

La trascrizione dei certificati di nascita
fra sindaci, giudici e Sezioni unite:
dieci brevi contributi
per un dibattito attuale

4

Maria Carmela Venuti

La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per
una coppia di uomini

La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini

MARIA CARMELA VENUTI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il vaglio di (non?) conformità all'ordine pubblico dell'atto di nascita con doppia paternità. – 3. L'interesse del minore alla trascrizione dell'atto di nascita con doppia paternità. – 4. Segue: la tutela deminuta offerta dall'adozione in casi particolari e la diversità rispetto alla doppia genitorialità iniziale. – 5. Gli interessi contrapposti

1. Considerazioni introduttive.

Questa breve analisi si concentra sulla condizione giuridica dei bambini nati a seguito della procreazione assistita eterologa e gestazione per altri eseguita all'estero da una coppia di uomini, uniti civilmente o conviventi «di fatto» ai sensi della legge n. 76/2016, e precisamente in uno Stato ove gli accordi di maternità di sostituzione sono giudicati leciti e rilevanti.

La prima questione che viene in rilievo è la riconoscibilità nell'ordinamento italiano degli atti di nascita formati nel paese straniero in conformità alle sue leggi.

L'analisi fenomenologica della fattispecie proietta l'interprete in una dimensione per così dire *ex post*, cioè in un assetto fattuale e di conseguenze giuridiche già significativamente delineato, riguardo al quale si tratta di sondare la possibilità, nel sistema interno, di attribuire corrispondente visibilità e consistenza sul piano degli effetti giuridici.

Non venendo qui in rilievo considerazioni di stampo general-preventivo, che sono appannaggio (tendenzialmente esclusivo) del legislatore, la prospettiva è piuttosto quella di individuare le coordinate del ragionamento giuridico. Il quale, metodologicamente, deve partire dall'analisi della fattispecie concreta come dato *ex opere operato*, *ex post facto*, espungendo da essa il profilo delle eventuali precedenti violazioni di

prescrizioni di legge, e deve poi considerare la situazione com'è nel dato presente e come presumibilmente si svolgerà nel futuro.

La seconda questione, intrecciata con la precedente, è quella relativa alla normativa di riferimento, al fine di individuare i principi e le regole applicabili alla prole generata tramite tecniche di procreazione medicalmente assistita e, segnatamente, a quella nata a seguito di gestazione per altri (di seguito, gpa).

Anticipiamo subito che la soluzione che si intende qui proporre è quella che non soltanto si possa, ma anche si *debba* procedere alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero con l'indicazione della doppia paternità in capo ai due genitori d'intenzione; e ciò per le ragioni che ci accingiamo ad esporre sulla scorta dei principali nodi tematici.

2. Il vaglio di (non?) conformità all'ordine pubblico dell'atto di nascita con doppia paternità.

Anzitutto viene in rilievo la questione dell'eventuale contrarietà all'ordine pubblico dell'atto formato all'estero: estremo che ne impedirebbe la trascrivibilità ai sensi dell'art. 18 dell'Ordinamento dello stato civile (d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396) e la produzione degli effetti a mente degli artt. 16 e 65 delle previsioni di diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995, n. 218). La contrarietà discenderebbe dal divieto di ricorrere alla gpa desumibile dalla pena della reclusione da tre mesi a due anni e della multa da 600.000 euro a un milione di euro comminata a chi – in qualsiasi forma – realizzi, organizzi o pubblicizzi la surrogazione di maternità (art. 12, comma 6°, della legge in tema di procreazione medicalmente assistita).

Il rilievo dell'interdetto è stato stressato, sia pure in via incidentale, dalla Consulta (anche) nel non tanto mascherato intento di voler rafforzare ed estenderne la portata oltre il perimetro e la *ratio* propri della legge n. 40/2004.

Ad una prima affermazione, con la quale la Corte ha precisato l'inesensibilità alla gpa degli argomenti a fondamento dell'incostituzionalità del divieto di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e le successive statuizioni volte a (ri)disegnare l'ordito normativo al fine di consentire il ricorso a tali metodiche anche senza un riordino della materia da parte del legislatore¹, ne sono seguite di

¹ «La tecnica in esame [procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo] (...) va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta «surrogazione di maternità», espressamente vietata dall'art. 12, comma 6,

recente altre formulate nel quadro del vaglio sulla previsione in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità². Invero, sia nell'esplicitare il dubbio che l'interesse alla verità tutelato all'art. 263 c.c. abbia «anche» natura pubblica, sia nell'individuare le variabili «molto complesse» che il giudice deve soppesare nel pervenire alla pronuncia sull'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità³, l'Alta Corte

della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia»: Corte cost., 9 aprile 2014, n. 162, in *G.U.*, 18 giugno 2014, n. 26, 1^a s.s., punto 9 della parte in diritto (e v. anche punto 11).

² Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *G.U.*, 20 dicembre 2017, n. 51, 1^a s.s.. Benché la fattispecie concreta origini da una gpa eseguita all'estero, la questione di costituzionalità attiene all'art. 263 cod. civ., 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. Come chiarisce la Corte, «la questione sollevata (...) ha per oggetto, infatti, la disciplina dell'azione di impugnazione prevista dall'art. 263 cod. civ., volta a rimuovere lo stato di figlio, già attribuito al minore per effetto del riconoscimento, in considerazione del suo difetto di veridicità» (punto 3 della parte in diritto). I giudici delle leggi, affermata l'infondatezza della questione, si diffondono nel delineare la rilevanza e la portata nell'attuale ordinamento interno del precetto che impone la considerazione dell'interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano, precisando che esso va assunto in concreto e sottoposto a un bilanciamento con gli eventuali interessi contrapposti: nel caso dell'art. 263 l'interesse (pubblico?) alla verità della filiazione. La valutazione comparativa – proseguono i giudici – può essere effettuata dallo stesso legislatore, come avviene nelle previsioni della l. n. 40/2004 che vieta il disconoscimento di paternità nella fecondazione eterologa, oppure dal giudice, che nell'ipotesi degli artt. 263 e 264 c.c. è chiamato a un bilanciamento «tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore» (punto 4.3 della parte in diritto).

³ «Oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi

ribadisce con vigore il giudizio di disvalore che in «elevato grado (...) il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità». E si chiede se la (ipotetica?) natura pubblica dell'interesse alla verità non riposi sulla circostanza che la generazione, di cui si asserisce la non veridicità del riconoscimento, sia «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».

Al riguardo, alle considerazioni formulate altrove⁴ e che qui si intendono richiamate, possiamo aggiungere le seguenti riflessioni critiche.

In premessa – e *in limine* – si condividono le perplessità sollevate in letteratura sulla sussumibilità della questione della (non) trascrivibilità dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero a seguito di gpa sotto il disposto dell'art. 263 c.c., venendo piuttosto in rilievo l'azione di «rettificazione (artt. 95 ss., d.P.R. n. 396/2000) dell'atto di stato civile che ha reso efficace in Italia l'atto di nascita straniero, contestandone la conformità all'ordine pubblico»⁵.

Andando alla questione centrale, va rimarcato che la gpa è tema eticamente sensibile⁶, sul quale è richiesto al giurista un atteggiamento di grande prudenza che tenga conto con equilibrio e serenità di tutte le istanze in causa e rifugga da soluzioni non meditate dal punto di vista assiologico e piuttosto basate su un aprioristico disgusto per la fattispecie da giudicare⁷. Né va dimenticato che la gpa può configurarsi come altruistica, solidale, gratuita, consapevole e libera, sottoposta a vaglio preventivo e successivo da parte di organi del potere giurisdizionale e/o amministrativo: elementi, questi, che non possono essere obliterati in una valutazione approfondita della fattispecie concreta⁸.

particolari, garantisca al minore una adeguata tutela»: Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

⁴ M.C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 259 ss., spec. p. 273 ss.

⁵ Così molto lucidamente G. Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, nota a Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corr. giur.*, 4/2018, p. 449 ss., spec. p. 451.

⁶ Per un approccio al generale problema in chiave penal-giusfilosofica v. G. Fiandaca, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1383 ss.

⁷ Il riferimento è al pensiero di M.C. Nussbaum, di cui v. *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge* (trad. it.), Roma, 2013.

⁸ Nella letteratura civilistica v. di recente le riflessioni di V. Scalisi, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1097

Ed ancora, se vogliamo idealmente dialogare con la giurisprudenza appena richiamata sulla non veridicità del riconoscimento, non v'è ragione di affermare detto carattere rispetto a (la trascrizione de) l'atto di nascita che riporta una co-genitorialità maschile. In esso risulta invece chiaramente una duplice verità: l'una, biologica, che per la creazione dell'embrione e la gestazione si è necessariamente fatto ricorso all'apporto di una o più donne, che hanno fornito il gamete e/o portato avanti la gravidanza; l'altra, ideale, che l'impulso per la venuta ad esistenza della nuova vita va ascritto alla coppia dei genitori d'intenzione e che a quella scelta si salda la corrispondente bipartita assunzione della responsabilità parentale⁹.

Inoltre, come accennato, bisogna ponderare se e quanto la qualificazione come reato della condotta "a monte" della nascita del bambino, chiaramente posta in essere da soggetti differenti, possa incidere in senso peggiorativo sul suo *status*. Oltretutto considerando che l'aspirazione alla genitorialità di una coppia omoaffettiva (specie maschile) non può realizzarsi altrimenti se non con il ricorso alla gpa – circostanza, questa, che potrebbe indurre a rivedere la portata del divieto¹⁰ –, e che questa pratica viene effettuata in Paesi ove è ammessa e nel rispetto delle procedure ivi previste.

