali avevano vissuto nella convinzione che fossero gli ascendenti materni i genitori biologici dell'attore, non contestavano alla domanda e si sottoponevano spontaneamente agli esami genetici. Detta consulenza istruttoria, la quale confermava la compatibilità genetica tra le parti (ed in particolare tra i fratelli)

⁴⁸⁹ Secondo parte della dottrina, la prevalenza della prova della maternità attraverso il parto vale solo nei casi di filiazione da procreazione naturale. In dette fattispecie, tale modalità istruttoria consente di evitare il ricorso alla consulenza genetico-ematologica. Nei casi di procreazione assistita, invece, maggior valore dovrebbe essere accordato alla prova del dna cfr. S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2020, p. 154; A. G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022, pp. 162 e ss. Secondo quest'ultimo, stante la prevalenza della prova del dna tra i mezzi istruttori per provare il rapporto di filiazione (anche materno) basterebbe per la madre genetica (in caso di scissione tra maternità genetica e biologica) proporre un'azione *ex artt. 239 o 250 c.c.* (a seconda che la madre genetica sia o meno coniugata) e richiedere poi l'espletamento della consulenza genetico-ematologica. Tali considerazioni muovono dalla convinzione che vi siano tre diversi modelli di filiazione, che debbono essere trattate distintamente: quella biologica, adottiva e da pma, quest'ultima governata dalla regola del “consenso” cfr. sul punto S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2020, p. 78; M. Ghisleni, *op. cit.* Detta teoria è stata, in qualche misura, smentita dall'ultima pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione dello scorso 30 dicembre 2022, laddove si è affermato che: “Le Sezioni Unite hanno escluso che esista, nell'ordinamento italiano, un modello di genitorialità, diverso dall'adozione, alternativo a quello fondato sul legame biologico tra genitore e figlio” (p. 19).

⁴⁹⁰ Tribunale di Genova, 27 marzo 1998, in *Dir. fam.*, 1998, pp. 512 ss. In detta pronuncia, il tribunale aveva fatto riferimento al fatto che le risultanze della consulenza immunoematologica attestante il legame anche genetico fra madre e figlio fosse un plus per ammettere la sussistenza di un legame di filiazione. Innegabile, in ogni caso, che l'accento fosse posto sull'importanza di documentazione attestante il parto.

⁴⁹¹ Tribunale di Roma, 12 maggio 2017, in *DeJure*.

veniva ritenuta da sola sufficiente per la dichiarazione giudiziale della maternità. Più nel dettaglio, il tribunale precisava che “in difetto di elementi contrari ed in assenza di contestazione alcuna, avendo tutte le parti concordato sull'esito dell'indagine genetica espletata, deve ritenersi che tali indagini siano state eseguite con modalità tecniche adeguate e con appropriate competenze, per cui non vi è motivo alcuno per dubitare della loro affidabilità” .

A porre a fondamento dell'accertamento della relazione materna l'espletamento della consulenza genetica una pronuncia della Corte d'Appello di Lecce del 2017.⁴⁹² Nel caso di specie, il ricorrente conveniva in giudizio gli eredi della defunta madre biologica, al fine di veder accertato giudizialmente il rapporto di filiazione con la suddetta. La Corte d'Appello, in quell'occasione, condivideva l'impostazione del giudice di primo grado secondo cui le prove raccolte (consulenza immunogenetica, deposizioni di testi non legati da vincoli di parentela e/o affinità, verbale di testamento olografo) integravano plurimi indizi gravi, precisi e concordanti nell'unico senso che il legame di filiazione sussisteva.

Pone l'accento sulla primarietà della prova genetica ematologica anche nei casi di accertamento della filiazione materna una recente pronuncia della Corte di Cassazione⁴⁹³, la quale, in contrasto con quanto eccepito dai ricorrenti, i quali contestavano il tipo di prove raccolte nei giudizi di merito “difformi rispetto a quelli normativamente previsti, che richiederebbero di provare l'identità di colui che si assume essere figlio e di colui che è stato partorito dalla donna che si assume essere madre”, dichiarava quanto segue: “ Il principio della libertà di prova, sancito dal citato art. 269 c.c., comma 2 - e riferibile anche alla maternità naturale - non tollera surrettizie limitazioni, né mediante la fissazione di una sorta di gerarchia assiologica tra i mezzi di prova idonei a dimostrare la paternità o la maternità naturale, né, conseguentemente, mediante l'imposizione al giudice di merito di una sorta di "ordine cronologico" nella loro ammissione ed assunzione, a seconda del "tipo" di prova dedotta, avendo, per converso, tutti i mezzi di prova in materia pari valore per espressa disposizione di legge.

⁴⁹² Corte d'Appello di Lecce, 28 luglio 2017 in *DeJure*.

⁴⁹³ Corte di Cassazione, 30 gennaio 2020 n. 19824.

Ancora con riferimento ai procedimenti *ex art. 269 c.c.*, si segnala una pronuncia del 2015 del Tribunale di Milano.⁴⁹⁴ La pronuncia milanese riguardava, ancora una volta, un caso di esercizio dell'azione di dichiarazione giudiziale di maternità nei confronti di donna che aveva dichiarato di non voler essere nominata nell'atto di nascita. Nel dettaglio, la ricorrente deduceva che era stata riconosciuta alla nascita unicamente dal padre e che era stata concepita dalla relazione extraconiugale che quest'ultimo aveva intrattenuto con la madre biologica. Per quanto attiene ai mezzi istruttori offerti per accertare la sussistenza della filiazione materna, veniva prodotto l'atto integrale di nascita dell'attrice e la cartella clinica della madre biologica (ottenuta in fotocopia dal padre), dal quale emergeva la coincidenza tra la bambina partorita dalla convenuta (madre biologica) e la bambina denunciata all'anagrafe dal padre. All'esito del giudizio, tuttavia, detta documentazione non veniva ritenuta sufficiente, in quanto, in assenza di dati identificativi della minore nella cartella clinica⁴⁹⁵ della madre biologica, non si era stati in grado di identificarla proprio con la bambina riconosciuta dal padre nell'atto di nascita. Nonostante l'insufficienza della documentazione prodotta, inerente la nascita dell'attrice, non veniva disposta una consulenza genetico-ematologica per provare la sussistenza del legame di filiazione. Tuttavia, ciò è da valutare in virtù del fatto che, nel caso di specie, il diritto all'anonimato della madre biologica (ancora in vita) veniva considerato prevalente rispetto a quello della figlia di veder riconosciuto il rapporto di filiazione.⁴⁹⁶

Nell'ambito delle azioni di stato, ove l'art. 269 c.c. è collocato, considerazioni interessanti per il tema in esame possono essere ricavate anche dall'applicazione giurisprudenziale degli artt. 239 c.c. (reclamo dello stato di figlio), art. 250 c.c. (riconoscimento dello stato di figlio) e art. 263 c.c. (impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità)⁴⁹⁷.

Per quanto attiene il reclamo dello stato di figlio, si segnala una pronuncia di merito piuttosto interessante del Tribunale di Parma⁴⁹⁸, che riguardava un figlio nato in

⁴⁹⁴ Tribunale di Milano del 14 ottobre 2015 n. 11475 in *DeJure*.

⁴⁹⁵ Peraltro, veniva prodotta in giudizio copia dell'anzidetta cartella, la cui conformità all'originale e valore probatorio veniva contestato dalla convenuta ai sensi dell'art. 2719 c.c.

⁴⁹⁶ Si rinvia al prossimo paragrafo per una più attenta analisi della pronuncia.

⁴⁹⁷ Per queste si rinvia al successivo sottoparagrafo.

⁴⁹⁸ Tribunale di Parma, 17 ottobre 1998 in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, pp. 221 e ss.

costanza di matrimonio e registrato allo stato civile come nato da padre ignoto e madre che non consente di essere nominata⁴⁹⁹. Dopo poche settimane dal parto, la madre della minore dichiarava di voler far valere tutti i suoi diritti con riferimento alla bambina ed entrambi i genitori biologici si recavano dinnanzi all'Ufficiale di stato civile, al fine di procedere con il riconoscimento della stessa. Stante il rifiuto dell'USC di procedere in tal senso, in assenza di una sentenza autorizzativa dell'Autorità giudiziaria a formare un nuovo atto di nascita, veniva nominata una curatrice speciale per la minore, la quale nell'interesse della medesima, presentava azione di reclamo ai sensi degli artt. 239 e 249 c.c.⁵⁰⁰ Nel corso del giudizio, veniva prodotta documentazione riguardante la nascita della minore ed, in particolare, il certificato di assistenza al parto. Dette prove documentali venivano ritenute dall'Autorità giudiziaria sufficienti per provare la maternità, che, in un passaggio della pronuncia viene fatta coincidere con il parto. Si legge, infatti: “Ciò premesso e passando al merito, basterà osservare che, sulla base della inequivocabile prodotta documentazione, *sono stati provati non solo il parto, la maternità*”.

Come precedentemente accennato, dunque, l'impressione che si ricava dalle (poche) pronunce riguardanti l'accertamento del legame materno è che non vi sia una prassi unitaria con riferimento ai mezzi istruttori utilizzati, che consente di affermare una chiara prevalenza del dato biologico su quello genetico. Al contrario, soprattutto le pronunce più recenti sopra esaminate fanno intuire una tendenza a privilegiare, anche nella ricerca della maternità, il ricorso alla prova genetico-ematologica del DNA, che consente, effettivamente, “una dimostrazione senza apprezzabili margini di incertezza”.⁵⁰¹ L'orientamento della Corte di Cassazione sul punto pare, al momento, quello enunciato dalla pronuncia *supra* esaminata n. 19824/2020, la quale, sostanzialmente, equipara la maternità e la paternità con riferimento ai procedimenti di stato ed, in particolare, ai mezzi istruttori utilizzabili per l'accertamento del legame filiale. Si scongiura, dunque, una prevalenza delle prove inerenti la gestazione ed il parto, rispetto a quelle riferibili al legame genetico. Ciò non ha come conseguenza

⁴⁹⁹ Nella specie si trattava di una bambina, il cui gemello era morto, nata a sole venticinque settimane di gestazione in condizioni particolarmente critiche e con le alte probabilità di avere problematiche gravi da un punto di vista socio-sanitario (cecità, assenza di autonomia e scarse capacità relazionali).

⁵⁰⁰ Per la corretta qualificazione della domanda, da un punto di vista giuridico, presentata dalla curatrice speciale si rinvia alle considerazioni del tribunale nella sentenza in commento, pp. 224 e 225.

⁵⁰¹ Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2017, p. 430.

quella di poter affermare una crescente rilevanza del contributo genetico rispetto a quello biologico, ma, piuttosto, di ammettere una sostanziale parificazione delle modalità di ricerca della maternità e della paternità, la quale ha come effetto una maggiore centralità ed interesse alla derivazione genetica, quantomeno con riferimenti ai casi (maggioritari), in cui non vi è (o non pare vi sia)⁵⁰² dissociazione tra dato biologico e dato genetico.

2.2.2 Il legame genetico nella filiazione da PMA e surrogacy

Con riferimento al rapporto del dato genetico con quello biologico, un riferimento normativo più “recente”, seguendo una prospettiva storica, è certamente la legge 19 febbraio 2004, n. 40, che disciplina l’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

In particolare, alcuni elementi sono forniti dalla lettura combinata dell'articolo 12 della legge 40 con l'articolo 9 comma 3, della stessa legge, che afferma che il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato, né in termini di diritti, né in termini di obblighi.⁵⁰³ In generale, il rilievo imprescindibile del parto (e la chiara prevalenza del contributo biologico su quello genetico) nell’ambito della legge 40 per l'attribuzione della maternità resta comprovato dall’ammissibilità della fecondazione eterologa (a partire dal 2014), in quanto si è ritenuta non indispensabile la coincidenza tra verità genetica e verità biologico-sociale nell’esperienza della maternità; nonché dal permanere del divieto di maternità surrogata ai sensi dell’art. 12, comma sei, l. 40.⁵⁰⁴

⁵⁰² Potrebbero esserci casi in cui la dissociazione non viene dichiarata. Si pensi a possibili casi in cui una coppia eterosessuale dopo aver fatto ricorso ad una pratica di maternità surrogazione, chieda l’accertamento della filiazione *ex latere matris*. Nel caso in cui la madre intenzionale fosse anche madre genetica e il mezzo istruttorio utilizzato in giudizio fosse unicamente l’esame del DNA potrebbe non emergere l’anzidetta divergenza fra dato biologico e dato genetico.

⁵⁰³ Ci si soffermerà sul tema dell’anonimato dei donatori e donatrici di gameti nell’ordinamento interno nel paragrafo che segue.

⁵⁰⁴ Così A. Renda, *L'accertamento della maternità*, op. cit., p. 162.

Merita un riferimento particolare, poi, l’art. 9 comma due della legge sulle tecniche di PMA. Tale disposizione, invero, prevede un divieto per la “madre”, che da un’interpretazione sistematica della legge può essere solo quella di parto, che ha fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di rimanere anonima ossia di avvalersi della facoltà, di cui si è sopra ampiamente detto, prevista dall’art. 30 del D.P.R. 396/2000. La *ratio* dell’art. 9, comma due, è, in un certo senso, quella di garantire *ex antea* al

Detto in altri termini, la circostanza per cui la PMA eterologa sia ammissibile è indice del fatto che l'assenza di una discendenza genetica può soccombere dinnanzi alla volontà di divenire genitori, pur nell'impossibilità di fornire i propri gameti. Stesso ragionamento non può dirsi per la "verità biologica" della gestazione, che non può mancare per l'ordinamento interno, stante il divieto ancora vigente di ricorrere alla *surrogacy*. Tra i beni che si intendono tutelare con il divieto di maternità surrogata vi è, infatti, la dignità della gestante, ma anche dell'interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito durante il periodo della gestazione.⁵⁰⁵

Con specifico riferimento alla *surrogacy*, come *supra* accennato, la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione è stata, soprattutto negli ultimi anni, copiosa ed univoca nel confermare la qualificazione di detto divieto

nato dall'applicazione di tecniche di PMA lo *status* di figlio della donna che lo ha partorito, in conformità all'assunzione di responsabilità verso il nascituro, "insita nel consenso manifestato dagli aspiranti genitori all'accesso alle tecniche di PMA, ai sensi dell'art. 6 della legge" (v. *infra* cap. 2) sul punto cfr. F. Santasuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Giuffrè Editore, 2004, pp. 127 e ss. In prospettiva critica su tale previsione cfr. G. Ferrando, "La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche", in *Il Corriere giuridico*, 2004, p. 816. Secondo l'a.: "[...] francamente non si comprende la ragione per cui non possa avvalersene la donna che ha generato un figlio con l'aiuto delle tecniche". Cfr. anche S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, op. cit., pp. 30-31. Oltre alla *ratio* sopra illustrata. Stefania Stefanelli individua anche "lo scopo di evitare, per il tramite del divieto di anonimato, forme di maternità surrogata in spregio al divieto risultante dalla sanzione ex art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, che potrebbero essere realizzate qualora il padre riconosca il nato da partoriente anonima, per poi consentire all'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. B) l. adozione, domandata da sua moglie" (S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2021, p. 31).

L'art. 12, comma sei, della legge 40/2004, relativo al divieto di ricorso alla maternità surrogata, è stato considerato disposizione di ordine pubblico avente una funzione essenziale di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti dalla nota pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 12193 del 2019 e dalla recentissima pronuncia del 30 dicembre 2022 n. 38162. In generale, l'intera legge 40 del 2004 è una di quelle leggi costituzionalmente necessarie, attuativa di principi fondamentali della nostra Costituzione, rientranti nella nozione di ordine pubblico (Cass., S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.; Cass., S.U. 31 marzo 2021, n. 9006, in N.g.c.c., 2021, 797, con nota di L. Tormen, *Via libera alla trascrizione dell'adozione per le coppie omoaffettive*; Corte Cost., 28 gennaio 2005, n. 45, in Foro it., 2005, I, 629, ha ritenuto la l. n. 40/2004 la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore... che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa». Si tratta, dunque, di normativa «costituzionalmente necessaria», che rende inammissibile la richiesta di sottoporre a referendum abrogativo l'intera l. n. 40/2004). Le questioni da essa affrontate «toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore» (Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347).

⁵⁰⁵ Come nuovamente ribadito dall'ultima pronuncia delle S.U. del 30 dicembre 2022 n. 38162.

come “di ordine pubblico”.⁵⁰⁶ Da ultimo, la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 38162/2022, la quale costituisce unicamente l’ultima tappa del più ampio *iter* rappresentato dalle precedenti pronunce,⁵⁰⁷ ha confermato come la maternità per surrogazione costituisca una fattispecie “del tutto peculiare rispetto alle ordinarie procedure di fecondazione artificiale, omologa o eterologa, postulando la collaborazione di una donna estranea alla coppia, che presta il proprio corpo per condurre a termine una gravidanza e partorire un bambino non per sé ma per un’altra persona” (p. 42). Come si evince già solo da detto passaggio, è la dignità della donna gestante ed il significato ultimo della gestazione nella definizione della maternità a costituire uno dei punti

⁵⁰⁶ Sul concetto di ordine pubblico C. Tripodina “C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)”, in E. Olivito, S. Niccolai (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene Editore, 2017, p. 119; F. Salerno, La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2018, 285; Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono tornate, ancora una volta e confermando la precedente giurisprudenza di legittimità, sul concetto di ordine pubblico affermando quanto segue: “La compatibilità con l’ordine pubblico, ai sensi dell’art. 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218 del 1995, deve essere valutata non solo alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui detti principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e dell’interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente, dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell’ordinamento in un determinato momento storico”; “La sentenza straniera deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell’apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, innervano l’ordinamento costituzionale. Costituzioni e tradizioni giuridiche, con le loro diversità, costituiscono un limite ancora vivo, privato di venature egoistiche, che davano loro “fiato corto”, ma reso più complesso dall’intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca” (Cass. S.U. n. 38162/2022 pp. 40 e ss.).