La questione si atteggia – dal punto di vista normativo, non certo fenomenologico – in maniera simile, per taluni tratti, a quanto ricorre nella procreazione incestuosa. Pure lì è penalmente sanzionato l'atto sessuale – o addirittura la relazione – tra i soggetti contemplati all'art. 564 c.p., ma tale estremo, com'è noto, non incide (più) sulla condizione della prole così generata, la cui riconoscibilità (o dichiarazione giudiziale di paternità e/o maternità) è impedita unicamente se si rivela pregiudizievole per il figlio (art. 251; art. 278 c.c.). Il disvalore della condotta – peraltro sancito indipendentemente dalla procreazione – non si riversa, dunque, sulla posizione del nato, consentendo che il vincolo con gli ascendenti sia giuridicamente affermato. Viene in primo e unico piano l'interesse del minore, la cui realizzazione può portare a soluzioni differenti: la

ss.; Id., *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss., spec. p. 424 ss.

⁹ Nella giurisprudenza recente mette in esponente il rilievo della volontà degli aspiranti genitori ineliminabile come fattore scatenante della vicenda procreativa tramite procreazione medicalmente assistita Trib. Pistoia, decr. 5 luglio 2018, in www.articolo29.it, § 5.2.

¹⁰ In argomento sia consentito il rinvio a M.C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, in *GenIUS*, 1/2018, p. 85 ss.

costituzione del legame giuridico con i genitori biologici è tendenzialmente favorita, salvo che non si riveli dannosa per il bambino al cospetto della sua situazione personale, familiare e sociale.

Sotto altro profilo, tenuto conto che il *focus* della questione è la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero, ci si chiede se l'onda d'urto del divieto di gestazione per conto altrui della legge n. 40/2004 non sia – in questa fase, in cui il bambino è già nato – neutralizzata dalla circostanza della rinuncia al rapporto parentale da parte della gestante e della donna che, eventualmente diversa, abbia concorso con il proprio ovulo alla formazione dell'embrione poi impiantato in utero. Sul punto si tornerà al § 5.

Viene, semmai, in primo piano la posizione del bambino e la tutela dei suoi diritti inviolabili.

Pertanto, posto che la contrarietà all'ordine pubblico non deve concernere la pratica della gestazione per altri, ma l'atto di nascita formato legittimamente all'estero per gli effetti che sarebbe destinato a produrre nel nostro ordinamento, lo scrutinio deve riguardare unicamente questo profilo e va condotto tenendo conto dei principî fondamentali inabdicabili del nostro sistema, e in primo luogo dell'interesse del minore.

L'indagine deve verificare in positivo come esso si atteggi e se vi siano interessi altri capaci di insidiarne la primazia ad esito di un bilanciamento che potrebbe determinare l'arretramento della tutela del bambino.

3. L'interesse del minore alla trascrizione dell'atto di nascita con doppia paternità.

Il diritto della prole alla doppia figura genitoriale viene sia pur implicitamente sancito a livello costituzionale, com'è ricavabile da una lettura evolutiva delle previsioni che impongono ad *ambedue* i genitori di mantenere, istruire, educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio, che contemplano l'adozione di misure a tutela dei minori in ipotesi di incapacità degli ascendenti nell'assolvere i compiti di cura e assistenza della prole (art. 30) e assicurano protezione alla maternità, all'infanzia, alla gioventù (art. 31).

Viene altresì espressamente contemplato nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, che costituisce, com'è noto, parametro interposto di costituzionalità. Qui è previsto in particolare l'impegno degli Stati parti «ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale (...)»

(art. 3) ed è sancito il «diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali» (art. 8). Viene in rilievo altresì nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in cui è affermato il diritto del minore alla protezione e alle cure necessarie per il suo benessere e ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i *due genitori* – senza specificare di che sesso siano – salvo che ciò sia contrario al suo interesse (art. 24)¹¹.

Sul piano della legge ordinaria, considerando inoltre – e qui il discorso si volge anche alla seconda questione prospettata all'inizio – che la costituzione del legame giuridico tra genitori e figli nati a seguito di procreazione medicalmente assistita nel nostro ordinamento viene regolata dalla legge n. 40 del 2004¹², il precetto della bigenitorialità viene attestato pure in questo plesso normativo¹³. Ed invero in questa direzione militano la previsione che impedisce il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle persone singole (art. 5), quella che attribuisce al nato lo stato di figlio della coppia, sia essa unita in matrimonio o no (art. 8), i divieti di disconoscimento della paternità e di anonimato della madre in caso di ricorso alle tecniche di tipo eterologo (art. 9), ed ancora, sempre in caso di procreazione medicalmente assistita eterologa, l'assenza di relazione giuridica parentale con il donatore di gameti. Tutte statuizioni che, per un verso, mettono in presa diretta la condizione giuridica del nato con il consenso formulato dagli aspiranti genitori al momento dell'accesso alle

¹¹ Sul punto v. la ricostruzione fornita dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 272 del 2017 e, nella letteratura recente, il saggio di V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, citato alla nota 8.