⁵⁰⁷ In particolare, Cass.24001/2014 (prima pronuncia di legittimità avente specificatamente ad oggetto un caso di maternità surrogata); Cass. S.U., 8 maggio 2019 n. 12193, in *Corr. giur.*, 2019, 1198 ss. con nota di D. Giunghedi, “Maternità surrogata tra ordine pubblico, *favor veritatis* e dignità della maternità”; C. Cost. 33/2021; C. Cost. 79/2022 (che pur avendo al centro diverse questioni hanno colto l’occasione per ribadire la natura di ordine pubblico del divieto di maternità per surrogazione. In particolare nel suo ultimo intervento la Consulta “ha ribadito con fermezza la condanna della maternità surrogata e la necessità di bilanciare l’interesse del minore «alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall’ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore». Ha quindi condiviso il diniego delle Sezioni unite in ordine alla trascrivibilità dei provvedimenti giudiziari stranieri e, *a fortiori*, dell’originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il c.d. padre d’intenzione, ritenendo che l’interesse del minore ad ottenere il riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia, che lo abbiano accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale, debba realizzarsi senza automatismi, «attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, ...sia pure ex post e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice» in ordine all’esistenza e al valore di tale relazione” A. Morace Pinelli “Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all’esame delle Sezioni Unite”, in *Giustizia Insieme*, 10 maggio 2022).

principali che accomunano la giurisprudenza di legittimità e che giustificano la qualificazione del divieto di maternità surrogata come di ordine pubblico. Le Sezioni Unite, infatti, non si esimono dal definire “madre” la donna gestante, pur nell’ambito di una maternità per surrogazione,⁵⁰⁸ senza cogliere le proposte di criteri individuate dalla prima sezione civile rimettente⁵⁰⁹. Diversamente, in nessuna delle pronunce sopracitate e neppure, da ultimo, nell’ordinanza delle S.U. vi è un riconoscimento di detta qualifica a colei che ha fornito il gamete.

In ogni caso, il ricorso alla *surrogacy* e alle tecniche di PMA di tipo eterologo porta, necessariamente, alla disgiunzione tra il dato biologico, genetico ed intenzionale con riferimento alla maternità. Si è visto, tuttavia come, nel caso della PMA eterologa, quando l’elemento genetico non è supportato dall’elemento intenzionale il primo non assuma alcuna rilevanza. E’ necessario comprendere come, invece, cambi il rapporto tra dato biologico e genetico nel caso in cui la madre genetica abbia anche l’intenzione di assumere lo *status* di madre. Si tratta principalmente, ma non solo, dei casi di genitorialità omosessuale femminile. Come si è visto, l’accesso alle tecniche di PMA è precluso alle coppie dello stesso sesso dall’art. 5 della legge 40/2004, che detta i requisiti di carattere soggettivo per il ricorso alla procreazione assistita. Tuttavia, la giurisprudenza di merito e di legittimità si sono confrontate con svariate azioni dirette ad ottenere il riconoscimento della doppia maternità.

Rispetto al tema in esame, è recentemente intervenuta la Corte di Cassazione⁵¹⁰, la quale ha negato il riconoscimento del minore da parte della madre non partoriente,

⁵⁰⁸ “L’operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra *madre* e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto , riducendo la prima a mero servizio gestazionale ed il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna” (p. 42).

⁵⁰⁹ Cass., I Sez. civ., ord., 29 aprile 2020 n. 8325, in *giudicedonna.it*, 2/2020, con nota di M. Bianca, “Il revirement della Cassazione dopo la decisione delle Sezioni Unite. Conflitto o dialogo con la Corte di Strasburgo? Alcune notazioni sul diritto vivente delle azioni di stato”. Questi i criteri individuati dalla Corte: adesione libera consapevole e non determinata da necessità economiche da parte della donna alla gestazione; revocabilità del consenso alla rinuncia all’instaurazione del rapporto di filiazione sino alla nascita del bambino; necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori intenzionali; valutazione in concreto degli effetti dell’eventuale diniego del riconoscimento sugli interessi in conflitto. Tra i criteri proposti dal giudice rimettente per la possibilità di riconoscere ab origine la genitorialità di entrambi i genitori d’intenzione in una *surrogacy* vi è pure la sussistenza di un legame genetico con almeno uno di essi. Detta proposta non è stata presa in considerazione dalle S.U.

⁵¹⁰ Corte di Cassazione ord. del 16 febbraio 2022 n. 6383.

che pur aveva un legame genetico con il minore. La vicenda riguardava una coppia *same sex* femminile, che aveva fatto ricorso all'estero ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo; una delle due donne aveva fornito l'ovulo, l'altra aveva portato a termine la gravidanza e partorito. A riguardo, uno dei motivi di ricorso delle due donne consisteva proprio nel fatto che il giudice di merito " avrebbe violato la L. n. 40 del 2004 nel pretendere che le relative norme (artt. 6, 8 e 9) possano trovare applicazione – ed effetto nei riguardi del nato – solo laddove siano rispettati i requisiti soggettivi e oggettivi di accesso alla p.m.a., anche in caso di sussistenza di un legame genetico tra la madre cd. intenzionale (che per l'appunto ha prestato il consenso) e la madre partoriente. E poiché le violazioni attengono all'identità personale del nato, esse si risolverebbero anche in violazioni del diritto fondamentale presidiato costituzionalmente (art. 2 Cost.), compromettendo il superiore interesse del minore qualificato dal fascio di diritti che si lega alla filiazione". Tuttavia, la circostanza che a fondamento della domanda di rettificazione sia stata posta l'esistenza di un legame genetico tra il nato e la donna sentimentalmente legata a colei che ha sostenuto il parto, siccome donatrice dell'ovocita, non è stata espressamente valutata dalla Corte sufficiente ad ammettere il riconoscimento da parte della donna non partoriente e a formare l'atto di nascita attestante la doppia maternità. Ciò in quanto "non è in grado di incidere sull'essenziale rilievo secondo cui la legge nazionale si contiene nel senso che una sola è la persona che può essere menzionata come madre in un atto di nascita". Scelte in senso difforme, sostengono i giudici di legittimità, richiedono un necessario intervento del legislatore.⁵¹¹

Con riferimento, invece, ad una ipotesi di compresenza e conflitto dell'elemento biologico con quello genetico, hanno indagato il rapporto tra gli stessi nella maternità le pronunce che si sono espresse sul noto caso di scambio di embrioni avvenuto presso l'Ospedale Pertini di Roma⁵¹², di cui si è già trattato nel secondo capitolo.

⁵¹¹ Il richiamo, qui, è alle pronunce della Corte Costituzionale nn. 32 e 33 del 2021.

⁵¹² Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014, in *Diritto e Giustizia. Il quotidiano di informazione giuridica*, 1 settembre 2014; ordinanza del 22 aprile 2015 in [https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Tribunale-di-Roma-sent.-10-maggio-2016-scambio-bio-embrioni-al-Pertini-ed-impossibilita-di-dichiarare-la-genitorialita-genetica](https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Tribunale-di-Roma-Caso-Pertini-rigettato-il-secondo-ricorso#:~:text=22%20aprile%202015,all'Ospedale%20Pertini%20di%20Roma.&text=Il%20ricorrente%20conveniva%20in%20giudizio,azione%20di%20disconoscimento%20di%20paternit%C3%A0,sentenza del 10 maggio 2016 in <a href=). Cfr. I. Corti, "Due gemelle e quattro genitori interrogano il diritto. (Riflessioni in merito all'erroneo scambio di embrioni:

Come visto, il caso ha origine alla fine del 2013, quando due coppie (sposate) si rivolgevano ad una clinica specializzata, al fine di intraprendere un percorso di fecondazione di tipo omologo. Tuttavia, in seguito di un casuale errore dei sanitari, gli embrioni formati in vitro con il materiale genetico delle coppie venivano scambiati ed impiantati in maniera invertita. Ad aggravare la situazione, mentre in un caso l'impianto dell'embrione dava luogo a una regolare gravidanza, da cui, in data 3 agosto 2014, nascevano due gemelli, l'altra coppia non riusciva a portare a termine il progetto genitoriale. Accertato l'avvenuto scambio di embrioni, la prima coppia decideva comunque di concludere la gravidanza e di assumersi la responsabilità dei nati. Analogamente, la seconda coppia, facendo leva sul legame genetico, rivendicava la titolarità in capo ad essi dello *status* genitoriale.

Da qui l'esigenza di stabilire chi dovessero considerarsi la madre ed il padre dei gemelli. Per quanto riguarda lo *status* materno si trattava di capire se attribuire maggiore rilevanza al contributo biologico (dato dalla gestazione e dal parto) o a quello genetico (gamete). Rispetto al padre, invece, se l'elemento genetico potesse far venire meno i meccanismi di attribuzione di paternità sussistenti nell'ordinamento interno, che, per le coppie sposate, prevedono che padre sia il marito della madre (art. 231 c.c.). Nella pronuncia più eclatante tra quelle che hanno avuto ad oggetto l'anzidetta vicenda (Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014) il giudice romano ha accordato una netta prevalenza del dato biologico su quello genetico, alla luce del diritto vigente (pur riconoscendo l'atipicità della vicenda). Tra i principi dell'ordinamento che hanno legittimato la scelta rileva innanzitutto quello scaturito dall'art. 269, comma tre, c.c., che attribuisce la maternità a colei che partorisce.⁵¹³ Diversamente, il CNB – Comitato Nazionale di Bioetica⁵¹⁴, anch'esso intervenuto sulla vicenda non si è espresso a favore di una o dell'altra coppia, ma si è limitato a formulare alcune considerazioni.⁵¹⁵

ordinanza del Tribunale di Roma 8 agosto 2014), in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2016, p.135; A. Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte a nuove realtà*, Il Mulino, 2018, pp. 180 e ss.

⁵¹³ Per più approfondite considerazioni sulla vicenda ed in particolare sulle argomentazioni dell'Autorità giudiziaria v. *infra* cap. 2.

⁵¹⁴ Cfr. il parere, sollecitato dalla Regione Lazio, Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni, 11 luglio 2014, in <http://www.governo.it/bioetica/pareri.html>.

⁵¹⁵ Per quanto attiene la madre biologica, il CNB ha posto il *focus* sull'inscindibile legame che si crea tra madre e nascituro durante i mesi della gestazione: "Tra la madre gestante e il nascituro si determinano e si

Per quanto concerne la madre genetica, il Comitato si è espresso nei seguenti termini: “Nella fattispecie un primo argomento a favore della genitorialità genetica è dato dal fatto che i gameti non sono stati donati” per una procreazione altrui, ma sono stati prelevati (in modo anche, come noto, oneroso per la salute della donna) con la precisa intenzione (informata e consensuale) di realizzare mediante le tecnologie il desiderio di avere figli biologicamente propri. In questo senso anche dal punto di vista della causalità, sopra richiamata, la coppia ha svolto un ruolo fondamentale destinando i propri gameti alla procreazione: in totale analogia con quanto detto per chi porta a nascita il bambino, chi ha messo a disposizione i propri gameti ne ha determinato direttamente l’esistenza, visto che senza quegli embrioni non si sarebbe sviluppata la gravidanza. Non possono poi essere ignorati anche i traumi a cui va incontro la madre genetica: il non avere ricevuto l’impianto dei propri embrioni a causa di un “evento avverso”, il sapere di avere figli geneticamente propri, di cui non ha potuto vivere la gestazione, costruire un legame affettivo e sociale pur conoscendone l’identità, e di contro vederli crescere in un’altra famiglia. In via generale, soprattutto nell’ambito del dibattito sulla surroga materna, a favore della madre genetica è diffusa la tesi che il legame tra la maternità e il parto sia, in virtù delle tecniche di procreazione assistita, maggiormente scindibile e che, nell’ipotesi di madre gestante, la figura della madre genetica possa assumere - secondo alcuni - i contorni di una “paternità femminile”, non ritenendo la gestazione - per quanto rilevante - l’elemento decisivo per la costruzione del legame genitoriale. Come avviene nel caso della paternità, l’assenza di gravidanza non comporta la diminuzione dell’intensità affettiva nei confronti del nato. Una volta venuta meno la identificazione tra il concepimento (avvenuto con il proprio ovocita), la gestazione e il parto, ne consegue che, soprattutto dal punto di vista medico, la madre dovrebbe essere considerata quella genetica, in quanto trasmette, nel momento della fusione dei gameti, il proprio patrimonio genetico. Circostanza questa sempre più rilevante anche sotto l’aspetto medico. È possibile, poi, chiedersi se non possa essere vissuta emotivamente in modo intenso anche dalla madre genetica l’altrui gravidanza con ovocita proprio. Qualora anche la madre gestante continui a essere presente dopo la nascita del figlio in occasione delle prime cure di cui necessita, al fine di proteggere gli interessi primari del bambino, il legame di gestazione può essere gradualmente affrancato e sostituito da altri atti tradizionali di cura da parte dei genitori genetici:

consolidano, nel corso della gravidanza, innegabili legami di ordine biologico” (CNB, “Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni”, cit., p. 7).

nutrire, proteggere ed educare il bambino (Parere CNB pp. 7 e 8). I punti evidenziati dal CNB sono stati, dunque: :l'aver determinato la madre genetica per prima l'evento nascita attraverso il contributo genetico, il possibile trauma per la donna, le motivazioni medico sanitarie date dalla discendenza genetica, il parallelo con la paternità. Rispetto a tale ultima questione, è interessante come il Comitato, richiamando l'esperienza della paternità e la possibilità di instaurare un legame affettivo e di filiazione anche in assenza di gestazione, “cancelli” di fatto quest'ultima.

Infine, con riferimento alla rapporto di filiazione in seguito a ricorso a tecniche di maternità per surrogazione, si fa riferimento a due pronunce rinvenute in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità relative a vicende in cui le parti avevano fatto ricorso all'anzidetta pratica.

Si segnala, in particolare, un decreto del Tribunale per i minorenni di Milano del 27 luglio 2012.⁵¹⁶ La vicenda concerneva una bambina la cui madre legale, che l'aveva riconosciuta, affermava di aver fatto ricorso ad una procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, con donazione di gamete, in Indonesia. La donna, tuttavia, dichiarava di non essere in grado di produrre adeguata documentazione attestante il parto “avendo subito negli ultimi anni delle verifiche da parte della Guardia di Finanza ed avendo subito due aggressioni”.⁵¹⁷ Il tribunale, al fine di accertare la veridicità e autenticità del riconoscimento e nel dubbio che si trattasse di un celato caso di maternità surrogata, aveva provveduto a nominare un curatore speciale alla minore. Nel corso dell'istruttoria, si era ritenuto di non dover procedere con l'espletamento dell'esame genetico ematologico, in quanto, sulla base delle dichiarazioni della donna stessa, il gamete aveva provenienza di una donatrice. Tuttavia, ciò non veniva ritenuto ostativo dal tribunale, ai fini dell'ammissione della veridicità del riconoscimento *ex latere matris*. Al contrario, assumeva rilevanza il fatto che la presunta madre biologica non fosse “nelle condizioni di indicare la struttura ospedaliera ed il medico che l'aveva seguita, “trattandosi di evento eccezionale che qualsiasi madre mantiene ben impressa nella propria memoria”⁵¹⁸ e che, in generale, mancasse totalmente la documentazione inerente la nascita della bambina.

⁵¹⁶ Trib. min Milano, dec. 27 luglio 2012, in *Dir. fam.*, 2, 2013, pp. 542 ss.

⁵¹⁷ Trib. min Milano, dec. 27 luglio 2012, in *Dir. fam.*, 2, 2013, p. 546. Detta motivazione veniva poi ritenuta dal tribunale inverosimile.

⁵¹⁸ Trib. min Milano, dec. 27 luglio 2012, in *Dir. fam.*, 2, 2013, p. 548.

Ancora con riferimento ad un procedimento scaturito dall'esercizio dell'azione ex art. 263 c.c. da un curatore speciale nominato dal tribunale, per presunto ricorso a pratiche vietate di *surrogacy* (coppia eterosessuale), il Tribunale di Roma⁵¹⁹ procedeva con l'espletamento dell'esame genetico-ematologico, per l'esclusione di un rapporto di filiazione dal lato materno. In detto caso, peraltro, l'assenza di un legame biologico era dato incontestato, per successiva ammissione della coppia di aver fatto ricorso ad una maternità per surrogazione.

Considerati, dunque, i provvedimenti romani attinenti al noto "caso Pertini"⁵²⁰, l'ultima pronuncia della Corte di Cassazione n. 6383/2022, la quale, espressamente nega che vi possa essere un *favor* da accordare alla sussistenza di un legame genetico nei casi di richiesta di riconoscimento di una doppia maternità negli atti di nascita⁵²¹, la giurisprudenza di legittimità e della Consulta sopra vista inerente la pratica della maternità surrogata portano a ritenere che, in caso di dissociazione tra il dato biologico e quello genetico, quest'ultimo sia considerato privo di rilevanza nella maternità.⁵²² Si è escluso che la madre genetica possa avere un titolo da ritenersi superiore rispetto a quello della madre biologica, in quanto "è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno".⁵²³ Con riferimento a tale tema, vi è anche chi ha avanzato proposte con riferimento ai casi in cui il dato biologico non sia affiancato da quello intenzionale. Secondo taluno, infatti, solo ed esclusivamente nelle fattispecie in cui il dato biologico non sia affiancato da quello intenzionale vi potrebbe essere il riconoscimento di un titolo alla madre genetica, in quanto "non può negarsi rilevanza giuridica dato che essa partecipa alla procreazione contribuendo a formare il patrimonio genetico del nuovo

⁵¹⁹ Tribunale di Roma, 11 febbraio 2020 n. 2991 in *DeJure*.

⁵²⁰ Conflitto tra dato biologico e dato genetico.

⁵²¹ Compresenza del dato biologico con il dato genetico.

⁵²² Che rappresenta una delle ipotesi della dissociazione di cui si parla.

⁵²³ In questo senso, C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2017, pp. 445 ss. Così l'a.: "La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto". Nel senso della prevalenza della madre uterina si esprimeva Alberto Trabucchi, "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", in *Riv. dir. civ.*, I, 1986, pp. 501 ss, il quale, con riferimento al tema dell'attribuzione della maternità nella pratica di maternità surrogata afferma la primazia della madre biologica su quella genetica "non per negare valore all'elemento primo della nuova vita, ma per una necessaria valutazione comparativa, fatta dall'ordine giuridico nel presupposto che a ciascuno una madre soltanto può venire riconosciuta. [...] La volontà della donna che affida il suo ovulo ad altra donna non è sufficiente per una pretesa giuridica della prestazione concordata".

essere”⁵²⁴. Tale teoria non annulla dunque *in toto* qualsiasi rilevanza alla discendenza genetica nella maternità, ma, per riprendere quanto affermato nell’introduzione, sottolinea la necessità che l’anzidetto elemento sia affiancato dall’intenzione e che, parallelamente, questa risulti mancante in capo alla donna titolare del dato biologico. Secondo questa concezione, dunque, la madre genetica ed intenzionale prevarrebbe dinnanzi ad una madre solo sociale o solo biologica. Sulla base di tale ipotesi, tuttavia, si arriverebbe ad una prevalenza della madre genetica e sociale dinnanzi alla madre surrogata, che intenda rinunciare al proprio titolo di madre. Ciò va, tuttavia, in contrasto con quanto recentemente affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, *in primis*, non hanno colto il suggerimento offerto dalla sezioni rimettente, che ipotizza, tra gli altri, il *discrimen* della scelta consapevole della gestante ed, *in secundis*, ha ribadito la necessità di tutelare la dignità della stessa, a prescindere dalla sua volontà di aderire ad una pratica di *surrogacy*, alla luce di una concezione di carattere oggettivo del principio di dignità.⁵²⁵

⁵²⁴ C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2017, pp. 445 ss. Secondo l’a. “Se si esclude che la madre genetica possa interrompere il rapporto instaurato dal figlio con la madre uterina, non vi è ragione per escludere che possa far valere il suo legame biologico quando la madre uterina abbia rifiutato la sua maternità. In tal caso deve ritenersi che la madre genetica possa efficacemente riconoscere il figlio. La madre genetica deve poter far valere il suo titolo anche nell’ipotesi di successivo abbandono del minore. Al riguardo può osservarsi che la preferenza normativa per l’adozione non esclude il tentativo di recupero del rapporto col genitore biologico come più rispondente all’interesse del minore”.

⁵²⁵ Da ultimo, vi è anche chi ha affermato la sostanziale parità del contributo genetico e di quello biologico nella maternità cfr. L. Lenti, “La costituzione del rapporto filiale e l’interesse del minore”, in *Juscivile*, 1, 2019, pp. 15 e ss; L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Giappichelli, 2021, p. 193; P. Zatti, *Maschere del diritto*, Giuffrè, 2009, p. 212; A. G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022, pp. 160 ss e anche chi, ancora nell’ambito della *surrogacy*, ha ipotizzato una prevalenza del dato genetico su quello biologico, nel caso in cui il primo sia accompagnato dall’intenzione Così Stefanelli: “Posto che la maternità può provarsi con qualsiasi mezzo, ai sensi dell’art. 269 c.c., il figlio ha interesse a costituire lo stato nei confronti di colei che, oltre ad aver assunto la consapevole decisione di metterlo al mondo ricorrendo alla gestazione per altri, è anche sua madre biologica, giovandosi della prova del DNA” S. Stefanelli, “Accertamento della maternità nella gestazione per altri”, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, pp. 17 ss; T. Auletta, “Fecondazione artificiale: problemi e prospettive”, in *Quadrimestre*, 1986, p. 57 ritiene di poter affermare la maternità della titolare del patrimonio genetico quando la partoriente rifiuti l’accertamento nei propri confronti, evidenziando la peculiare «partecipazione spirituale e biologica» che si realizza in questa peculiare forma di gestazione per altri. Osserva, in particolare, P. Zatti, “Maternità e surrogazione”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2000, p. 198 : “Perché una madre surrogata (gestante e partoriente ma non madre genetica) dovrebbe poter strappare il bambino alla madre genetica? Per la forza dell’immagine archetipa della gestazione e del parto. È questa immagine più forte di quella, altrettanto archetipa, della discendenza, del riconoscersi sangue del sangue? Non è forse vero che in antropologia il senso della parentela viene riconosciuto nella somiglianza? E non è il concepire parte e anzi fonte del generare?”.

3. Il contributo intenzionale vs. il contributo genetico

Con riferimento al rapporto tra l'elemento dell'intenzione e l'elemento genetico, c'è da interrogarsi se, ed in che misura, la sussistenza di una derivazione genetica sia recessiva rispetto alla volontà di divenire madre, anche al fine di comprendere se può essere ipotizzata una sorta di scala gerarchica tra i dati biologico, volontaristico e genetico.

Dal punto di vista del dato normativo, non si rinvengono dei riferimenti specifici, così come si è visto per il dato biologico (art. 269 c.c., *in primis* e legge 40/2004 in second'ordine) ed intenzionale (in primis l. adoz.). Tuttavia, volgendo uno sguardo complessivo all'ordinamento, possono essere formulati taluni ragionamenti.

Infatti, potrebbe rappresentare un argomento a favore della maggiore considerazione accordata all'elemento della volontà di divenire madre (in entrambe le eccezioni delineate nel capitolo che precede), rispetto all'elemento della mera derivazione genetica il fatto che, se da una parte è rinvenibile nell'ordinamento una fattispecie di filiazione fondata unicamente sul dato intenzionale (si fa riferimento all'adozione), dall'altra non si rinvengono analoghe ipotesi normative di maternità meramente fondata sull'elemento genetico.⁵²⁶

Al contrario, la sussistenza del mero *link* genetico, non supportato da altro dato (biologico e/o intenzionale) non costituisce alcun legame giuridicamente riconosciuto. Quanto detto si basa sul principio, vigente nell'ordinamento interno, dell'anonimato dei donatori e delle donatrice, i quali non acquisiscono “alcuna relazione giuridica parentale con il nato” (art. 9 comma tre legge 40/2004) e che non possono far valere nei suoi confronti alcun diritto, né essere titolari di alcun obbligo. Ciò ha assunto particolare rilievo successivamente alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 162 del 2014, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di ricorso alla PMA con

⁵²⁶ Si ritiene di dover precisare che detto ragionamento è applicabile solo maternità, in quanto, come sopra visto, per quanto attiene alla paternità, la stessa è primariamente individuata sulla base della sussistenza di un legame genetico con il figlio.

dono di gameti contenuto nella legge 40 del 2004. A detta pronuncia della Consulta non ha fatto seguito alcun intervento del Legislatore. La materia non risulta, quindi, dotata di una specifica disciplina di rango primario, limitandosi a due interventi amministrativi. Si tratta, da un lato, del Decreto del 2015 contenente le nuove Linee Guida sulla PMA e, dall'altro, del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri circa "definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza (LEA)"⁵²⁷ firmato il 18 marzo 2017. Le nuove Linee Guida del 2015 riconoscono anch'esse l'anonimato quale principio regolatore della PMA con dono di gameti, principio derogabile solo ed esclusivamente nel caso in cui sorgano esigenze di tutela della salute del nato da PMA.⁵²⁸

Considerazioni interessanti, con riferimento al rapporto tra dato genetico ed intenzionale, possono essere tratte da alcune pronunce sul parto anonimo e, soprattutto, sulla trascrizione e formazione degli atti di nascita nell'ambito di coppie omogenitoriali femminili.

Con riferimento al primo ambito, interessante pare, in particolare, una pronuncia del Tribunale di Milano del 2015⁵²⁹ ed una più recente sentenza di legittimità del 2020.⁵³⁰ Entrambe le pronunce hanno ad oggetto la richiesta di accertamento giudiziale della maternità, ai sensi dell'art. 269 c.c. Se nel caso milanese, tuttavia, si trattava di madre biologica ancora in vita, nella vicenda giunta dinnanzi alla Cassazione la suddetta era premorta alla figlia.

Entrambe le vicende, in ogni caso, non attenevano propriamente al diritto del figlio/figlia alla conoscenza delle proprie origini, in quanto, in tutte e due le vicende, l'identità della madre era nota. Nel caso oggetto della pronuncia milanese, infatti, la figlia, concepita nell'ambito di una relazione extraconiugale che il padre aveva avuto con la madre biologica, era stata riconosciuta alla nascita solo dal suddetto; ciò

⁵²⁷ Di cui all'articolo 1 c. 7 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502.

⁵²⁸ Cfr. T. Penna, "Nati da dono di gameti: il diritto di accesso alle origini tra *Cross Border Reproductive Care*, pluralismo giuridico e genetica", in *BioLaw Journal*, 1, 2021. Per riferimenti comparati circa varie modalità di riconoscimento del legame tra donatore/donatrice di gameti e minore cfr. A. Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Il Mulino, 2018, pp. 133 ss.

⁵²⁹ Tribunale di Milano 14 ottobre 2015, n. 11475.

⁵³⁰ Cass. civ., sez. I, 22 settembre 2020, n. 19824, con nota di A. Mendola, "Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato materno", in *Famiglia e Diritto*, 2, 2021.

nonostante, l'identità della madre le era nota. Nella vicenda oggetto della pronuncia della Cassazione, invece, seppur la partoriente aveva dichiarato di non voler essere nominata nell'atto di nascita, la scelta era stata implicitamente, e nei fatti, revocata dalla stessa, in quanto la donna aveva iniziato a prendersi cura della figlia. La volontà delle ricorrenti nelle due fattispecie in commento, dunque, era piuttosto l'accertamento giudiziale del legame di filiazione e l'ottenimento del riconoscimento in capo al presunto genitore biologico di tutti i doveri e gli obblighi che conseguirebbero al riconoscimento di un rapporto di filiazione riconosciuto. Si tratta proprio del riconoscimento di quella "genitorialità giuridica" che la stessa Corte Costituzionale del 2013⁵³¹ ha comunque ritenuto legittimamente impedito dalla "scelta per l'anonimato", sottolineando che il diritto al segreto produce "effetti inevitabilmente stabilizzati *pro futuro*".

I due provvedimenti, seppur con esiti diversi,⁵³² si caratterizzano per aver chiamato l'attenzione sull'impossibilità di accertare giudizialmente la maternità in caso di parto anonimo (per lo meno nelle ipotesi in cui la madre biologica sia ancora in vita). In altre parole, si è ritenuto che il quadro normativo di riferimento per l'istituto del parto anonimo⁵³³, come anche risultante dalle pronunce della Corte Costituzionale e dalla Corte EDU,⁵³⁴ osti anche alla proposizione e all'accoglimento della domanda di dichiarazione giudiziale di maternità ai sensi dell'art. 269 c.c., che avrebbe l'effetto di costituire lo *status* giuridico di genitorialità e di determinare l'insorgenza delle relative responsabilità, a fronte della perdurante volontà della madre di non essere nominata e di mantenere il proprio segreto nei confronti del figlio dato alla luce.

Afferma, invero, la Cassazione che: "Ad avviso di questa Collegio, nel bilanciamento dei valori di rango costituzionale che si impone all'interprete, al cospetto del diritto al riconoscimento dello *status* di filiazione, quello della madre a mantenere l'anonimato al momento del parto si ponga comunque in posizione preminente.

⁵³¹ Corte Cost. sent. 278/2013.

⁵³² Nel caso milanese la maternità veniva accertata, mentre nella vicenda oggetto della pronuncia di Cassazione il ricorso degli eredi della madre biologica veniva rigettato e la maternità accertata. Come detto, la differenza tra le due pronunce è che solo nella fattispecie oggetto della pronuncia di merito la madre biologica era ancora in vita.

⁵³³ Come si è più ampiamente visto nel capitolo secondo, si ricorda che il diritto della madre a mantenere l'anonimato al momento del parto trova il proprio riconoscimento in una pluralità di norme. Ed in particolare: il D.P.R. 3 novembre 2000, art. 30 comma 1; il d.lgs. n. 196 del 2003 art. 93 comma 1 (codice in materia di dati personali); L. 4 maggio 1983 n. 184 art. 28, comma 7.

⁵³⁴ Rispettivamente, la sentenza n. 278 del 2013 e la pronuncia *Godelli c. Italia* del 25 settembre 2012).

Quest'ultimo diritto, infatti, come sopra già evidenziato, è finalizzato a tutelare i beni supremi della salute e della vita, oltre che del nascituro, della madre, la quale potrebbe essere indotta a scelte di natura diversa, fonte di possibile forte rischio per entrambi, ove, nel momento di estrema fragilità che caratterizza il parto, la donna che opta per l'anonimato avesse solo il dubbio di poter essere esposta, in seguito, ad un'azione di accertamento giudiziale della maternità”.

Il minimo comune denominatore dei provvedimenti in commento, dunque, è che entrambi affermano che, ai fini di garantire ampia tutela alla donna che compie la difficile scelta di non riconoscere il nato, il diritto all'anonimato non può essere in alcun modo sacrificato o compresso per tutta la durata della vita della madre. Tale regola può essere, al limite, derogata (consentendo quindi l'esercizio dell'accertamento giudiziale della maternità) solo ove fosse stata proprio la madre, come è accaduto nel caso che forma oggetto del provvedimento di legittimità, con la propria inequivocabile condotta, ad aver manifestato la volontà di revocare nei fatti la scelta, a suo tempo presa, di rinuncia alla genitorialità giuridica. Tuttavia, ribadisce la Cassazione: “Al di fuori del caso limite sopra enunciato, la tutela del diritto all'anonimato della madre, per tutta la durata della vita della stessa, deve essere, come detto, massima. A diverse conclusioni si deve, invece, addivenire con riferimento al periodo successivo alla morte della madre, in relazione al quale il diritto all'anonimato in oggetto è suscettibile di essere compresso, o indebolito, in considerazione della necessità di fornire piena tutela - a questo punto - al diritto all'accertamento dello status di filiazione”.

Guardando, dunque, al rapporto tra elemento intenzionale (nel caso del parto anonimo vi è una dichiarazione *a-contrario* di non voler divenire madre) e quello genetico, è certamente il primo a prevalere se si afferma l'impossibilità di accertare giudizialmente la maternità, pur nella certezza di chi sia la madre biologica e genetica.

Come si diceva, inoltre, considerazioni interessanti, con riferimento al tema in esame, possono essere anche ricavate dalla giurisprudenza in materia di trascrizione e formazione degli atti di nascita nell'ambito della genitorialità omosessuale femminile.

Come già ampiamente detto in precedenza, l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e alla maternità per surrogazione è precluso alle

coppie dello stesso sesso dall'art. 5 della legge 40 del 2004. Tuttavia, la giurisprudenza di merito e di legittimità si sono confrontate con svariate azioni dirette ad ottenere il riconoscimento della doppia maternità. Nell'ambito del tema che si sta trattando, dunque, si tratta di capire se la sussistenza di un legame genetico tra il nato e la madre non di parto ha rappresentato (e rappresenta) un *quid pluris* per la trascrizione ovvero per la formazione degli atti di nascita in cui compare la doppia maternità o se, al contrario, l'attenzione è unicamente focalizzata sul legame intenzionale e, ovviamente, biologico.

Rispetto alla trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, come è stato detto, l'orientamento è ormai pacificamente consolidato nel senso di ammettere la possibilità di trascrivere atti di nascita formati all'estero in cui compare la doppia maternità. La Corte di Cassazione si è pronunciata per la prima volta sul tema con la sentenza 30 settembre 2016, n. 19599. Nella vicenda che ha portato a detta decisione, il legame genetico con la donna non partoriente sussisteva, in quanto la stessa, oltre a condividere il progetto genitoriale con la propria partner, aveva fornita alla stessa il proprio ovulo, dando vita ad una cosiddetta R.O.P.A. (Ricezione di ovociti dalla partner).

La sentenza in commento, nel confermare la pronuncia di merito impugnata⁵³⁵ e, dunque, nell'ammettere la trascrizione dell'atto di nascita formato in Spagna⁵³⁶, ha conferito indubbiamente rilievo alla sussistenza di un legame genetico che il minore nato aveva con la madre non partoriente.⁵³⁷ Quest'ultima, infatti, fin dalle prime pagine

⁵³⁵ Corte d'Appello di Torino 29 ottobre 2014, in *Articolo29*. Si trattava di certificato di nascita che identificava le madri come partoriente e genetica, alla cui trascrizione l'ufficiale di stato civile aveva opposto l'eccezione di ordine pubblico, confermata dal Tribunale di Torino e successivamente riformata dal giudice di secondo grado.

⁵³⁶ La pronuncia in commento è divenuta nota e di rilievo per la materia in esame anche per la specificazione del concetto di ordine pubblico, che, seppur non rappresenta specifico oggetto di interesse in questo paragrafo, si richiama: "Il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, l'atto di nascita), i cui effetti si richiede di riconoscere in Italia, a norma degli artt. 16, 64 e 65 della legge n. 218 del 1995 e dpr 396 del 2000, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta Costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo".

⁵³⁷ Diversamente, la pronuncia di merito impugnata incentrava le proprie argomentazioni sugli interessi del minore a mantenere il proprio legame affettivo instaurato con la madre genetica e, soprattutto, lo *status filiationis* acquisito all'estero. Non vi era, dunque, traccia nella provvedimento della Corte di

della pronuncia e, dunque, ancor prima di accertare se la costituzione di un legame filiale con la stessa fosse o meno contrario all'ordine pubblico, veniva definita “madre genetica” dai giudici di legittimità.⁵³⁸ Ma non solo. La Cassazione affermava: “ L'atto di nascita straniero da cui risulti la nascita di un figlio da *due madri (per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito)*, non contrasta, di per sé con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla legge 40 del 2004, la quale rappresenta uno delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, praticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate” .⁵³⁹ Nel principio di diritto appena enunciato si legge, tra le righe, che l'attribuzione della maternità alla donna non di parto veniva giustificata dalla Corte di Cassazione sulla base della sussistenza di un legame genetico con il nato.

Della rilevanza conferita dalla Corte di legittimità alla sussistenza di un legame genetico si trova riscontro in diversi passaggi della pronuncia in commento. In generale, i giudici di Cassazione ribadiscono chiaramente che il caso oggetto della vicenda si caratterizza per il fatto che la donna debba essere considerata madre, in quanto “non si è limitata a dare il consenso all'inseminazione da parte di un donatore di gamete maschile, ma ha donato il proprio che è servito per la fecondazione ed ha consentito la nascita”.⁵⁴⁰ Inoltre, la Corte di Cassazione coglie l'occasione per sottolineare l'importanza del legame genetico sotto il profilo dell'identità personale, nella quale sono compresi il diritto di accettare la propria discendenza, il diritto della adottato di conoscere le proprie origini e il diritto del nato di vivere ed essere allevato nella famiglia di origine. Ed ancora, i giudici di legittimità richiamano la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che riconosce un favore per il riconoscimento degli atti di nascita stranieri formati all'estero, in conformità alla *lex Loci*, quantomeno quando vi sia un legame genetico tra l'aspirante genitore e il nato, a prescindere dalla tecnica procreativa utilizzata.

Appello di Torino di un *favor* dalla stessa accordato alla sussistenza di un legame genetico tra la donna e il lato.

⁵³⁸ “Tuttavia, sebbene l'atto di nascita di (nel quale egli risulta essere figlio di due donne) sia valido per il diritto spagnolo, ai fini del riconoscimento in Italia del suo principale effetto, che è la costituzione di un rapporto di filiazione in Italia con la (donatrice di gameti e, quindi, madre genetica) è necessario verificare se quell'atto sia contrario all'ordine pubblico” (Cass. n. 19599/2016 p. 18).

⁵³⁹ Cass. 19599/2016 p. 38.

⁵⁴⁰ Cass. 19599/2016 p. 39.