¹² In dottrina indica molto chiaramente in queste previsioni il tessuto normativo di riferimento M. Gattuso, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in G. Buffone, M. Gattuso, M. Winkler, *Unione civile e convivenza*. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017, Milano, 2017, p. 255 ss. (cui si rimanda anche per i pertinenti richiami bibliografici). E v. altresì M.C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, cit., p. 97 ss.. In continuità con questa linea esegetica si v., nella giurisprudenza recente, Trib. Bologna, decr. 6 luglio 2018, in www.articolo29.it; App. Napoli, 4 luglio 2018, *ivi*.

¹³ Così, in giurisprudenza, ad es., Trib. Pistoia, decr. 5 luglio 2018, cit., § 5.2.

tecniche e, per altro verso, impediscono un ripensamento della scelta di procreare grazie all'apporto di terzi estranei alla coppia.

In questo secondo caso, in particolare, l'interesse del nato alla costituzione del rapporto parentale con entrambi i membri della coppia che ha dato avvio al processo procreativo prevale senza discussioni sul recessivo interesse alla verità biologica impedendo all'adulto di abdicare alla responsabilità genitoriale intimamente e ineluttabilmente connessa con la decisione, assunta a suo tempo in modo libero e consapevole, di accedere alle tecniche.

Se si consentisse a una simile opzione, considerato il divieto di costruire una relazione giuridica parentale con il donatore di gameti, il bambino si vedrebbe privato in maniera irreversibile della doppia figura genitoriale subendo un irrimediabile *vulnus* alla propria identità personale-familiare-sociale.

In sostanza, la legge n. 40/2004, di fronte a una genitorialità che altrove abbiamo definito "atipica"¹⁴ nella genesi, perché anomala rispetto al modello eterosessuale a canone omologo originariamente contemplato come unico ammissibile, attribuisce indiscutibilmente la primazia all'interesse del nato alla costituzione del rapporto con *entrambi* i componenti della coppia di aspiranti genitori. Segno inequivocabile che la scelta libera e consapevole dell'adulto è impegnativa nei confronti del nato anche in assenza di corrispondenza genetica e che il diritto del minore alla bigenitorialità e alla relazione con le due figure parentali prevale sull'interesse alla verità biologica della procreazione.

Infatti, nella filiazione da procreazione medicalmente assistita – omologa come eterologa – il criterio elettivo di formazione del vincolo parentale e di assunzione della responsabilità nei confronti del nato è quello della volontà espressa in modo libero e consapevole – anche in ordine alle conseguenze giuridiche – dagli aspiranti genitori al momento dell'accesso alle tecniche. Che questo possa avere come *output* un marcato scollamento tra verità biologica e realtà degli affetti è conseguenza nota e regolata nel senso indicato dal legislatore sin dal varo della legge n. 40/2004. L'evoluzione successiva ha portato all'esplicita ammissione nella normazione secondaria della cosiddetta "doppia eterologa", in cui sostanzialmente si verifica quella sorta di «adozione prenatale» di cui parlava la dottrina più sensibile già all'indomani dell'emanazione della legge in discorso, ascrivendo pienamente la formazione del legame con il al

¹⁴ M.C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, cit., p. 95, p. 98 ss.

momento volontaristico bambino¹⁵. Fattispecie, sia detto per inciso, che dal punto di vista genetico può esibire un distacco dalla verità più marcato di quanto non possa avvenire nella gpa.

Non è solo questa l'ipotesi in cui nel nostro ordinamento la genitorialità maschile – se vogliamo restare al tema di queste brevi note – si fonda sull'elemento volontaristico e prescinde dal dato genetico. L'adozione lo è per definizione. Ma anche la disciplina sul disconoscimento di paternità e quella sull'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità da parte dell'autore della dichiarazione dimostrano, con le preclusioni e i limiti temporali di esperibilità che la connotano, che il *favor veritatis* non è il bene supremo. Piuttosto, testimoniano che il figlio è l'arbitro di ultima istanza della vicenda che concerne la sua generazione e che è il suo interesse quello alla fine prevalente.

D'altra parte, se di verità si vuole discutere rispetto alla questione della prole nata da gpa per una coppia *same-sex* (ovviamente maschile), la indicazione nei registri dello stato civile della unica paternità, quella di chi ha fornito il gamete per la formazione dell'embrione, non aggiunge nulla in verità rispetto all'atto (da trascrivere) che riporta la co-genitorialità del genitore intenzionale. Anzi, maschera la realtà e allude ad una successiva genitorialità femminile impossibile ad attuarsi nella specie (*v. retro*).

A ben vedere, le ipotesi di monogenitorialità contemplate dalle norme codicistiche sono ricalcate sulla procreazione «naturale», «tipica», che può garantire al nato un esito di bigenitorialità sia pure con gradualità e a volte forzando la mancata volontà di assumere spontaneamente la responsabilità genitoriale dell'adulto: in particolare del padre biologico, tenuto conto del diritto della gestante al parto anonimo. Percorso ed esito che non possono darsi nella procreazione medicalmente assistita eterologa.

La trascrizione dell'atto con doppia genitorialità paterna inocula nella vicenda un elemento di artificio la cui anomalia – seppure in questi termini si volesse qualificare la scelta di diventare genitori e dare alla luce una nuova vita – viene ampiamente giustificata dalla assunzione di responsabilità del padre d'intenzione.

Peraltro non è da escludere che le statuizioni dettate per il bambino nato a seguito di eterologa non concernano anche il nato da gpa. Invero nell'impianto originario della legge n. 40/2004 il divieto di accesso venne formulato esclusivamente con riguardo alle tecniche di tipo eterologo: dizione ampia, comprensiva anche della maternità di sostituzione. Correlativamente l'art. 9, che si riferisce alle conseguenze del ricorso alla fecondazione eterologa, è verosimilmente stato pensato pure per la nascita a

¹⁵ G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 99 ss., p. 106.

seguito di gpa: ipotesi altrimenti priva di specifica regolamentazione. Il richiamato 6° comma dell'art. 12 si limita, infatti, a individuare l'apparato sanzionatorio nei confronti di chiunque realizzi organizzati o pubblicizzati la «surrogazione di maternità», tacendo sugli altri profili connessi alla fattispecie in discorso e, segnatamente, sulla condizione del nato.

Ove si ritenesse, invece, che la filiazione realizzata tramite gpa non sia ricompresa sotto il disposto degli artt. 8 e 9, l. n. 40/2004, ad essi (e al collegato art. 6) potrà comunque farsi riferimento in via analogica¹⁶.

In ogni caso – sia in ipotesi di applicazione diretta, sia in quella analogica – si dovrà tener conto che dal complessivo impianto della legge vengono due direttive all'interprete: la salvaguardia dell'interesse alla doppia figura genitoriale sin dalla nascita del figlio; la preminenza del criterio della volontarietà su quello della discendenza genetica per l'attribuzione della paternità.

A un vaglio complessivo del nostro ordinamento, alla luce dei principi costituzionali di riferimento, non vi sono argomenti di ordine pubblico che ostino alla omogenitorialità e che imporrebbero, pertanto, di negare l'acquisizione della relazione parentale con il co-padre intenzionale in contrasto con il criterio del consolidamento giuridico della continuità affettiva e dell'assicurazione al minore della bigenitorialità. Sul punto, oltre a richiamare quanto altrove osservato¹⁷, è il caso di rimarcare come il diritto vivente offra ampie e ripetute conferme della percorribilità di tale soluzione nel nostro ordinamento, a testimonianza della sua conformità sul piano assiologico. La S.C. ha escluso l'esistenza, a livello costituzionale, di «un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e anche di generare figli»¹⁸ e in altra occasione ha negato l'esistenza di un conflitto d'interessi tra madre biologica e la figlia rispetto alla possibilità di questa essere adottata dalla compagna della genitrice e reputato non in contrasto con l'interesse della minore l'orientamento sessuale della madre e della sua *partner*¹⁹. Ed ancora di recente i giudici di legittimità, nel confermare il

¹⁶ Così pure M. Gattuso, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, cit., p. 282.

¹⁷ Nel già ricordato *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex»*. *La genitorialità negata come problema giuridico*, p. 283 ss.

¹⁸ Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181 ss., con nota di G. Ferrando, (punto 12 della motivazione).

¹⁹ Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2342 ss., con nota di G. Casaburi, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*. Cfr. altresì Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878, in *Fam. e dir.*, 1/2018, p. 5 ss., con nota di F. Longo, *Le "due madri" e il rapporto biologico*. Già in precedenza gli Ermellini avevano osservato che non v'è

riconoscimento di provvedimenti stranieri di adozione piena di due minori da parte delle rispettive co-madri, hanno sancito che non vale ad escludere la compatibilità con l'ordine pubblico considerato in maniera integrata con il preminente interesse dei minori, «il dato, conseguente, dell'inserimento de[lle] stess[e] minori nel contesto di una famiglia costituita da coppia omosessuale, e delle possibili ripercussioni negative sul piano della crescita e dell'educazione», ribadendo l'ininfluenza di meri pregiudizi e la «non incidenza dell'orientamento sessuale della coppia sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale»²⁰.