Ciò detto, analogamente a quanto fatto dal giudice di merito che aveva emesso la sentenza impugnata, la Corte di Cassazione richiama pur l'importanza per il minore di mantenere lo *status filiationis* validamente acquisito all'estero ed il legame affettivo instaurato con la madre genetica. Infatti, sono due i parametri da tutelare rispetto al figlio, l'uno attinente alla conservazione della consolidata affettività, l'altro alla componente genetica dell'identità personale.⁵⁴¹ In ogni caso, non si può affermare con certezza che, per lo meno in quella specifica occasione, l'assenza di un legame genetico con la donna non partoriente avrebbe portato ad un risultato analogo.

L'anno successivo la Corte di Cassazione si è pronunciata su di una vicenda sostanzialmente analoga. In questo caso entrambe le madri erano italiane e lavoravano all'estero, il bambino era nato nel Regno Unito, e benché una delle due non avesse alcun legame biologico, né genetico con il bambino, nell'atto di nascita erano state indicate entrambe come madri.⁵⁴² La fattispecie oggetto del giudizio, dunque, si distingueva da quella decisa in sede di legittimità l'anno antecedente, in quanto difettava il legame genetico tra il nato e la madre non partoriente. Nonostante ciò, l'esito a cui giungeva la Cassazione nel 2017 è stato pressoché identico al precedente del 2016. Infatti, i giudici di legittimità nell'ammettere la possibilità di trascrivere un atto di nascita formato all'estero, in cui compare la doppia maternità hanno richiamato le ampie argomentazioni formulate nella pronuncia n. 19599, in punto di concetto di ordine pubblico e, soprattutto, focalizzandosi sulla posizione e sull'interesse del minore, ha richiamato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha richiamato l'interesse del bambino, da valutarsi in concreto, nonché il suo diritto al riconoscimento e alla continuità delle relazioni affettive, anche in assenza di vincoli biologici ed adottivi con gli adulti di riferimento, all'interno del nucleo familiare. Ed ancora, ha affermato la Corte "l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico non può utilizzarsi in modo automatico senza prendere in considerazione l'interesse del minore e la relazione genitoriale indipendentemente dal legame genetico".⁵⁴³

⁵⁴¹ Cfr. S. Stefanelli, *Procreazione Medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2021, p. 39.

⁵⁴² Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017 n. 14878.

⁵⁴³ Cass. 14878/2017 p. 20 e 21.

Come si può notare, le argomentazioni della Corte di Cassazione nella pronuncia del 2017, molto meno articolata rispetto alla precedente, giungono alla medesima conclusione di quest'ultima pur in assenza di un *link* genetico e identificando il centro di interesse nella necessità di tutelare le relazioni affettive instaurate e lo *status* familiare consolidato.

Nello stesso senso si è espressa più di recente la Cassazione con sentenza numero 2331 del 2021 che, confermando la decisione della Corte d'appello di Bari, ha definitivamente respinto l'impugnazione da parte della Procura della Repubblica della trascrizione dell'atto di nascita straniero con due madri effettuata dall'ufficiale di stato civile.⁵⁴⁴ Come nella fattispecie del 2017, anche in detto ultimo caso non sussisteva il legame genetico tra il nato e la *partner* della madre biologica. La sentenza del 2021 è interessante, in quanto afferma a chiare lettere l'orientamento di legittimità circa la possibilità di trascrivere atti di nascita formati all'estero in cui compare la doppia maternità⁵⁴⁵ e, inoltre, chiarisce le argomentazioni della Corte a sostegno di tale posizione. A nulla rileva la sussistenza o meno di un legame genetico con la madre non di parto. Ribadisce, infatti, la Cassazione che il principio fondamentale, nella materia in esame, è costituito dalla prevalenza dell'interesse del minore, riconosciuto e tutelato sia nell'ordinamento internazionale che in quello interno, il quale si sostanzia, nella specie, nel diritto a conservare lo *status* di figlio, risultante da un atto validamente formato in un altro paese. Il rifiuto di riconoscere il rapporto di filiazione si pone in contrasto, secondo i giudici di legittimità, con il predetto interesse, incidendo negativamente sulla definizione dell'identità personale del minore, al quale viene impedito di intrattenere relazioni personali con entrambi i genitori, al pari degli altri bambini.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ Cfr. S. Lollini, "Il riconoscimento della genitorialità omosessuale: un percorso lungo e tortuoso", in M. Pellissero, A. Vercellone (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Giappichelli, 2022, p. 95 ss.

⁵⁴⁵ "Come è noto, la questione riguardante l'ammissibilità della trascrizione nei registri dello stato civile di un atto di nascita validamente formato all'estero dal quale risulti che innato, concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, e figlio di due persone dello stesso sesso, è stata già ripetutamente affrontata da questa Corte, la quale la risolse in senso positivo, avendo ritenuto irrilevanti, incontrario, le limitazioni imposte dalla legge numero 40 del 2004 all'utilizzazione delle predette tecniche punto tale principio è stato originariamente enunciato in riferimento ad una fattispecie non interamente assimilabile alla fecondazione assistita di tipo eterologo, in quanto caratterizzata dalla sussistenza di un legame biologico tra rinato ed entrambe le genitrici (Cass. 19599/2016); esso è stato in seguito esteso anche ad un'ipotesi di vera e propria fecondazione eterologa, nella quale una delle genitrici aperte a parentesi cosiddetta madre intenzionale chiusa parentesi si era limitata a prestare il proprio consenso alla procreazione medicalmente assistita, senza fornire alcun apporto, neppure di tipo genetico (Cass. 14878/2017)" Cass. 23319/2021 p. 11.

⁵⁴⁶ Cass. 23319/2021 p. 12.

Tale orientamento di legittimità, condiviso dai giudici di merito⁵⁴⁷, è ormai ritenuto pacifico. Parimenti, non costituisce oggetto di diatribe il fatto che la trascrizione di atti di nascita con due madri è praticabile, a prescindere dalla sussistenza o meno di un legame genetico.

Come già visto, analogo discorso non può essere compiuto per la formazione degli atti di nascita in Italia attestanti la doppia maternità. Negli ultimi anni, infatti, la giurisprudenza di legittimità ha, soprattutto con le pronunce nn. 7668 e 8029 del 2020, chiaramente affermato l'impossibilità di procedere in tal senso per i minori nati in Italia. Entrambe le sentenze, peraltro, sono intervenute dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 221 del 2019, che ha ritenuto legittimo il divieto di accesso alla PMA per le coppie dello stesso sesso, in ragione della funzione esclusivamente terapeutica della legge n. 40 del 2004.

Quello che, però, rileva per il tema oggetto del presente paragrafo è che, essenzialmente, la giurisprudenza di merito, ha, in alcune occasioni, proceduto alla formazione di atti di nascita a prescindere dalla sussistenza o meno di un legame genetico tra la donna non partoriente e il nato. Interessante per i fini che ci si prefigge è comprendere se, nelle poche pronunce che hanno ammesso la formazione di atti di nascita attestati la doppia maternità in casi di R.O.P.A., detenga o meno un rilievo la sussistenza di un legame genetico ovvero se preminente importanza venga attribuita ad altri aspetti.⁵⁴⁸

Tra le pronunce in cui i giudici di merito hanno ammesso la formazione, in casi di R.O.P.A., si segnala un decreto del Tribunale di Rimini del 25 gennaio 2020.⁵⁴⁹ Il provvedimento pare interessante per il tema in oggetto, in quanto, nelle argomentazioni del giudice di merito, non solo non viene conferita grande rilevanza alla sussistenza

⁵⁴⁷ Corte d'appello di Perugia, decreto del 7 agosto 2018, in *Articolo29* (si trattava di un caso di R.O.P.A., tuttavia, nella argomentazioni del giudice di seconde cure non è attribuita alcuna rilevanza alla sussistenza del legame genetico); Tribunale di Perugia, decreto del 9 febbraio 2018, in *Articolo29* (assenza di legame genetico); Tribunale di Pescara decreto 7 febbraio 2018, in *Articolo29*, Tribunale Napoli decreto 6 dicembre 2016, in *Articolo29*.

⁵⁴⁸ In particolare, al diritto relazionale del minore, al rispetto della sua identità personale e alla compartecipazione della madre non biologica alla pianificazione del progetto procreativo.

⁵⁴⁹ Tribunale di Rimini, dec. 25 gennaio 2020, in *Articolo29*.

della derivazione genetica, ma, al contrario, la stessa viene totalmente ignorata. Invero, nell'ammettere la formazione dell'atto di nascita, il Tribunale di Rimini richiama gli artt. 6, 8 e 9 della legge 40/2004 e la "teoria del consenso" all'accesso alle tecniche di PMA. Afferma il giudice, infatti, che l'articolo 8 della legge 40 del 2004, equiparando lo stato giuridico dei figli nati da PMA a quello dei figli del matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che abbia manifestato la volontà di ricorrere alle perdette tecniche, ai sensi dell'articolo 6 "prevede per i casi di filiazione con ricorso alla procreazione medica assistita sia omologa che eterologa un criterio di attribuzione dello *status* di figlio totalmente indipendente dal dato genetico e basato sul consenso prestato da entrambi i genitori al momento del ricorso alla tecnica in parola. Come si evince univocamente del tenore letterario del quinto comma dell'articolo 6, si fatto consenso costituisce una vera e propria assunzione di responsabilità genitoriale, in seguito alla quale si instaura lo stato di figlio". Ed ancora: "Si può dunque concludere che nel nostro ordinamento, accanto alla genitorialità naturale adottiva da adozione piena, e riconosciuta quella da procreazione medicalmente assistita, che può prescindere del tutto dal legame genetico tra figlio e genitore, essendo possibile che sia il diabete maschile che l'ovulo femminile siano estranei alla coppia richiedente. in questo caso la verità su cui si basa la genitorialità non è quella biologica ma quella data la consapevolezza della coppia richiedente di assumere consapevolmente tale ruolo".⁵⁵⁰ Come si evince facilmente dai passaggi della pronuncia appena riportati, quindi, non solo il fatto che la madre genetica avesse contribuito con il proprio gamete non ha assunto alcun rilievo, ma, detta circostanza viene completamente rimossa dal giudice di merito, il quale ha argomentato come se si trovasse dinnanzi ad una madre "solo" intenzionale.

Un'altra pronuncia di merito di interesse è della Corte d'Appello di Trento del 16 gennaio 2020.⁵⁵¹ La fattispecie oggetto del provvedimento si presentava pressoché identica a quella sopra esaminata (si trattava di un caso di R.O.P.A.), così come le argomentazioni fornite dal giudice di merito. Questo, invero, nell'ignorare totalmente la sussistenza, nel caso concreto, di un legame genetico, focalizzava la propria motivazione sui punti già sopra richiamati: l'insussistenza nell'ordinamento di un

⁵⁵⁰ Tribunale di Rimini, dec. 25 gennaio 2020, in *Articolo29*, pp. 3 ss. Viene poi evidenziato il rischio di discriminazione tra minori nati all'estero (per la cui trascrizione non vi sono particolari remore) e minori nati in Italia.

⁵⁵¹ Corte d'appello di Trento, decreto del 16 gennaio 2020, in *Articolo29*.

modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico tra il genitore ed il nato e la parallela sussistenza di tre modelli di filiazione, ciascuno dei quali regolati da una propria regolamentazione (filiazione naturale, adottiva e da pma), l'applicazione per la filiazione da pma della "disciplina del consenso" ai sensi degli artt. 6, 8 e 9 della legge 40 del 2004. Si legge nella pronuncia trentina, con riferimento alle categorie biologico-genetica, adottiva e da pma: "Solo la prima è fondata sul dato biologico-genetico, mentre nelle altre due, definite come forme di genitorialità sociale gli affettiva, prevale l'aspetto volontaristico".⁵⁵² Come si può notare già solo da tale breve passaggio, il dato genetico viene rimosso in toto, facendo intuire una piena irrilevanza dello stesso per la maternità.

Fattispecie pressoché identica è quella oggetto di un provvedimento della Corte d'Appello del 2018, la quale, così come negli altri casi sopra esaminati, ammette la formazione di un atto di nascita attestante la doppia maternità, incentrando le proprie argomentazioni sul dato intenzionale e non genetico.

Da ultimo, considerazioni interessanti per il tema in esame possono essere svolte con riferimento ad un recente provvedimento del Tribunale di Bari⁵⁵³, emesso a seguito della presentazione di un ricorso ai sensi dell'art. 95 del D.P.R. n. 396/2000 da parte del Pubblico Ministero su istanza dei nonni della minore per la cancellazione del nominativo della madre intenzionale dalla trascrizione effettuata nei registri dello stato civile di Bari dell'atto di nascita formato negli Stati Uniti. La vicenda concerneva una coppia di donne che aveva fatto ricorso ad una pratica di surrogazione, nell'ambito della quale una delle due *partners* aveva fornito il proprio gamete. In quel caso, i giudici baresi, nel rigettare la richiesta dei ricorrenti, fa intuire l'irrilevanza della sussistenza di un *link* genetico, ma, soprattutto, la non primarietà dello stesso dell'elemento intenzionale.⁵⁵⁴

Da quanto visto, dunque, non pare che possa ritenersi che la sussistenza di un legame genetico nella maternità assuma un rilievo per la giurisprudenza sia di merito

⁵⁵² App. Trento, dec. 16 gennaio 2020, in *Articolo29*, p. 14.

⁵⁵³ Tribunale di Bari, decreto del 20 luglio 2022, depositato il 7 settembre 2022, in *Articolo29*.

⁵⁵⁴ "Nel caso qui in esame, nessuna delle due donne ha un legame biologico con la minore, considerato che la MM2 è genitore genetico, non avendo partorito la minore ma avendole trasmesso il suo patrimonio genetico (l'art. 269 c.c. prevede che è madre chi ha partorito)".

che di legittimità. Con riferimento, anzi, al rapporto con il dato intenzionale, si sottolinea come questo venga pacificamente più considerato ed assume un ruolo centrale nelle argomentazioni delle Corti, che intendo riconoscere la sussistenza di un legame di filiazione con la madre non partoriente.

Detta impostazione trova riscontro nell'orientamento della Corte Edu, soprattutto con riferimento ai casi di maternità per surrogazione. Infatti, diversamente a quanto accade per la paternità⁵⁵⁵, in riferimento alla quale la sussistenza di un legame genetico è fortemente considerata⁵⁵⁶, non pare che per i giudici di Strasburgo rilevi che vi sia o meno un legame genetico tra la madre intenzionale ed il nato, in seguito al ricorso ad una *surrogacy*. Ciò è stato confermato nella pronuncia *D c. Francia* del 2020.⁵⁵⁷

La vicenda riguardava una coppia eterosessuale francese, la quale aveva fatto ricorso a maternità surrogata in Ucraina. Entrambi i genitori d'intenzione avevano un legame genetico con il nato. Tuttavia, rientrati nel proprio Paese, veniva richiesto alla madre intenzionale di procedere con l'adozione, per il riconoscimento formale del legame con il minore; le veniva, dunque, negata la possibilità di un riconoscimento *ab origine* della relazione. Detta richiesta non veniva ritenuta dalla Corte di Strasburgo contraria al diritto al rispetto della vita privata del minore e neppure contrastante con quanto sancito dal parere consultivo della *Grande Chambre* nel 2019, con riferimento al caso *Menesson*.⁵⁵⁸ Considerando, dunque, il ruolo dirimente che ha avuto la sussistenza di un legame genetico in capo al madre intenzionale nei casi di *surrogacy* arrivati dinanzi alla Corte, si può affermare che il suddetto “giochi” un ruolo pienamente differente per quanto concerne la maternità.⁵⁵⁹

⁵⁵⁵ Si vedano i diversi esiti a cui è giunta la Corte nei casi *Menesson c. Francia e Paradiso* e *Campanelli c. Italia*, come *supra* visto.

⁵⁵⁶ Cfr. A. Nicolussi, “Paradigmi della filiazione”, in U. Salanitro (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo*, Pacini Giuridica, 2020, pp. 275 ss.

⁵⁵⁷ *D v. France*, 11288/18, 16 luglio 2020.

⁵⁵⁸ Si fa riferimento al parere del 10 aprile 2019. Per un commento cfr. A. Margaria, “Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What is “New”? The ECtHR First Advisory Opinion”, in *Medical Law Review*, 2, 2020, 423.

⁵⁵⁹ E' di questo avviso A. Margaria, “Genetics and the construction of parenthood. The ECtHR Jurisprudence on Transnational Surrogacy”, in N. Dethloff, K. Kaesling, *Between Sexuality, Gender and Reproduction on the pluralisation of family forms*, *Intersentia*, 2023, pp. 203 ss.

4. Riflessioni conclusive

Al termine dell'analisi del ruolo della dato genetico nella maternità, si ritiene di poter affermare che, allo stato, non possa affermarsi che il suddetto abbia un ruolo determinante nell'individuazione della figura materna.

Infatti, è pacifico che il dato genetico, *ex se* considerato, non assuma alcun rilievo sulla base del dato normativo ed, in particolare, di quanto disposto dall'art. 9 della legge 40/2004.

Esaminato, invece, congiuntamente al dato biologico ed intenzionale si può osservare quanto segue. Con riferimento al dato biologico, riflessioni interessanti sono emerse dall'esame della giurisprudenza sulle azioni di stato, rispetto alle ipotesi di coincidenza degli elementi biologico e genetico. Dato il crescente ricorso alle prove genetico ematologico anche per l'accertamento del legame di filiazione *ex latere matris*, invero, in dette ipotesi il legame genetico assume una propria "visibilità" .

A differenti conclusioni si perviene nelle fattispecie di dissociazione dei due elementi. Si tratta, certamente, di una minoranza di ipotesi; tuttavia, le stesse, attraverso la diretta comparazione dei contributi, consentono di definire con chiarezza i termini della questione. Sul punto, si ritiene particolarmente dirimente quanto affermato dalla Cassazione con la pronuncia n. 6383/2022, in quanto i giudici di legittimità hanno, per la prima volta, ed espressamente, negato una rilevanza al contributo genetico nei casi di sussistenza dello stesso con quello biologico con riferimento alla maternità, con ciò ribadendo la propria posizione circa la perdurante supremazia del dato della gestazione e del parto. Analoghe conclusioni si traggono dalla giurisprudenza della Consulta e di legittimità degli ultimi anni, *supra* analizzate, le quali confermano, anche affrontando questioni collaterali, le proprie posizioni fortemente contrarie alla pratica di surrogazione. Nelle varie tappe che compongono l'*iter* culminato nell'ultima pronuncia delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2022, non si rinviene alcuna traccia di interesse per la donatrice di gameti o, quantomeno, ad approcci differenziati in caso di sussistenza di un legame genetico.