Dal canto suo l'Alta Corte ha implicitamente ritenuto meritevole di tutela per i figli di una coppia di donne, poi separatesi, mantenere il legame con la *ex* compagna della madre biologica, in sostanza con la genitrice intenzionale, rilevando come fosse pregiudizievole per la prole e in contrasto con il suo interesse la condotta della madre legale di «interruzione ingiustificata (...) di un rapporto significativo, (...) instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti», e ha invocato la tutela offerta dall'art. 333 c.c.²¹.

Non si può più nemmeno parlare di silenzio del legislatore ordinario sul punto: infatti, sia dalla legge 20 maggio 2016, n. 76 sulle unioni civili e le

evidenza scientifica sulla dannosità per un bambino ad essere allevato in una famiglia omosessuale: Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. dir.*, n. 6/2013, p. 570 ss., con nota (parzialmente critica) di F. Ruscello; in *Giur. it.*, 2013, p. 789 ss., e p. 1036 ss., con note di B. Paparo e di M.M. Winkler; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 432 ss., con nota di C. Murgo. Cfr. altresì Cass. civ., sez. I, 18 giugno 2008, n. 16593, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 68 ss., con nota di M. Mantovani; in *Fam. dir.*, 12/2008, p. 1106 ss., con nota di D. Amram.

²⁰ Cass. civ., sez. I, ord. 31 maggio 2018, n. 14007, in *Pluris*, la quale ha statuito che «le sentenze di adozione del giudice francese di cui si chiede il riconoscimento in Italia non risultano contrarie all'ordine pubblico, valutato in relazione al superiore interesse dei minori ed al mantenimento, già vagliato dal giudice straniero, della stabilità della vita familiare venutasi a creare con ambedue le figure genitoriali». In relazione all'ordine pubblico ha osservato che nella materia specifica vale ad integrare lo stesso concetto di ordine pubblico «il preminente interesse del minore, alla base della normativa nazionale ed internazionale in materia di adozione, e quindi il diritto del minore a vivere in modo stabile in un ambiente domestico armonioso ed ad essere educato e assistito nella crescita con equilibrio e rispetto dei suoi diritti fondamentali».

²¹ Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *G.U.*, 26 ottobre 2016, n. 43, 1^a s.s.

convivenze di fatto, sia dalla più recente legge 11 gennaio 2018, n. 4 («Modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici»²²) si traggano impliciti ma inequivocabili riferimenti alla consapevolezza del legislatore circa l'esistenza di figli all'interno della coppia unita civilmente²³.

Un granitico attestarsi dell'ordinamento sulla genitorialità eterosessuale «natural-tipica» potrebbe giustificarsi soltanto se traesse linfa da un principio supremo impresso nella Carta fondamentale e strutturato come pilastro irrinunciabile, indefettibile della comunità unita nel sugello costituzionale. Ma così non è.

Come abbiamo già affermato altrove e qui richiamiamo testualmente²⁴, nessuna direttiva sulle modalità procreative è da scorgere nella nostra *Charta*: non all'art. 29, e nemmeno all'art. 30, da cui si trae piuttosto un precetto fondamentale di cura, assistenza, tutela giuridica e sociale della *prole* già nata. L'art. 30 impone pari doveri e uguali responsabilità ai genitori rispetto alla prole, quale che sia il contesto in cui essa è stata generata; sancisce la (tendenziale) equiparazione dei figli nati fuori del matrimonio ai membri della famiglia legittima; assume, soprattutto, come istanza prioritaria la *protezione e la cura dei figli*, demandando eventualmente l'assolvimento dei compiti parentali a soggetti differenti dai genitori in caso di loro incapacità (e, a maggior ragione, di loro assenza). Il rilievo apicale delle cure parentali viene ribadito all'art. 31, che attribuisce allo Stato un ruolo di assistenza e sostegno economico-sociale alla formazione delle

²² E qui, segnatamente, v. l'art. 1 che ammette al gratuito patrocinio «i figli minori o i figli maggiorenni economicamente non autosufficienti rimasti orfani di un genitore a seguito di omicidio commesso in danno dello stesso genitore dal coniuge, anche legalmente separato o divorziato, dall'altra parte dell'unione civile, anche se l'unione civile è cessata, o dalla persona che è o è stata legata da relazione affettiva e stabile convivenza (...)».

²³ Sul punto v. M. Gattuso, M.M. Winkler, *Clausola generale di equivalenza e filiazione*, in G. Buffone, M. Gattuso, M. Winkler, *Unione civile e convivenza*. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017, cit., p. 238 ss.. V. altresì M.C. Venuti, *Effetti personali, patrimoniali e successori*, in *Quaderno 2018. Famiglie e matrimoni*, a cura di Gilda Ferrando, Marcella Fortino, Francesco Ruscello, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Paolo Zatti, in corso di pubblicazione per i tipi della Giuffrè.

²⁴ M.C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, cit., p. 86 s.

famiglie e all'adempimento dei relativi compiti, e assicura protezione alla maternità, all'infanzia, alla gioventù.

In una lettura evolutiva i principî di uguaglianza, parità, non discriminazione, cura e protezione della prole che emergono dalla Costituzione ben possono adattarsi a governare una genitorialità fondata sull'artificio com'è quella realizzata con tecniche di procreazione medicalmente assistita.

A livello sovranazionale la Corte EDU ha ritenuto ammissibile la omogenitorialità alla luce delle previsioni della Convenzione sul diritto al rispetto della vita privata e familiare e di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, ed ha condannato lo Stato austriaco per aver discriminato le coppie *same-sex* non ammettendole all'adozione coparentale invece consentita alle coppie eterosessuali non coniugate²⁵. Benché agli ordinamenti nazionali si riconosca un margine di discrezionalità nella scelta di consentire o no e in che forme la genitorialità alle coppie omoaffettive, i giudici di Strasburgo hanno puntualizzato come tale margine sia limitato laddove si tratti di incidere su diritti e libertà fondamentali, quale il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto di non subire in quest'ambito discriminazioni legate all'orientamento sessuale. Pertanto, nel caso del divieto di accesso all'adozione coparentale per le coppie *same-sex*, gli ordinamenti nazionali devono giustificare la scelta come strumento volto a perseguire scopi legittimi – la salvaguardia della famiglia tradizionale e la tutela dell'interesse del minore – e sia proporzionato a tale scopo²⁶.

Se così è e, in ispecie, se si tratta di scrutinare gli spazi di discrezionalità degli Stati parti, non esiste un ostacolo nei sommi principî alla genitorialità omosessuale, ma il suo divieto o la sua ammissione è frutto di una scelta di politica del diritto del legislatore ordinario.

Riferito al nostro sistema ciò vuol dire che un'innovazione legislativa che ammettesse *expressis verbis* la genitorialità nelle coppie omoaffettive non comporterebbe uno scardinamento del sistema costituzionale.

Va ricordato, per inciso, che la genitorialità in capo a due soggetti dello stesso sesso è legalmente attestata in Italia a partire dalla legge sul transessualismo²⁷.

²⁵ Corte EDU, Grande Camera, 19 febbraio 2013, ric. 19010/07, *X et al. c. Austria*, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>.

²⁶ Corte EDU, Grande Camera, 19 febbraio 2013, ric. 19010/07, *X et al. c. Austria*, cit., §§ da 136 a 141.

²⁷ Come notavamo in *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex»*. *La genitorialità negata come problema giuridico*, cit., p. 284.

Nella fattispecie all'esame impedire la trascrizione dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero priverebbe il nato della doppia figura genitoriale, giacché nella gpa la madre genetica e, se diversa, la madre gestante hanno rinunciato al legame con il bambino. Sicché la sua (ri)costituzione dal punto di vista giuridico è impossibile.

La filiazione accertata solamente in capo al *partner* geneticamente correlato al bambino/a determina una frattura rispetto alla doppia genitorialità sociale invece vissuta nella realtà dalla coppia, la quale ha voluto e attivato il processo generativo e che si comporta come tale nei confronti del figlio.

La monogenitorialità legale si traduce in una mutilazione dei diritti del figlio rispetto alla persona del padre intenzionale sotto il profilo identitario (venendogli a mancare una parte del suo vissuto affettivo e giuridico già consolidato e di quello futuro) e della *summa* di prerogative legate allo *status* di figlio: mantenimento, educazione, cura, istruzione, assistenza; diritto a crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti; diritti successori; legami di parentela; diritti "sociali"²⁸; diritti di cittadinanza²⁹.

La mancata trascrizione, inoltre, impone al bambino uno *status* familiare claudicante³⁰, impedendo la continuità di legame giuridico già instaurato con il genitore intenzionale nel paese di provenienza.

Nello spazio europeo la non «portabilità» dello *status* contrasta con la libertà di circolazione e di soggiorno, determinando nuovamente una perdita secca in termini di identità personale e di salvaguardie assicurate al bambino in un diverso Stato membro ove lui e la sua famiglia possono risiedere.

²⁸ Con questa formula si allude qui in via stipulativa a tutte le tutele – assistenza socio-sanitaria, servizi scolastici, assegni integrativi, servizi assicurativi e via discorrendo – attribuite e/o riconosciute al bambino in quanto *figlio* di una determinata persona.

²⁹ Su questo profilo v. Corte Edu, IV sez., 11 ottobre 2011, ric. 53124/09, *Genovese c. Malta*, secondo cui «the denial of citizenship may raise an issue under Article 8 because of its impact on the private life of an individual, which concept is wide enough to embrace aspects of a person's social identity» (§ 33).