Quanto appena affermato risulta coerente con l'orientamento assunto dalla Corte Europea dei Diritti Umani, in tema di maternità per surrogazione. Come è stato ampiamente visto, infatti, se per quanto concerne la paternità, la sussistenza di un legame genetico con il padre intenzionale rappresenta una sorta di *discrimen* per ammettere o meno la violazione dell'art. 8 Cedu, analogo approccio non viene fatto proprio dai giudici di Strasburgo rispetto alla maternità nei rari casi in cui la madre intenzionale abbia anche fornito il proprio gamete alla gestante.

In generale, dunque, la diversità di considerazione del dato genetico nell'esperienza della maternità e della paternità si spiega unicamente con la volontà di continuare a considerare maggior valore al dato biologico, seguendo un approccio di genere ed aderendo alle teorie della differenza sessuale, che, come ampiamente visto, conferiscono grande rilievo al ruolo del materno.

Sulla base di quanto approfondito, neppure se preso in considerazione con l'elemento intenzionale il dato genetico assume una sua autonoma rilevanza nell'individuazione della figura materna. Invero, nei casi di compresenza dei due elementi, identificabili prevalentemente nelle ipotesi di genitorialità omosessuale femminile, l'intenzione di divenire madre "assorbe" la sussistenza dell'elemento genetico oscurandolo nelle argomentazioni della giurisprudenza. Estrema rilevanza viene, infatti, conferita al tema del "consenso" come dichiarazione di volontà e all'esistenza di un progetto procreativo, da una parte, e alla necessità di tutelare il diritto relazionale del minore e la continuità dello *status* spesso già acquisito, dall'altra. Non vi è più traccia, dunque, di quel tentativo posto in essere dalla Cassazione nella pronuncia n. 19599 del 2016 di porre in evidenza l'importanza del legame genetico sotto il profilo dell'identità personale e del *quid pluris* rappresentato dal suddetto nelle fattispecie di genitorialità omosessuale.

Allo stato, dunque, sulla base del dato normativo e giurisprudenziale, non si ritiene che possano trovare accoglimento le posizioni, richiamate nel corso della trattazione, di chi ritiene sostanzialmente paritaria la posizione della madre biologica e di quella genetica. E neppure può essere condivisa l'argomentazione di chi ritiene la disparità nella considerazione del dato genetico nella maternità e nella paternità come

lesiva del principio costituzionale di uguaglianza. Invero, si ritiene che l'utilizzo indiscriminato ed acritico del concetto di parità sia, all'opposto, lesivo del ruolo femminile nella procreazione e della pacifica asimmetria che nella stessa i due sessi detengono. Richiamando le posizioni del femminismo giuridico e della differenza sessuale in tema di maternità surrogata, infatti, la neutralità è considerata uno strumento che non conserva la differenza del femminile rispetto al maschile, "rigettare l'uguaglianza antidiscriminatoria significa, al contrario, mirare allo smascheramento del misconoscimento del diverso peso maschile femminile nella riproduzione, che sottende un racconto pacificato della maternità surrogata".⁵⁶⁰ Le teorie alla base del femminismo della differenza o, comunque, l'idea della differenza sessuale nella procreazione giustifica, peraltro, la diversità di trattazione della genitorialità omosessuale femminile da quella maschile (si pensi per esempio alla trascrizione degli atti di nascita formati all'estero in cui compare la doppia maternità/paternità), con netto sfavore di quest'ultima. Nelle coppie omosessuali maschili, infatti, il "materno" nella sua dimensione biologica è, per l'appunto, assente e, inoltre, vi è necessariamente il ricorso alla pratica della maternità per surrogazione, che, di fatto, "cancella il materno".

⁵⁶⁰ E. Olivito, "Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata e (mistificata) della legge nazionale", in E. Olivito, S. Niccolai (a cura di) *Maternità filiazione e genitorialità*, Jovene, 2017; così anche A. Condello, "Sesso/sessualità/riproduzione", in A. Simeone, I. Boiano, A. Condello (a cura di) *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Mondadori, 2018, pp. 39 cc.

Conclusioni

L'analisi condotta ha certamente restituito la complessità e, parimenti, la rilevanza ed attualità del tema indagato. Come qualcuno ha già affermato, l'impressione che si ha avuto, fin dal principio della ricerca, è che lo studio dei criteri per l'attribuzione della maternità “non avesse una storia”⁵⁶¹, in quanto la regola eterna ed universale è, ed è sempre stata, quella del *mater semper certa est*, di cui si è a lungo dibattuto nel corso della trattazione.

Nel contempo, tuttavia, fin dall'avvio dei lavori si è ammesso come oggi non si possa più parlare in termini singolari di *madre* e , nello specifico, si è partiti dalla considerazione, ormai evidente, che il parto non può più essere considerato fonte unica dell'esistenza di una relazione giuridica materna.⁵⁶² La frammentazione del concetto di *maternità*⁵⁶³ è ormai un dato di realtà, che non si è in alcun momento posto in discussione.⁵⁶⁴ Come si è ampiamente visto, le progressive evoluzioni scientifiche, soprattutto nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, hanno contribuito a ridisegnare le questioni sollevate in riferimento alla scissione delle nozioni di maternità, un tempo considerate pacifiche.

⁵⁶¹ H. Willekens, “*Motherhood as a Legal Institution: A Historical - Sociological Introduction*”, in H. Willekens, K. Scheiw, T. Richarz, E. Schumann (ed.) *Motherhood and the Law*, Universitätsverlag Gottingen, 2019.

⁵⁶² In questo senso già J. Long, “Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità”, in E. Olivito, S. Nicolai (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene Editore, 2017, pp. 145 ss.; J. Long, “(Ri)pensare la maternità?”, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di) *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Studi di Genere. Convegni, vol. 5, 2019, pp. 135 ss.

⁵⁶³ “A dispetto dell'antico brocardo, *mater semper certa est*, non è più semplice stabilire, anche sotto il profilo giuridico, chi sia la madre o meglio la madre si sdoppia o si triplica” S. Fariello, “In-differenza sessuale e maternità surrogata”, in D. De Sanctis, S. Fariello, I. Strazzeri, *Sociologia della maternità*, Mimesis Eterotopie, 2020, p. 185; “[...] il desiderio di dar vita alla vita trova nell'alleanza con la tecnica nuove speranze, nuove illusioni di onnipotenza: rompe gli argini, cerca il suo oggetto fuori da ogni schema, fino a rimettere in questione il paradigma genitoriale tradizionale, a partire da quello che appariva il suo nucleo inespugnabile, la figura materna. Luogo unico di antiche certezze, la maternità si frantuma in pezzi diversi: genetica, gestazionale, sociale” M. Gensabella Furnari, *Il corpo della madre. Per una bioetica della maternità*, Rubettino, 2018, pp. 9-10.

⁵⁶⁴ “*In contrast with family law's simplistic definition of motherhood, motherhoods are actually practised and experienced in a multiplicity of modes. Different persons may actually assume comparable or different roles as mothers vis-à-vis the same child. This gives rise to the fragmentation of motherhood*” così F. Swennen, “*Motherhoods and the Law*”, in H. Willekens, K. Scheiw, T. Richarz, E. Schumann (ed.) *Motherhood and the Law*, Universitätsverlag Gottingen, 2019, p. 103.

Per tale ragione, si è ritenuto di esaminare individualmente i criteri che potrebbero essere posti alla base della identificazione della figura materna, al fine di comprendere se potesse esserci uno (o più) di questi in una posizione di prevalenza rispetto agli altri. In particolare, si è proceduto con un'attenta analisi del dato biologico della gestazione e del parto, del dato genetico, dato dall'aver fornito il proprio gamete, e di quello della volontà di essere madre.

Partendo dal fondo, con riferimento al dato genetico, si ritiene di poter affermare che, allo stato, non possa affermarsi che il suddetto abbia un ruolo determinante nell'individuazione della figura materna. A conferma di tale valutazione, si richiama l'attenzione sui diversi elementi che sono stati richiamati nel corso del capitolo quarto. In particolare, si ritiene particolarmente dirimente quanto affermato dalla Cassazione con la pronuncia n. 6383/2022, in quanto, in quell'occasione, i giudici di legittimità hanno, per la prima volta, ed espressamente, negato una rilevanza al contributo genetico nei casi di sussistenza dello stesso con quello biologico, con riferimento alla maternità, con ciò ribadendo la propria posizione circa la perdurante supremazia del dato della gestazione e del parto. In altre parole, nell'ambito di un'operazione di confronto tra i due anzidetti contributi si è, a chiare lettere, escluso una qualsivoglia forma di rilevanza dell'elemento genetico dato dall'aver fornito il proprio gamete.

In aggiunta, si ritiene particolarmente dirimente, ai fini di suffragare la sopracitata posizione, l'analisi condotta con riferimento al rapporto tra il dato genetico e quello intenzionale. In tale occasione, infatti, si è notato una pacifica "invisibilità" del contributo genetico nella maternità, che porta a dedurre un'irrelevanza della circostanza di aver fornito il proprio gamete, soprattutto nelle ipotesi di scissione del dato genetico da quello biologico.

Ancora, si richiama quanto formulato con riferimento al tema della maternità surrogata anche alla luce degli ultimi sviluppi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cui si è a lungo dibattuto. Quello che qui preme, ancora una volta, evidenziare è la particolarità della posizione (avversa) assunta dall'ordinamento interno nei confronti della *surrogacy*, pratica che, a differenza delle tecniche di PMA

eterologa, coinvolge il corpo femminile di un'altra donna⁵⁶⁵, per l'intero ciclo procreativo.⁵⁶⁶

Da ultimo, un'argomentazione valida ed utile per avvalorare la posizione di chi scrive, con riferimento all'irrelevanza del dato genetico, è il ruolo dallo stesso assunto con riferimento alla paternità. Si è ritenuto, invero, soprattutto nell'ambito dei temi trattati nel capitolo quarto, che non si potesse prescindere da un rapido raffronto dell'esperienza della maternità con quella della paternità, al fine di evidenziarne le difformità. Tra i diversi punti analizzati, si ritiene qui utile richiamare il diverso approccio della Corte Edu rispetto alla sussistenza di un legame genetico nella maternità e nella paternità. Come è stato ampiamente visto, infatti, se per quanto concerne la paternità, la sussistenza di un legame genetico con il padre intenzionale rappresenta una sorta di *discrimen* per ammettere o meno la violazione dell'art. 8 Cedu, analogo approccio non viene fatto proprio dai Giudici di Strasburgo rispetto alla maternità nei rari casi in cui la madre intenzionale abbia anche fornito il proprio gamete alla gestante.

In generale, dunque, la diversità di considerazione del dato genetico nell'esperienza della maternità e della paternità si spiega unicamente con la volontà di continuare a considerare maggior valore al dato biologico, seguendo un approccio di genere ed aderendo alle teorie della differenza sessuale, che, come ampiamente visto, conferiscono grande rilievo al ruolo del materno.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ Che instaura una relazione con il nascituro da qualificarsi già "materna", come precisato dalle Sezioni Unite, nell'ambito dell'ultima pronuncia del 30 dicembre 2022 n. 38162.

⁵⁶⁶ S. Cecchini, "Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale", in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, p. 7.

Di questo avviso è la già più volte richiamata B. Pezzini, "Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri", in *Costituzionalismo.it*, I, 2017, p. 193, secondo la quale non si può ignorare che "le donne hanno un corpo femminile che permette la procreazione e che resta, almeno per il momento, essenziale anche in tutte le procedure mediche che possono arrivare a produrre embrioni fuori dal corpo di una madre, ma che del corpo di una madre hanno bisogno per consentirne lo sviluppo".

Peraltro, come richiamato anche dalla letteratura straniera, non esistono al mondo ordinamenti che riconoscono diritti e doveri correlati alla maternità alle donatrici di ovuli, embrioni, uteri e mitocondri e neppure vi sono serie proposte di riforma in tale direzione cfr. H. Willekens, "Motherhood as a Legal Institution: A Historical - Sociological Introduction", in H. Willekens, K. Scheiw, T. Richarz, E. Schumann (ed.) *Motherhood and the Law*, Universitätsverlag Gottingen, 2019.

⁵⁶⁷ Al riguardo, da una prospettiva femminista, è stato osservato che l'evoluzione della tecnica medico-scientifica avrebbe, infatti, realizzato un'apparente parificazione tra la posizione dell'uomo e quella della donna, le quali costituiscono due situazioni che presentano specifiche differenze, a partire dalle modalità con cui si ottengono lo sperma e l'ovocita. Sul punto, cfr. S. Pozzolo, "Gestazioni per altri (e altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista", cit., p. 95. Al riguardo, C. Shalev ha

Con riferimento, invece, al dato intenzionale non si può negare che lo stesso assuma un ruolo nella definizione dello *status* materno.

A livello del diritto positivo, tuttavia, solo l'istituto dell'adozione rappresenta, al momento, un esempio di rapporto di filiazione, giuridicamente riconosciuto, totalmente sganciato dal dato biologico-genetico e, dunque, fondato unicamente sulla volontà. In tutti gli altri casi, ed in particolare nelle ipotesi di genitorialità da parte di coppie dello stesso sesso, l'intenzione di essere genitore (e, dunque, madre, per quel che qui interessa) assume rilevanza solo a determinate condizioni o, per meglio dire, solo se manifestata seguendo determinate modalità. E', dunque, il modo di manifestare l'intenzione di voler essere madre ad essere oggetto di limitazioni. Pare utile, dunque, richiamare la doppia accezione della volontà individuata nel corso del capitolo terzo, su cui si tornerà a breve: la volontà - dichiarazione e la volontà per atti concludenti.

Come si è visto, la volontà - dichiarazione rappresentata, per esempio, dal consenso all'accesso alle tecniche di PMA trova, al momento, talune difficoltà ad essere riconosciuta come fondante la relazione materna, soprattutto alla luce delle ultime oscillazioni della giurisprudenza di legittimità, richiamate nel corso della trattazione. Risulta, dunque, ancora complesso vedere riconosciuta *ab origine* la maternità intenzionale nell'atto di nascita, quasi a voler "negare" una parificazione di detto contributo con quello biologico⁵⁶⁸.

La maternità⁵⁶⁹ fondata sull'intenzione viene, invece, maggiormente considerata se manifestata per il tramite del ricorso per adozione in casi particolari (art. 44 lett. d l. 184/1983), la quale, tuttavia, presenta, come si è visto, non poche criticità.

osservato che «la differenza tra paternità e maternità biologica non è limitata al fatto che la gestazione è solo delle donne, anche il processo attraverso il quale vengono riprodotti i materiali germinali è infatti essenzialmente diverso nell'uomo e nella donna (...) lo sperma può sempre essere ottenuto, in qualsiasi momento, con il metodo semplice, volontario ed autocontrollato della masturbazione, mentre per ottenere ovuli maturi è necessaria una complicata procedura che include la terapia ormonale e la sincronizzazione del ciclo femminile di ovulazione, e termina con la sottoposizione della donna a un intervento medico invasivo» (C. Shalev, *Birth power: the case for surrogacy*, New Haven, 1989, trad. it., p. 117). Dello stesso avviso, è L. Ferrajoli, "La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza", in *Democrazia e diritto*, fasc. n. 2/ 1993, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, p. 63. Sulle diverse posizioni del movimento femminista in tema di pma e maternità surrogata si rinvia a quanto detto nel capitolo primo.

⁵⁶⁸ Circostanza che, nel singolo caso concreto, si verificherebbe in quanto le due madri assumerebbero una posizione paritario nell'ambito dell'atto di nascita.

⁵⁶⁹ Parlerei, in questo caso, di genitorialità, considerando che lo strumento dell'adozione in casi particolari *ex art. 44 lett. d l. adoz.* è ammesso anche per le coppie maschili.

Ma ancora di più, il dato intenzionale viene in rilievo nel momento in cui il ragionamento passa da un piano *ex ante* ad un piano *ex post*, rappresentato dalla necessità di tutelare il diritto relazionale del minore e la continuità dello *status filiationis* costituito con il genitore sociale. Sotto questo profilo, è ormai pacifico che una considerazione dei legami *de facto* instaurati dai minori con gli adulti, anche in seguito a violazioni di norme di diritto da parte di quest'ultimi, ci debba essere⁵⁷⁰ e, sul punto, la discrezionalità dell'organo legislativo appare sempre più ridotta. Invero, i moniti arrivano da più direzioni: dalla Corte Edu⁵⁷¹, dalle Istituzioni europee⁵⁷² e, infine, dalla nostra Corte Costituzionale⁵⁷³. Indirettamente, dunque, se è pacifico che i legami instaurati dal minore anche con la madre intenzionale debbono essere riconosciuti, si finisce con conferire rilevanza all'elemento della volontà nell'individuazione della madre.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ Si è parlato dei rischi di ragionare “per fatto compiuto” al par. 4 del cap. 3.

⁵⁷¹ Si pensi, per esempio, al noto parere della *Grande Chambre* del 10 aprile 2019, di cui si è a lungo dibattuto.

⁵⁷² Si veda, per esempio, la recente proposta di regolamento presentata dalla Commissione europea volta ad una procedura di armonizzazione del diritto internazionale privato in punto di riconoscimento della filiazione tra gli Stati membri, la quale ha delle chiare ripercussioni sui figli delle coppie omosessuali come viene evidenziato nella stessa proposta “*This initiative was identified as a key action in the EU Strategy on the rights of the child and in the EU LGBTIQ Equality Strategy*” (si tratta della “*Proposal of Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood*” del 7 dicembre 2022 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_22_7509). Fin dalle prime pagine della proposta di regolamento, attinente al context, si evidenzia la necessità di intervenire su tale questione al fine di tutelare i diritti delle persone di minore età ed, in particolare, il diritto all'identità, alla non discriminazione e alla vita privata e familiare (cfr. p. 2). Uno degli aspetti chiave della proposta è che la filiazione accertata in uno Stato membro dell'UE dovrebbe essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, senza nessuna procedura specifica.

⁵⁷³ Si pensi, in particolare, alle sentenze nn. 32 e 33 del 2021, di cui si è a lungo dibattuto.

⁵⁷⁴ L'elemento dell'intenzione come fondante, in generale, la genitorialità è fortemente dibattuto anche all'estero, dove ci si chiede se l'intenzione di fare il genitore, costituisca di per sé elemento sufficiente per esserlo cfr., per esempio, N. Cammu, “*Intent to Parent is What Makes a Parent? A Comparative of the Role of Intent in Multi-Parenthood Recognition*”, in *Canadian Journal of Family Law*, 32, 2019 qui l'a. sulle ipotesi di multiparenthoods partendo dall'assunto che “*since then, family law has experienced a shift toward intentional parenthood. This shift means that the intent to be a parent has received significantly more weight within the legal framework, even (and more importantly) when such intent is not accompanied by biological or genetic parental links*”; F. Swennen, E. Goossens, “*What is a parent?*”, in R. Fretwell Wilson, J. Carbone (eds.) *International Survey of Family Law*, Interselia, 2022, pp. 47 ss. Qui l'a., riconoscendo una sempre maggiore rilevanza del contributo intenzionale, ma non potendo ignorare il perdurante peso attribuito al “legame di sangue”, soprattutto nell'ambito della ricerca delle origini, propone “*The legislature might, therefore, consider introducing parenthood without parental responsibilities and parental responsibilities without parenthood*”.

Quello che chi scrive intende affermare, al netto dei rischi di ragionare “per fatto compiuto” delineati nel corso della trattazione” è che se non si può negare che la volontà di essere madre, ed in generale genitore,

Procedendo secondo un *climax* ascendente, dal meno rilevante al più rilevante, si procede ora con la formulazione di riflessioni conclusive con riferimento al dato biologico della gestazione e del parto.

All'esito del lavoro, infatti, mi pare si possa affermare che, nell'ordinamento interno, vi sia ancora una chiara prevalenza del dato biologico sugli altri *supra* richiamati. Tale posizione non trova più di tanto riscontro nell'art. 269, comma tre, del codice civile (che pur continua a definirsi come il riferimento normativo della *regola iuris mater semper certa est*). Come si è visto, infatti, la disposizione è ormai pacificamente da ritenersi come norma sulle prove della filiazione. Ed anzi, si è osservato che proprio in materia dei mezzi istruttori utilizzati per accertare il legame di filiazione, anche dal lato materno, il *focus* è sempre più sulla sussistenza del legame genetico e non tanto su quello biologico della gestazione e del parto, soprattutto in ragione del crescente ricorso ai mezzi istruttori di tipo genetico-ematologico.

Piuttosto, la tesi appena avanzata è avvalorata dai numerosi temi analizzati nel capitolo secondo, che non per nulla è il più ricco ed eterogeneo.

Un ambito particolarmente significativo per affermare la centralità del dato biologico è certamente quello della maternità surrogata, soprattutto alla luce degli ultimi interventi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2019 e del 2022. In tali pronunce, infatti, non solo i giudici di legittimità non retrocedono rispetto ad una valutazione negativa della pratica di surrogazione, ma anzi "delineano" ancora più i contorni della propria posizione. Da ultimo, la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 38162/2022, la quale costituisce unicamente l'ultima tappa del più ampio *iter* rappresentato dalle precedenti pronunce,⁵⁷⁵ ha confermato come la

assuma sempre più importanza, soprattutto se si ragiona in termini di tutela dei diritti relazionali dei minorenni, nel contempo ciò non renderà "invisibile" la centralità della madre biologica.

⁵⁷⁵ In particolare, Cass.24001/2014 (prima pronuncia di legittimità avente specificatamente ad oggetto un caso di maternità surrogata); Cass. S.U., 8 maggio 2019 n. 12193, in *Corr. giur.*, 2019, 1198 ss. con nota di D. Giunghedi, "Maternità surrogata tra ordine pubblico, *favor veritatis* e dignità della maternità"; C. Cost. 33/2021; C. Cost. 79/2022 (che pur avendo al centro diverse questioni hanno colto l'occasione per ribadire la natura di ordine pubblico del divieto di maternità per surrogazione. In particolare nel suo ultimo intervento la Consulta "ha ribadito con fermezza la condanna della maternità surrogata e la necessità di bilanciare l'interesse del minore «alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore». Ha quindi condiviso il diniego delle Sezioni unite in ordine alla trascrivibilità dei provvedimenti giudiziari stranieri e, *a fortiori*, dell'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il c.d. padre d'intenzione, ritenendo che l'interesse del minore ad ottenere il riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia, che lo abbiano accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale, debba realizzarsi senza automatismi, «attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di

maternità per surrogazione costituisca una fattispecie “del tutto peculiare rispetto alle ordinarie procedure di fecondazione artificiale, omologa o eterologa, postulando la collaborazione di una donna estranea alla coppia, che presta il proprio corpo per condurre a termine una gravidanza e partorire un bambino non per sé ma per un’altra persona” (p. 42). Come si evince già solo da detto passaggio, è la dignità della donna gestante ed il significato ultimo della gestazione nella definizione della maternità a costituire uno dei punti principali che accomunano la giurisprudenza di legittimità e che giustificano la qualificazione del divieto di maternità surrogata come di ordine pubblico. Le Sezioni Unite, infatti, non si esimono dal definire “madre” la donna gestante, pur nell’ambito di una maternità per surrogazione,⁵⁷⁶ senza cogliere le proposte di criteri individuate dalla prima sezione civile rimettente.

A mio avviso, ancor più dirimente, per sostenere la teoria della prevalenza del dato biologico della gestazione e del parto sugli altri, nell’esperienza della maternità, è la disciplina sul parto anonimo. Invero, significativo è quanto richiamato nel corso del capitolo secondo, con riferimento alla terminologia utilizzata dalla normativa di riferimento, in cui si adotta il termine *madre*, pur nel contesto di un istituto in cui il *focus* è proprio la “rinuncia” della maternità. Parimenti importante è l’evoluzione della disciplina successivamente alle pronunce della Cedu e della Corte Costituzionale del 2012-2013 sulla ricerca delle origini (all’interno delle quali si annovera la necessità per il figlio di conoscere il “nome della madre”) e, da ultimo, il recente orientamento della Cassazione sulla possibilità di fare ricorso all’art. 269 c.c. in caso di madre gestante defunta.

Quello che ci suggerisce la disciplina normativa e l’applicazione giurisprudenziale dell’istituto del parto anonimo è che la madre “di parto” è sempre, e a prescindere, *madre*. Invero, si pensi, per esempio, al fatto che pur nell’estrema ipotesi in cui la partoriente intenda rinunciare allo *status* di madre, e non revochi tale decisione nel corso della sua esistenza, successivamente alla sua morte è ormai

*filiiazione tra adottante e adottato, ...sia pure ex post e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice» in ordine all’esistenza e al valore di tale relazione” A. Morace Pinelli “Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all’esame delle Sezioni Unite”, in *Giustizia Insieme*, 10 maggio 2022).*

⁵⁷⁶ “L’operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra *madre* e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale ed il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna” (p. 42).

pacifico che si possa procedere con l'accertamento giudiziale della maternità ai sensi dell'art. 269 c.c. o, comunque, che possa essere svelata la sua identità. E ciò perché si ritiene prevalente il diritto del figlio che ha interesse a che venga accertata giudizialmente la maternità o, più in generale, a conoscere il nome della madre, nonostante questa non abbia mai inteso esserlo in vita.⁵⁷⁷

Muovendo da tali considerazioni, dunque, si può ammettere che, per l'ordinamento interno, si è madre anche in assenza dell'intenzione di assumere tale *status* se si è apportato il contributo biologico della gestazione del parto (lo è, quindi, la partoriente rimasta anonima, così come la gestante nell'ambito di una pratica di maternità surrogata). *A fortiori*, quindi, non si può non ammettere che l'anzidetto elemento prevalga sugli altri, se supportato dalla volontà di assumere i diritti e i doveri connessi allo *status* di madre.

La spiegazione di quanto si è *supra* affermato risiede nella convinzione per cui sussiste in capo alla donna una responsabilità per la procreazione, nei confronti del nato, derivante dalla circostanza di averlo partorito. In altre parole, se per il padre la responsabilità che trova fondamento nell'art. 30 Cost. deriva dal fatto di aver fornito il proprio gamete nel corso della procreazione naturale ovvero artificiale, per la donna-madre è l'evento parto a rilevare. In conseguenza a ciò, si ritiene di poter affermare che, dinnanzi al principio costituzionale della responsabilità per la procreazione, la posizione dei genitori sia piuttosto parificata (o perlomeno più di quanto potrebbe apparire), anche se non del tutto coincidente. Invero, nell'ambito del dibattito che poneva (e pone tutt'ora) al centro un presunto capovolgimento della posizione della donna e quella dell'uomo rispetto al passato⁵⁷⁸, preme evidenziare

⁵⁷⁷ Nel caso di maggiorenne o adottato.

⁵⁷⁸ Invero, la donna può ricorrere all'interruzione della gravidanza, sussistendone i presupposti, ma anche, una volta partorito, dichiarare la volontà di non essere nominata nell'atto di nascita. Il padre invece, non solo non può co-decidere se dar corso o interrompere la gravidanza ma, una volta nato il figlio, difficilmente potrà sottrarsi alla responsabilità giuridica nei suoi confronti (cfr. sul punto M. Novella Bugetti, F. G. Pizzetti, "Esercizio dell'azione di dichiarazione giudiziale di genitorialità e diffusione a mezzo stampa della identità del presunto genitore", in *Famiglia e Diritto*, 10, 2021). La Corte di Cassazione ha contribuito a tale determinazione, ritenendo manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 269 c.c., sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., in ragione della disparità di trattamento che ne risulterebbe in danno dell'uomo rispetto alla donna, alla quale la L. 22 maggio 1978, n. 194 attribuisce la responsabilità esclusiva di interrompere la gravidanza ove ne ricorrano le condizioni giustificative; in particolare, le due situazioni poste a confronto non sono comparabili, non potendo l'interesse della donna all'interruzione della gravidanza essere assimilato all'interesse di chi, rispetto all'avvenuta nascita del figlio fuori del matrimonio, pretenda di sottrarsi, negando la propria volontà diretta alla procreazione, alla responsabilità

come non possa affermarsi, alla luce di quanto visto nel corso della trattazione, che il fatto di aver partorito non porti per la donna alcuna conseguenza in assenza di una sua volontà ad assumere lo *status* di madre.⁵⁷⁹

Quanto detto, il fatto di dichiarare la centralità del dato biologico della gestazione e del parto nella maternità non significa, come già precisato, negare la possibilità che altri elementi (ed essenzialmente quello intenzionale) possano rilevare. La tesi che, tuttavia, si intende portare avanti è ben spiegata dalle parole di Harry Willekens, il quale, dopo aver analizzato alcune fattispecie di attribuzione della maternità sulla base di elementi diversi da quello biologico, nell'ambito di ordinamenti statuali soprattutto europei⁵⁸⁰, afferma quanto segue: “*All these new rules (or attempts to introduce new rules) tend to allocate parental rights and obligations to persons who, until recently, could not have been vested with these rights and duties. In that sense, they create new “motherhoods” – though since they are all gender-neutral it might be preferable to speak of “parenthoods”. But they are still all predicated on the primacy of the birthmother’s claims, and, with the exception of surrogacy, they just add new parents to the birthmother; they do not replace her by someone else. The surrogacy contract, if deemed valid, of course deprives the birthmother of all rights; but it always presupposes her consent and thus confirms her priority*”.⁵⁸¹

Dunque, non solo si ritiene di poter affermare che sussiste una centralità dell'elemento biologico nella maternità, ma anche che gli altri criteri non possono neppure ritenersi in una posizione paritaria con lo stesso.

di genitore, in contrasto con la tutela che la Costituzione, all'art. 30, riconosce alla filiazione nata fuori del matrimonio.

⁵⁷⁹ A conclusioni simili giungono M. Freeman e A. Margaria, “*Who and What Is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty*”, in *Theoretical Inquiries in Law*, 13, 2012; così le a. “*The thrust to emphasize a right to their origins is part, as we have indicated, of the importance of taking children’s rights seriously. Accouchement takes a woman’s right to reject her motherhood dogmatically. We must now consider how best to take the responsibilities of maternity more seriously*”.

⁵⁸⁰ L'autore prende, per esempio, in riferimento l'ordinamento belga, che disciplina lo status della co-madre. Fanno riferimento al medesimo ordinamento anche F. Swennen, E. Goossens, “*What is a parent?*”, in R. Fretwell Wilson, J. Carbone (eds.) *International Survey of Family Law*, Intersetia, 2022, pp. 47 ss. Per il diritto belga, la madre “is the female person who gave birth to the child” (art. 312, section 1, 135/2 Civil Code); tuttavia, la co-madre unita alla madre biologica in un *same sex marriage* è riconosciuta, parimenti, come madre (art. 325/2 Civil Code).

⁵⁸¹ H. Willekens, “*Motherhood as a Legal Institution. A Historical - Sociological Introduction*”, in H. Willekens, K. Scheiw, T. Richarz, E. Schumann (ed.) *Motherhood and the Law*, Universitätsverlag Gottingen, 2019, p. 34.

BIBLIOGRAFIA

A

- AA.VV. (a cura della Libreria delle donne di Milano), *Non credere di avere dei diritti. La generazione della libertà femminile nell'idea e nelle vicende di un gruppo di donne*, Rosenberg & Sellieri, Torino, 2017 (1987);
- AA.VV., "Il governo del corpo", in *Trattato del biodiritto*, diretto da Rodotà - Zatti, Milano, 2011;
- Agosta S., "Quando l'eterologa è inaspettata: il preminente interesse del minore, quale criterio di reductio ad unum dei (troppo) frammenti di maternità", in *ConsultaOnline*, 2014;
- Alhusen J., "A literature update on maternal-fetal attachment", in *Journal of Obstetric, Gynecologic and Neonatal Nursing*, 2008;
- Amram D., "L'accertamento della paternità: responsabilità e danno", in *Famiglia e Diritto*, 2021;
- Auletta T., "Fecondazione artificiale: problemi e prospettive", in *Quadrimestre*, 1986;

B

- Baiocchi m., *In utero. La scienza e i nuovi modi di diventare madre*, Sonzogno, 2018;
- Balestra L., "Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici", in *Famiglia*, 2006;
- Ballestrero M.V., "Dal divieto del lavoro notturno femminile all'autodeterminazione delle donne", in *Riv. Giur. Lav.*, I, 1992;
- Banchetti P., "Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica", in *Giur. It*, 2006;

- Bellocchio Brambilla C., *Nascere senza venire alla luce. Storia dell'Istituto per l'infanzia abbandonata della provincia di Torino 1867-1981*, Franco Angeli, Torino, 2010;
- Bernardi L., Neyer G., “*Feminist Perspectives on Motherhood and Reproduction*”, in *Historical Social Research*, 36, 2011;
- Bianca M., “Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia”, in *Questione Giustizia*, 6 febbraio 2023;
- Bianca M., “Il revirement della Cassazione dopo la decisione delle Sezioni Unite. Conflitto o dialogo con la Corte di Strasburgo? Alcune notazioni sul diritto vivente delle azioni di stato”, in *giudicedonna.it*, 2/2020;
- Bilotti E., “Ricorso alla surrogazione di maternità da parte di una coppia di donne e condizione giuridica del nato. Commento a Trib. Bari, decr. 7 settembre 2022”, in *Giustizia Insieme* del 11 novembre 2022 ;
- Boccia M.L., *Le parole e i corpi. Scritti femministi*, Ediesse, Roma, 2018;
- Boccia M.L., “Da sopra la legge una critica al punto di vista maschile”, in *Democrazia e Diritto*, 2, 1993;
- Bolondi E., “Il diritto della partoriente all’anonimato: l’ordinamento italiano nel contesto europeo”, in *Nuova giur. Civ.* , 2009;
- Bonilini G., *Trattato di diritto di famiglia*, vol. 4 “La filiazione e l’adozione”, Omnia Trattati giuridici, 2016;
- Bova R.M., “L’adozione del figlio del coniuge che sia deceduto senza aver prestato l’assenso”, in *Famiglia e Diritto*, 3, 2008;
- Bourke J., *Stupro. Storia della violenza sessuale dal 1860 ad oggi*, Roma-Bari, 2009;
- Brandth B., Kvande E., “*Gendered or Gender-Neutral Care Politics for Fathers*”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2009, vol. 624, n. 1, pp. 177-189;
- Bugetti M.G., “Sull’esperibilità delle azioni ex artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito nell’anonimato”, in *Famiglia e Diritto*, 2016, 5;
- Busnelli F.D., “Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017;
- Busnelli F.D., “Cosa resta della legge n. 40? Il paradosso della soggettività del concepito”, in *Riv. dir. civ.*, 2011;

C

- Cacace S., “Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. Così vicini ad un corto circuito giuridico”, in *Riv. It. Med. Legale*, 2016, 3;
- Cafalà L., “La discriminazione diretta per orientamento sessuale della madre intenzionale”, in *Italian Equality Network*, dicembre 2021;
- Cafalà L., “Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori lavoratori”, in *Lavoro nella Giur.*, 11, 2016;
- Cammu N., “*Intent to Parent is What Makes a Parent? A Comparative of the Role of Intent in Multi-Parenthood Recognition*”, in *Canadian Journal of Family Law*, 32, 2019;
- Carbone V., “Un passo avanti del diritto del figlio abbandonato ed adottato, di conoscere le sue origini rispetto all’anonimato materno”; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014;
- Casadei T., *Donne, Diritto, Diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Giappichelli, 2015;
- Cassone F., “Diritto a procreare e diritto alla bigenitorialità”, in *Minorigiustizia*, II, 2008;
- Catelani E., “La donna lavoratrice nella “sua essenziale funzione familiare” a settant’anni dall’approvazione dell’art. 37 Cost.”, in *federalismi.it*, 5, 2019;
- Cattaneo G., “Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione”, in *Tratt. Rescigno*, vol. 4, II ed., Torino, 1997, 21;
- Cavajoni C., *Procreazione assistita e status filiationis*, in *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi di responsabilità*, (a cura di) M. Dossetti, M. Lupo, M. Moretti, Milano, 2010;
- Cavina M., *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Storia e Società, 2019;
- Cecchini S., “Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale”, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2019;

- Cecchini B., “La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo <istituto> dell’interpello”, in *Nuova giur. Civ.*, 2017, 9;
- Charo R., “*Legislative Approaches to Surrogate Motherhood*”, in *Law, Medicine and Health Care*, 1988;
- Checchini B., “Vita familiare vs. maternità surrogata: il nuovo punto di equilibrio della Corte europea. Quale rilievo all’identità del nato?”, in *Nuova Giur. Civ.*, 2022, 2;
- Cicone E., *Storia dello stupro. E di donne ribelli*, Soveria Mannelli, 2014;
- Colombo C., “Violenza sessuale e vittime del reato. Breve *excursus* giuridico-scientifico”, in *Rivista penale*, 5, 2005;
- Colombo S., “Femminismo giuridico”, in *Digesto*, IV ed. Discipline privatistiche, sezione civ., Utet, Torino, 1992, vol. VIII;
- Corea G., “*The mother machine: Reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*”, New York: Harper & Row, 1985;
- Corbo N., “Identità personale, accesso alle origini e non riconoscibilità degli atti di nascita da maternità surrogata”, in *Persona e Mercato*, 5, 2017;
- Corti I., “Due gemelle e quattro genitori interrogano il diritto. (Riflessioni in merito all’erroneo scambio di embrioni: ordinanza del Tribunale di Roma 8 agosto 2014)”, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2016;
- Covino F., “Donna Lavoratrice (dir. cost.)”, in *Dig. disc. pubbl.* (aggiornamento), 2015;
- Currò G., “Diritto della madre all’anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di temperamento”, in *Fam. dir.*, 2013;

D

- D’Amico G., “La Corte è il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014;
- D’Avack L., “L’ordinanza di Catania: una decisione motivata attraverso una lettura testuale della l. n. 40 del 2004”, in *Dir. Fam. Pers.*, 2, 2005;
- D’Auria M., “Informazione e consensi nella procreazione assistita”, in *Familia*, 2005;
- De Beauvoir S., *Il secondo sesso*, Il Saggiatore, Milano, 2008;
- A. De Mauro, *Le famiglie ricomposte*, in *Familia*, 2005;

- D'Elia C., *L'aborto e la responsabilità. Le donne, la legge, il contrattacco maschile*, Ediesse, 2008;
- Di Stefano A., "Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto", in *Osservatorio diritti umani*, 4, 2013;
- Dogliotti M., "Persone fisiche", in *Trattato Bessone*, Torino, 2014, 378;
- Dogliotti M., "L'adozione in casi particolari", nel Trattato di diritto privato, diretto da Bessone, IV, Filiazione, adozione, alimenti, a cura di Auletta, IV, Giappichelli, 2012;
- Dogliotti M., Figone A., *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linea di tendenza*, 2004;
- Dolcini M., "La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua", in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014;
- Donchin A., "The future of mothering: Reproductive technology and feminist theory", *Hypatia*, 1986;
- Dzebtziarou K., "Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights", in *Public Law*, 2, 2011;

E

F

- Facchi A., "A partire dall'uguaglianza. Un percorso nel pensiero femminista sul diritto", in *AG AboutGender International journal of gender studies*, 1, 2012;
- Facchi A., "Il pensiero femminista sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl", in *Filosofi del diritto contemporaneo* (a cura di) G. Zanetti, Cortina, Milano, 1999;
- Fariello F., "In-differenza sessuale e maternità surrogata", in D. De Sanctis, S. Fariello, I. Strazzeri, *Sociologia della maternità*, Mimesis Eterotopie, 2020;
- Feraci O., "Il primo parere consultivo della Cedu su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano", in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019;

- Ferrando G., “Maternità per sostituzione all’estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell’atto di nascita. Un primo commento”, in *Pers. merc.*, 2019;
- Ferrando G., “Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli *status filiationis*”, in *Corr. giur.*, 2017;
- Ferrando G., “Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013;
- Ferrando G., “L’adozione in casi particolari”, *Corriere Giur.*, 2012;
- Ferrando G., “La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche”, in *Il Corriere giuridico*, 2004;
- Ferrara R., “Il diritto alla salute: i principi costituzionali”, in R. Ferrara e C. Sartoretti (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Salute e sanità*, Giuffrè Editore, 2010;
- Ferrari F., “La genitorialità come relazione identitaria fondamentale. Apprendere dall’omogenitorialità”, in *Varchi-Tracce per la psicoanalisi*, 14, 2016;
- Filippini N.M., *Generare, partorire, nascere. Una storia dall’antichità alla provetta*, Viella, 2017;
- Fineman M.A., *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, Routledge, 1996;
- Finocchiaro A., *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983 n.184*, Giuffrè, 1983;
- Freeman M., Margaria A., “Who and What is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty”, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2012;

G

- Gattuso M., “Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino”, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Studi di Genere - Convegni, 5, 2019;

- Gattuso M., “Un bambino e le sue mamme: dall’invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40”, in *Questione Giustizia on line*, 16 gennaio 2018;
- Gattuso M., “Tutela dei minori nati da coppie omoparentali in seguito a procreazione medicalmente assistita”, in G. Buffone, M. Gattuso. M. M. Winkler (a cura di), *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017;
- Gensabella Furnari M., *Il corpo della madre. Per una bioetica della maternità*, Rubettino, 2018;
- Ghisleni M., *Generazione arcobaleno. La sfida per l’uguaglianza dei bambini con due mamme*, Einaudi, 2020;
- Gigliotti F., “Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)”, in *Europa e Diritto Privato*, 3, 2017;
- Giordano P., *La Rota degli esposti*, Altrastampa, 2004;
- Giorgis A., “Commento agli artt. 30 e 31”, n R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna, 2001;
- Giuliano S., Li Vecchi E., “Essere padre nella transizione adottiva”, in *Minorigiustizia*, 4, 2017;
- Giunghedi D., “Maternità surrogata tra ordine pubblico, *favor veritatis* e dignità della maternità”, in *Corr. giur.*, 2019;
- Gottardi D., “Le modifiche al testo unico maternità-paternità e la conciliazione tra vita familiare e vita professionale. Ragionando di d.lgs. n. 80/2015 e dintorni”, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, Torino 2016;
- Gottardi D., “Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere”, in L. Cafalà, D. Gottardi (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio, tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009;
- Granelli C., “Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti”, in *Persona e Mercato*, 2017;
- Grasso A.G., *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022;

- Grasso A.G., “La costituzione del rapporto con la madre intenzionale”, in U. Salanitro (a cura di) *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pacini Giuridica, 2020;
- Grasso A. G., “Per un’interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata”, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2, 2018;
- Graziosi M., “*Infirmis sexus*. La donna nell’immaginario penalistico”, in *Democrazia e diritto*, 33, 2, 1993;
- GRUPPO GIURISTE VIRGINIA WOOLF B, “Per un diritto leggero. Esperienza di giustizia e criterio di equità”, in *Democrazia e Diritto*, 1, 1996;
- Guidi D., Gaviraghi A., “La valutazione genitoriale dell’idoneità”, in *Minorigiustizia*, 1, 2017;

H

- Hearn J., “Di cosa parliamo quando parliamo di intersezionalità”, in *Ingenere*, 20 ottobre 2017;

I

- Iacometti M., “Il contributo delle donne dell’Assemblea costituente all’elaborazione della Costituzione italiana”, in M. D’Amico, S. Leone (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Giuffrè, 2017;

L

- Lalli C., *Buoni genitori. Storie di mamme e di papà gay*, Il Saggiatore, Milano, 2009;

- Lecis Cocco Ortu A.M., “L’obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni”, in *GenIUS*, 1, 2019;
- Lecis Cocco Ortu, “La <presunzione di maternità> presto in vigore in Belgio”, in *Articolo29*, 22 dicembre 2014;
- Lenti L., *Diritto della famiglia*, Giuffré, 2021;
- Lenti L., “L’adozione”, in L. Lenti, M. Mantovani (a cura di) *Il nuovo diritto della filiazione*, Giuffré, 2019;
- Lenti L., “La costituzione del rapporto filiale e l’interesse del minore”, in *Juscivile*, 1, 2019;
- Lenti L., Long J., *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Giappichelli Editore, 2014;
- Lenti L., “La costituzione del rapporto filiale e l’interesse del minore”, in *Juscivile*, 1, 2019;
- Lenti L., “L’adozione”, in L. Lenti, M. Mantovani (a cura di), *Il nuovo diritto della filiazione*, Giuffré, 2018;
- Lenti L., “Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4/2017;
- Lenti L., “Il caso Serena: i bambini non si usucapiscono”, in *Giurisprudenza italiana*, 1989;
- Lollini S., “Il riconoscimento della genitorialità omosessuale: un percorso lungo e tortuoso”, in M. Pellissero e A. Vercellone (a cura di) *Diritto e persone LGBTQI+*, Giappichelli, 2022;
- Long J., “Di madre non ce n’è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell’ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità”, in E. Olivito, S. Niccolai (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene Editore, 2017;
- Long J., “(Ri?)pensare la maternità”, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Studi di Genere - Convegni, 5, 2019;
- Long J., “La conservazione dei legami nell’affidamento e nell’adozione: una prospettiva europea”, in *Minorigiustizia*, 2014, n. 4;

- Long J., “La Corte europea dei diritti dell’uomo censura l’Italia per la difesa a oltranza dell’anonimato del parto: una condanna annunciata”; in *Minorigiustizia*, 2013;
- Lucchini Guastalla E., “Maternità surrogata e *best interest of the child*”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021;
- Luccioli G., “Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata”, in *GenIUS*, 1, 2020;

M

- Manera G., “I requisiti soggettivi degli adottanti nell’adozione dei minori”, in *DFP*, 2003, 2;
- Mantovani M., “La filiazione nel matrimonio”, in L. Lenti, M. Mantovani (a cura di) *Il nuovo diritto della filiazione*, Giuffrè, II, 2019;
- Mantovani M., “Questioni in tema di accertamento della maternità naturale e sistema dello stato civile”, in *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, a cura di Ferrando e Laurini, Ipsoa, 2013;
- Marella M.R., “Il diritto dell’adottato a conoscere le proprie origini. Contenuti e prospettive”, in *Giur. It.*, 2001;
- Margaria A., *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Il Mulino, Torino 2018;
- Margaria A., “Padri ai tempi della PMA e GPA: uno sguardo sulla giurisprudenza CEDU”, in *GenIUS*, 1, 2020;
- Margaria A., “*Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood: What to Expect?*”, in *International Journal of Law, Policy and the Family* 34(3), 2020;
- Margaria A., “Parto anonimo e accesso alle origini: la Corte europea dei diritti dell’uomo condanna la legge italiana”, in *Minorigiustizia*, 2, 2013;
- Matteini Chiari S., *Adozione nazionale, internazionale e affidamento a terzi*, Giuffrè, 2021;
- Mazzamuto S., “La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della genitorialità sociale”; in *Giur. it.*, 2020;

- Mazzoni S.; (a cura di), *Nuove costellazioni familiari. Le famiglie ricomposte*, Milano 2002;
- McCall L., “*The Complexity of Intersectionality*”, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 30, 2005;
- Mendola A., “Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all’anonimato materno”, in *Famiglia e Diritto*, 2021, 2;
- Micucci D.N., Tonizzo F., “La tutela del diritto dei minori affidati alla continuità affettiva. Approvata la legge n. 173/2015”, in *Prospettive Assistenziali*, n. 193, 2016
- Montarulli V., “Parto anonimo e accesso alle origini nell’adozione”, in *giudicedonna.it*, 1, 2017;
- Morace Pinelli A., “Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all’esame delle Sezioni Unite”, in *Giustizia Insieme*, 10 maggio 2022;
- Morace Pinelli A., “Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173”, in *Dir. famiglia*, 2016;
- Morello M., “La maternità al centro delle prime forme di tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici”, in *Olympus - Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro*, 15, 2012, p. 15;
- Morozzo della Rocca P., “Sull’adozione da parte degli affidatari dopo la legge n. 173/2015”, in *Questione Giustizia*, 2017;
- Morozzo della Rocca P., “Il diritto alla vita familiare di un bambino piccolo affidato”, in *Minorigiustizia*, 3, 2010;
- Morozzo della Rocca P., “Procreazione medicalmente assistita e beta-talassemia”, in *Dir. Fam. Pers.*, 2005;
- Morrone A., “Ubi scientia ibi iura”, in *Consulta OnLine*, Studi, 2014; G. Sorrenti, “La Consulta apre all’eterologa, ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte Edu”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014;

N

- Naddeo F., *Accesso alle tecniche, in Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, (a cura di) P. Stanzione-G. Sciancalepore, Milano, 2004;
- Naldini M., Saraceno C., *Sociologia della famiglia*, quarta edizione, Il Mulino, 2021;
- Naldini M., Saraceno C., *Conciliare famiglie e lavoro. Vecchi e nuovi patti tra sessi e generazioni*, Studi e Ricerche, 2011;
- Nelson J., *“Women of color and the Reproductive Rights Movement”*, NYU Press, 2003;
- Niccolai S., Olivito E., *Maternità filiazione genitorialità: i nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, 2017;
- Niccolai S., “Alcune note intorno all’estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia”, in *Genius*, 2017;
- Niccolai S., “La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.6, 2017;
- Niccolai S., “Surrogacy e principio *Mater semper Certa* in dialettica, per ricoprire il ruolo del materno”, in M. C. Belloni, A. Bosia, C. Saraceno (a cura di) *Cirsde. Un progetto che continua, Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere*, Cirsde, Centro Studi interdisciplinare di ricerche e studi di genere dell'Università degli Studi di Torino, 2016;
- Niccolai S., “Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione”, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015;
- Niccolai S., “La legge sulla fecondazione assistita e l’eredità dell’aborto”, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005;
- Nicolussi A., “Paradigmi della filiazione”, in U. Salanitro (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo*, Pacini Giuridica, 2020;
- Nicolussi A., “Famiglia e biodiritto civile”, in *Eur. dir. priv.*, 2019;
- Noce T., *Il corpo e il reato. Diritto e violenza sessuale nell’Italia dell’Ottocento*, Lecce, 2009;
- Novarese D., “Sul corpo delle donne. Stupro e debitum coniugale in Italia fra Otto e Novecento”, in *Violenza di genere, politica e istituzioni* (a cura di M. A. Cocchiara), Milano, 2014;

- Novella Bugetti M. e Pizzetti F.G., “Esercizio dell’azione di dichiarazione giudiziale di genitorialità e diffusione a mezzo stampa dell’identità del presunto genitore”, in *Famiglia e Diritto*, 10, 2021;
- Novella Bugetti M., “L’affidamento del figlio adottato ai sensi dell’art. 44 lett. b L. n. 184/1983 a seguito del divorzio”, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018;

O

- Olivito E., “Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L’arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale”, in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, (a cura di) S. Niccolai, E. Olivito, Jovene Editore, 2017;
- Ongari B., Long J., “Adozioni e tempo: ricerche d’identità, involuzioni ed evoluzioni del diritto”, in *Minorigiustizia*, 4, 2017;
- Orestano A., , “Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all’impianto dell’embrione”, in *Giur. It.*, 2021, 12;
- Osti A., “Corte europea dei diritti: accelerazione sulla legislazione dell’aborto in Irlanda?”, in *Quaderni costituzionali*, 2011;

P

- Palmerini E., “La legge sulla procreazione medicalmente assistita al primo vaglio giurisprudenziale”, in *Famiglia*, 2004;
- Parisi R., “Filiazione e genitorialità fra pratiche, rappresentazioni e diritto: il caso dell’omogenitorialità in Italia”, in *EtnoAntropologia*, Vol. 5, n. 2, 2017;
- Parodi G., “In tema di bilanciamento di interessi nella giurisprudenza costituzionale”, in *Diritto Pubblico*, 1995;
- Pastore F., “Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale”, in *federalismi.it*, 13 marzo 2017;
- Pellissero M., “Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale. Osservazioni sui d.d.l. A.C. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)”, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 2;

- Penasa S., “Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale”, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci, *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Studi di Genere - Convegni, 5, 2019;
- Penna T., “Nati da dono di gameti: il diritto di accesso alle origini tra *Cross Border Reproductive Care*, pluralismo giuridico e genetica”, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2021;
- Perrini F., “La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell’uomo”, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 201
- Pezzini B., “Il diritto alla salute: profili costituzionali”, in *Diritto e Società*, nuova serie – n. 1, 1983;
- Pignata M., “Dal Corpo e sul Corpo della donna. Il reato di stupro fra Ottocento e Novecento”, in *Questione Giustizia*, 2, 2016;
- Pisapia G.D., “Norme di diritto e norme di civiltà, a proposito del preteso *ius corrigendi* del marito nei confronti della moglie”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, II, 1958.
- Pitch T., “L’embrione e il corpo femminile”, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005.
- Pitch T., *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Il Saggiatore, Milano, 1998;
- Pizzol V., “Famiglie omogenitoriali: la valutazione dell’equipe adozioni nei procedimenti ex art. 44 lett. d) l. 184/83 tra limiti e opportunità”, in *L’Osservatorio sul diritto di famiglia. Diritto e processo*, fascicolo II, maggio-agosto 2022;
- Poli L., “Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri”, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Studi di Genere. Convegni – Vol. 2019;
- Poli L., “Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e “*treaty bodies*” a confronto”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, I, 2017;
- Porcelli M., “La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo”, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 1751;

- Principato L., “La immediata precettività dei diritti sociali ed il contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1998;
- Prosperi F., “La gestazione nell’interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello *status filiationis*”, in C.A. Graziani, I. Corti (a cura di) *Verso nuove forme di maternità?*, Giuffrè, 2022;
- Puccini S., “Condizione della donna e questione femminile (1892 - 1922)”, in *Problemi del socialismo*, 4, 1976, p. 17;

Q

R

- Rago, “La legge sulla fecondazione medicalmente assistita ha aperto la possibilità per le coppie sterili di avere un figlio. Progresso scientifico e questioni giuridiche. Tutela dell’embrione, tra libertà di ricerca scientifica e diritto alla salute della donna: tra interessanti pronunce del TAR Lazio”, in *Rass. Avv. Stato*, 2005;
- Recinto G., “Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c’è ancora un po’ di spazio per i figli?”, in *www.dirittifondamentali.it*, 2015;
- Renda A., *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Giappichelli, Torino, 2008;
- Renda A., “Filiazione biologica, adottiva ed artificiale in Scandinavia. Sistema dell’accertamento e principio di verità”, in *Famiglia*, II, 2004);
- Renna M., “Dichiarazione giudiziale di paternità e anonimato materno”, in *Nuova Giur. Civ.*, 2022, 2;

- Ryan M., “*The introduction of assisted reproductive technologies in the “developing world”: A test case for evolving methodologies in feminist bioethics*”, in *Journal of Women in Culture and Society*, 2009;
- Ricci A., “La disciplina del consenso informato all’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il d.m. 28 dicembre 2016 n. 265: novità e vecchi problemi”, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 1;
- Rigotti C., “Prostituzione e diritti fondamentali. Un’analisi comparata delle costituzioni e delle legislazioni nazionali”, in *Studi di Genere. Quaderni di Donne & Ricerca*, 3, 2019.
- Rodotà S., *Diritto d’amore*, Editori Laterza, Bari, 2015;
- Rizzuti M., “*Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze “naturali” allo scenario della “agenitorialità”*”, in *Maternità, filiazione, genitorialità* (a cura di) S. Niccolai, E. Olivito, Jovene Editore, 2017;
- Rodomonte M.G., *L’eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia: evoluzioni di un principio a settant’anni dalla nascita della Costituzione*, Giappichelli, 2018,
- Ronchetti L., “Genere e genere di famiglia”, in *Questione Giustizia*, 2, 2019;
- Ronchetti L., “Donne e corpi tra sessualità e riproduzione”, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005;
- Ross L., “*Reproductive Justice: An Introduction*”, University of California Press, 2017;
- Rossi Carleo L., “Le informazioni per il “consenso” alla procreazione assistita”, in *Famiglia*, 2004;
- Rusconi C., “La legge tedesca sulla *Vertrauliche Geburt*. Al crocevia tra accertamento della maternità, parto anonimo e adozione”, in *Europa e Diritto Privato*, 4, 2018;
- Ruspini E., *Studiare la famiglia che cambia*, Carocci editore, 2011;

S

- Salvi G., “Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale. Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell’atto di nascita straniero”, in *Corr. giur.*, 2019;

- Santasuosso F., *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffr  Editore, 2004;
- Sassi A., S. Stefanelli, "La filiazione e i minori", in R. Sazzo (a cura di) *Trattato di diritto civile*, Torino, 2018;
- Scalera A., "La vicenda dello scambio di embrioni al vaglio della Corte di Strasburgo", in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, n. 4;
- Shuster A., *Omogenitorialit . Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, 2011;
- Serra P., "Quando l'affidamento diventa adozione: opportunit  e criticit  nelle relazioni vissute dal minore", in *Minorigiustizia*, 2015, 4;
- Simone A., Condello A., Bonanno I., *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Mondadori Universit , 2018;
- Smart C., *Feminism And The Power Of Law*, Routledge, New York-Londra, 1989
- Stamile N., "Appunti su femminismo e teoria del diritto. Una rassegna", in *Ordines*, 2, 2016;
- Stefanelli S., *Procreazione medicalmente assistita e maternit  surrogata, Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffr , 2021;
- Stefanelli S., "Accertamento della maternit  nella gestazione per altri", in *BioLaw Journal*, 2, 2016;
- Stefanelli S., *Il parto anonimo. Profili giuridici e psico-sociali dopo la declaratoria di incostituzionalit *, Artetetra Edizioni, 2015;
- Stefanelli S., "Parto anonimo: il Tribunale dei Minorenni di Firenze dispone il richiamo della madre senza attendere la riforma", in *Questioni di diritto di famiglia*, 2014;
- Stefanelli S., "Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini", in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2010;
- Swennen F., Goossens E., "What is a parent?", in R. Fretwell Wilson, J. Carbone (eds.) *International Survey of Family Law*, Intersettia, 2022;

T

- Tarquini E., “Le discriminazioni economiche e di carriera delle donne nel mercato del lavoro”, in *Questione Giustizia*, 4, 2022;
- Taurino A., “Famiglie e genitorialità omosessuali. Costrutti e riflessioni per la disconferma del pregiudizio omofobico”, in *Rivista Internazionale di Filosofia e Psicologia*, 3 (1), 2012;
- Tega D., “Corte europea dei diritti: l’aborto in Irlanda tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno”, in *Quaderni costituzionali*, 2011;
- Terragni L., *Sul corpo di donna. Una ricerca sulla violenza sessuale in Italia*, Milano, 1999;
- Terrasi A., “Il divieto di aborto innanzi alla Corte europea dei diritti umani, tra obblighi positivi e negativi”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011
- Tigano V., “La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 giugno 2014;
- Tripodina C., “C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di ordine pubblico internazionale come varco per la realizzazione dell’incoercibile diritto di diventare genitori”, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene Editore, 2017;

U

- Ubaldi, “L’adozione del figlio del coniuge come strumento adottivo atipico”, in *Nuove leggi civ, comm.*, 1991;
- Uda G.M., “Presunzione di paternità e prove della filiazione legittima”, in G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani (a cura di) *Filiazione*, Giuffrè, II, 2012;

V

- Vallauri M.L., “La lunga marcia dei genitori adottivi e affidatari verso la parità”, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016;
- Valongo A., *Diritto delle successioni e della famiglia. Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Edizioni scientifiche italiane, 2017;
- Vassalli F., “Del *Ius in corpus* del *debitum coniugale* e della servitù d’amore”, Forni, 2001;
- Vanoni A.M., “Il punto di vista delle famiglie adottive”, in *Minorigiustizia*, 1, 2017;
- Venuti M.C., “Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente”, in *GenIus. Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, 1, 2018;
- Virgilio M., “Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge contro la violenza sessuale?”, in *Democrazia e Diritto*, 1, 1996;

W

- Willekens H. “Motherhood as a Legal Institution: A Historical- Sociological Introduction”, in H. Willekens, K. Scheiwe, T. Richarz (eds.), *Motherhood and the Law*, Universitätsverlag Gottingen, 2019;

Z

- Zatti P., “Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia”, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, I, Giuffrè, 2011;
- Zatti P., *Maschere del diritto*, Giuffrè, 2009;

- Zatti P, “Il corpo e la nebulosa appartenenza. Dalla sovranità alla proprietà”, in *Per uno statuto del corpo* (a cura di C. M. Mazzoni), Milano, 2008.

SITOGRAFIA

- www.cortedicassazione.it
- www.deiure.it
- www.diritto.it
- www.dirittifondamentali.it
- www.forumcostituzionale.it
- www.governo.it/bioetica/parerihtml
- www.giudicedonna.it
- www.istat.it
- www.iuscivile.it
- www.osservatorionazionalefamiglie.it
- www.parlamento.it
- www.personaedanno.it
- www.questionegiustizia.it
- www.salute.gov.it

ELENCO DELLE FONTI NORMATIVE CITATE

Nazioni Unite

- Convenzione ONU sui Diritti del fanciullo, 20 novembre 1989

Consiglio d'Europa

- Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali adottata dal Consiglio d'Europa a Roma il 4 novembre 1950
- Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori

Altri Organi internazionali

- Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, sulla protezione dei minori e di cooperazione in materia di adozione internazionale

Unione Europea

Direttiva europea 92/85/CEE

Direttiva europea 2010/18/UE

Direttiva europea 1158/2019

Fonti statali - Italia

- L. 19 giugno 1902, n. 242, recante "Disposizioni circa il lavoro delle donne e dei fanciulli negli opifici industriali, laboratori, ecc."
- R.D.L. 8 maggio 1927, n. 798, recante "Norme sull'assistenza degli illegittimi, abbandonati o esposti all'abbandono"
- R.D. 19 ottobre 1930, n. 1398, "Approvazione del codice penale"
- L. 5 luglio 1934, n. 1347 "Disposizioni sulle lavoratrici madri"
- R.D.L., 22 marzo 1934, n. 654, "Tutela della maternità delle lavoratrici"
- R.D. 9 luglio 1939, n. 1238, "Ordinamento dello stato civile"

- R.D. 16 marzo 1942, n. 262, “Approvazione del testo del Codice civile”
- L. 26 agosto 1950, n. 860, “Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri”
- L. 19 maggio 1975, “Riforma del diritto di famiglia”
- L. 29 luglio 1975, n. 405, recante “Istituzione dei consultori familiari”
- L. 9 dicembre 1977, n. 903, “Parita' di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro”
- L. 22 maggio 1978, n. 194, recante “Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione della gravidanza”
- L. 4 maggio 1984, n. 184, recante “Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori”
- L. 31 maggio 1995, n. 219, recante “Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”
- L. 15 febbraio 1996, n. 66, recante “Norme contro la violenza sessuale”
- L. 8 marzo 2000, n. 3 “Disposizioni per il sostegno della maternita' e della paternita', per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle citta”
- D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, recante “Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile a norma dell’art. 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127”
- L. 28 marzo 2001, n. 149, recante “Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante <Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori>, nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile”
- d.lgs. n. 151 del 26 marzo 2001, “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternita' e della paternita'”
- Decreto Ministeriale 5 aprile 2002 “Approvazione delle formule per la redazione degli atti dello stato civile nel periodo antecedente l’informatizzazione degli archivi dello stato civile”
- D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, recante “Codice in materia di protezione dei dati personali”

- L. 19 febbraio 2004, n. 40, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”
- L. 10 dicembre 2012, n. 219, recante “Disposizione in materia di riconoscimento dei figli naturali”
- D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, recante “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219”
- L. 19 ottobre 2015, n. 173, recante “Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuita' affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare”
- d.p.r. 17 luglio 2015 n. 126 “Regolamento recante adeguamento del regolamento anagrafico della popolazione residente, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, alla disciplina istitutiva dell'anagrafe nazionale della popolazione residente”

ELENCO DELLA GIURISPRUDENZA CITATA

Corti di merito italiane

Tribunale minorenni Torino, 6 ottobre 1988, in *Dir. fam.*

Tribunale minorenni Roma 18 marzo 1985, in *Dir. fam. pers.*

Tribunale minorenni Genova 14 ottobre 1995, in *Fam. dir.*, 1996

Tribunale minorenni Roma 22 giugno 1987

Tribunale minorenni Brescia 21 dicembre 2011, in *Dir. fam*

Trib. min. Roma, 22 dicembre 1992, in *Giur. merito*

Corte app. Torino, 9 giugno 1993, in *Dir. fam.*

Tribunale minorenni Ancona, 15 gennaio 1998, in *Giust. civ.*

Tribunale di Bologna, 8 maggio 2000, in *Famiglia e dir.*

Tribunale di Catania, 3 maggio 2004, in *giur. It*

Tribunale di Cagliari, 16 luglio 2005, n. 574, in *giur.it*

Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007, in *giur.it*

Tribunale minorenni Bari, 7 maggio 2008, in *Fam. e dir*

Tribunale minorenni Firenze, 6 giugno 2014, in *Questioni di diritto di famiglia*

Corte d'Appello di Catania sez. minori, 5 dicembre 2014 , in *Foro it.*

Corte d'Appello di Venezia, 21 marzo 2014, in *Foro it*

Tribunale di Roma, sez. I civ., 8 agosto 2014, in *Diritto e Giustizia*

Corte d' Appello di Milano, 10 marzo 2015, n. 496, in www.altalex.it

Trib. minorenni Catania, 26 marzo 2015, in *Minorigiustizia*

Tribunale minorenni Trieste, 8 maggio 2015, in *questionegiustizia.it*

Tribunale di Milano, 14 ottobre 2015, n. 11475, in *Famiglia e Diritto*

Tribunale di Roma, 22 aprile 2015, in *BioLaw Journal*

Tribunale minorenni Roma, 22 ottobre 2015, in *Articolo29*

Tribunale di Roma, 10 maggio 2016, in *BioLaw Journal*

Tribunale di Bari, 15 marzo 2016, in *DeJure*

Corte d'appello di Milano, 25 luglio 2016, in *Articolo29*

Tribunale minorenni Bologna, 22 novembre 2018, in *Articolo29*

Corte d'appello Napoli 15 giugno 2018, in *Articolo29*

Tribunale minorenni Bologna 4 gennaio 2018, in *Articolo29*

Corte d'appello di Perugia, 22 agosto 2018, in *Articolo29*

Corte d'appello Venezia, 16 luglio 2018 in *Articolo29*

Corte d'appello Milano 9 febbraio 2017, in *Articolo29*

Tribunale minorenni Firenze 16 novembre 2017, in *Articolo29*

Tribunale minorenni Palermo 3 luglio 2017, in *Articolo29*

Tribunale minorenni Venezia 15 giugno 2017, in *Articolo29*

Tribunale minorenni Roma 29 aprile 2016, in *Articolo29*

Tribunale di Roma, 17 gennaio 2018, n. 18772, in *DeJure*

Corte d'Appello di Napoli, 15 giugno-4 luglio 2018, in *Articolo29*

Corte d'appello di Milano, 10 agosto 2015 n. 3397, in *Articolo29*

Tribunale di Perugia, 9 febbraio 2018, in *Articolo29*

Corte di Appello di Napoli 4 luglio 2018, in *Articolo29*.

Tribunale di Pistoia 5 luglio 2018, in *Articolo29*

Tribunale di Bologna 6 luglio 2018, in *Articolo29*

Tribunale di Genova 3 dicembre 2018, in *Articolo29*

Tribunale di Rovereto 12 aprile 2019, in *Articolo29*

Corte d'Appello di Firenze 19 aprile 2019, in *Articolo29*

Tribunale di Genova 4 giugno 2019, in *Articolo29*

Corti d'Appello di Perugia, 21 novembre 2019, in *Articolo29*

Tribunale di Napoli 6 dicembre 2016, in *Articolo29*

Tribunale di Brescia, 11 novembre 2020, in *Articolo29*

Tribunale di Trento, 25 maggio 2020, in *Articolo29*

Tribunale di Pistoia, 5 luglio 2018, in *Articolo29*

Tribunale di Genova, 4 novembre 2020, in *Articolo29*

Tribunale di Roma 2 aprile 2021, in *Articolo29*

Corte d'appello Napoli 16 maggio 2018, in *Articolo29*

Corte d'appello Perugia 22 agosto 2018, in *Articolo29*

Corte d'appello Bari 3 febbraio 2020, in *Articolo29*

Tribunale di Bologna, 6 luglio 2018, in *Articolo29*

Corte app. Napoli 4 luglio 2018 n. 145, in *Articolo29*

Corte app. Roma 27 aprile 2020 n. 1453, in *Articolo29*

Tribunale di Cagliari 28 aprile 2020 n. 1146, in *Articolo29*

Corte app. Cagliari 691/2021, in *Articolo29*

Tribunale di Roma 11 febbraio 2020, in *Articolo29*

Tribunale di Cagliari 28 aprile 2020, in *Articolo29*

Corte app. Trento, 16 gennaio 2020, in *Articolo29*

Tribunale di Bergamo, 20 aprile 2020, in *Articolo29*

Tribunale di Taranto 17 giugno 2022, in *Articolo29*.

Tribunale di Trento, 16 gennaio 2020, in *Articolo29*

Tribunale di Bari, 17 dicembre 2019, in *Articolo29*

Tribunale di Rimini, 25 gennaio 2020, in *Articolo29*

Tribunale di Bergamo 25 marzo 2020, in *Articolo29*

Corte d'appello di Roma 27 aprile 2020, in *Articolo29*

Tribunale di Cagliari, 28 aprile 2020, in *Articolo29*

Tribunale di Brescia, 11 novembre 2020, in *Articolo29*

Tribunale di Perugia, 28 novembre 2020, in *Giur. It.*

Tribunale di Milano, 12 novembre 2020 n. 28663, in *wikilabour.it Dizionario dei diritti dei lavoratori*.

Corte d'appello di Cagliari, 29 aprile 2021, in *Articolo29*

Tribunale di Roma, 18 aprile 2021, in *Articolo29*

Corte. App. Milano, Sez. Lav., 17 Marzo 2021, n. 453, in *wikilabour.it Dizionario dei diritti dei lavoratori*.

Corte App. Bologna, 27 gennaio 2021 n. 163, in *DeJure* .

Corti straniere

UK - Supreme Court: Whittington Hospital NHS Trust (Appellant) v XX (Respondent), 1 aprile 2020

Court of Appeal (R. (McConnell and YY) v Registrar General [2020] EWCA Civ 559, 29 aprile 2020

Corte di Cassazione

Corte di Cassazione, III penale, 16 febbraio 1976 n. 12855

Corte di Cassazione, III penale, 16 novembre 1998, n. 11243

Corte di Cassazione, III penale, 26 marzo 2004, n. 14789

Corte di Cassazione, III penale, 12 luglio 2007, n. 36962

Corte di Cassazione, I civile, 19 ottobre 2011, n. 21651

Corte di Cassazione 14 febbraio 2011, I civile, n. 3572

Corte di Cassazione, I civile, 29 maggio 2012, n. 12198

Corte di Cassazione, I civile, 22 giugno 2016, n. 12962

Corte di Cassazione, 21 luglio 2016, n. 15024

Corte di Cassazione, I civile, 23 febbraio 2016, n. 3479

Corte di Cassazione, 30 giugno 2016, n. 19599

Corte di Cassazione, I civile, 9 novembre 2016, n. 22838

Corte di Cassazione, 5 aprile 2016, n. 6575

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 25 gennaio 2017, n. 1946
Corte di Cassazione, I civile, 20 marzo 2018, n. 6963
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 8 maggio 201, n. 12193
Corte di Cassazione, I civile, 22 settembre 2020, n. 19824
Corte di Cassazione, 3 aprile 2020, n. 7668
Corte di Cassazione, I civile, 29 aprile 2020, n. 8325
Corte di Cassazione, I civile, 15 dicembre 2020 n. 28646
Corte di Cassazione, 9 agosto 2021, n. 22497
Corte di Cassazione, 3 marzo 2022, n. 7093
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 30 dicembre 2022, n. 38162,

Corte Costituzionale

Corte Costituzionale, 18 febbraio 1975 , n. 27
Corte Costituzionale, 7 febbraio 2000, n. 49
Corte Costituzionale, 24 luglio 2000, n. 332
Corte Costituzionale, 28 gennaio 2005, n. 45
Corte Costituzionale., 25 novembre 2005, n. 425
Corte Costituzionale, 8 maggio 2009 n. 151
Corte Costituzionale, 22 novembre 2013, n. 278
Corte Costituzionale, 9 aprile 2014, n. 162
Corte Costituzionale, 5 giugno 2015, n. 96
Corte Costituzionale 12 novembre 2015, n. 229

Corte Costituzionale, 18 dicembre 2017, n. 272

Corte Costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221

Corte Costituzionale, 4 novembre 2020, n. 230

Corte Costituzionale, 9 marzo 2021, n. 32

Corte Costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33

Corte Costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79

Corte EDU

CEDU *Bruggermann e Sheuten c. Germania*, 19 maggio 1976

CEDU *Di Lazzaro c. Italia*, 10 luglio 1997

CEDU *Tysiac c. Polonia*, 20 marzo 2007

CEDU *Dickson c. Regno Unito*, 4 dicembre 2007

CEDU *Evans c. UK*, 10 aprile 2007

CEDU *E.B. c. Francia*, del 22 gennaio 2008

CEDU *A, B, C c. Irlanda*, 16 dicembre 2010

CEDU *V.C. c. Slovakia*, 8 febbraio 2012

CEDU *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012

CEDU, *X e altri c. Austria*, 19 febbraio 2013

CEDU *I.G. c. Slovakia*, 29 aprile 2013

CEDU *A.H. e altri c. Russia*, 17 gennaio 2017

CEDU, *Grande Chambre*, parere del 10 aprile 2019

CEDU, *KK e altri c. Danimarca* del 6 dicembre 2022

Corte di Giustizia UE

Corte di Giustizia, sentenza 28 febbraio 2008, causa C-506/06

Corte di Giustizia, sentenza D., causa C-167/12

Corte di Giustizia, sentenza 14 dicembre 2021, C-490/20 V.M.A. *Stolichna Obshtina rayon "Pancharevo"*