³⁰ In questi termini si è espressa la Corte federale tedesca qualche anno fa nell'espone le ragioni favorevoli alla trascrivibilità dell'atto di nascita straniero di un bambino nato con gpa promossa da una coppia di uomini: BGH, 10 dicembre 2014, XII ZB 463/13. Analogamente in Italia, Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

Com'è stato sottolineato anche di recente in giurisprudenza³¹, in caso di morte o di incapacità dell'unico genitore legale il minore si troverebbe con un genitore degli affetti privo, però, della corrispondente visibilità giuridica e senza legittimazione a svolgere il ruolo parentale nei confronti dello Stato e delle diverse articolazioni della comunità organizzata (sanità, scuola, servizi sociali, e via discorrendo). Ma pure in caso di rottura irreversibile del rapporto di coppia tra i co-padri l'inesistenza giuridica del vincolo con il genitore non biologico potrebbe portare a recidere il legame affettivo con costui, con grave nocumento per il bambino.

4. Segue: la tutela *deminuta* offerta dall'adozione in casi particolari e la diversità rispetto alla doppia genitorialità iniziale.

Il *vulnus* inferto al minore con la negazione della trascrizione dell'atto di nascita straniero può essere superato con l'*escamotage* della successiva adozione in casi particolari dal bambino da parte del padre intenzionale. In questo senso è la prospettazione suggerita dalla Consulta nella recente decisione n. 272/2017 sull'art. 263 c.c. quale soluzione di salvataggio per il minore, a fronte dell'eventuale accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità sulla spinta della preminenza dell'interesse pubblico alla verità di una procreazione attuata tramite la riprovata pratica della «surrogazione di maternità»³².

Ostano all'accoglimento di questa soluzione almeno le seguenti ragioni, che si appuntano sull'atteggiarsi dell'istituto dell'adozione e sulla sua funzione.

In primo luogo viene in rilievo il profilo funzionale: l'adozione della coppia o del singolo vale ad attribuire al bambino un nucleo familiare o un

³¹ App. Napoli, 4 luglio 2018, cit., § 6.

³² «(...) la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi de[ve] tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso. Tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela»: Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., punto 4.3. della parte in diritto. Tra le pronunce di merito v. Trib. Min. Roma, 23 dicembre 2015, in www.articolo29.it

genitore *sostitutivo* rispetto a quello di origine: circostanza che non si verifica nel caso dell'adozione del *secondo padre* a seguito di gpa, perché manca e non è mai stata presente, né lo sarà, la figura materna, atteso il rifiuto della gestante di assumere il ruolo di madre e l'impossibilità di istituire il legame giuridico con l'eventuale differente donatrice dell'ovulo³³.

L'adozione si pone, inoltre, come più volte affermato dalla S.C., come *extrema ratio* nella tutela del minore, al quale va *in primis* riconosciuto e garantito il diritto di vivere ed essere allevato dalla famiglia entro la quale è nato³⁴.

L'adozione, in altri termini, si inserisce in una vicenda generativa già formata e, spesso, consolidata in capo a soggetti differenti dagli aspiranti genitori.

Sotto altro profilo, l'adozione dei minori interviene di necessità in un momento successivo all'attuazione della vicenda procreativa realizzata da una coppia diversa da quella formata dagli o dall'adottante: elemento che distanzia tale istituto dalla procreazione tramite gpa, in cui la scelta genitoriale della coppia di genitori intenzionali è, invece, il motore che ha dato avvio alla nascita del bambino/a (che si vuole successivamente adottato da uno di essi) e che lo accoglie nel suo seno dalla nascita, senza alcuno iato né cronologico né affettivo.

Si ha, quindi, una dilazione temporale tra la nascita del bambino e l'acquisto del legame parentale adottivo che certamente non giova al minore sia dal punto di vista del suo sviluppo evolutivo, sia da quello identitario, sia, ancora, da quello della condizione giuridica. L'estremo segna inevitabilmente una disparità con gli altri bambini nati da procreazione medicalmente assistita – anche concepiti con la cosiddetta doppia eterologa – costringendolo ad conquistare la bigenitorialità tramite un procedimento graduale e incerto nell'avvio e nei risultati.

Il suo buon esito dipende, infatti, dal permanere in vita e dalla perdurante capacità del genitore d'intenzione. Ma anche dal mantenimento della scelta biparentale da parte di entrambi i *partner*, che pure hanno

³³ Per un analogo genere di considerazioni v. App. Napoli, 4 luglio 2018, cit., § 6.

Va per inciso rimarcato che non si prende qui in considerazione l'eventualità – pur certamente possibile – di un ripensamento della madre gestante, che la conduca ad affermare il legame giuridico e affettivo nei confronti del nato, giacché il nostro discorso presuppone la formazione dell'atto di nascita del bambino con l'intestazione della paternità ai due co-padri: circostanza che può aversi soltanto se la puerpera ha espressamente rinunciato alla genitorialità.

³⁴ Cass. civ., sez. I, 14 aprile 2016, n. 7391, in *Ced Cassazione*, rv. 639327.

voluto la nascita del bambino, richiedendosi sia l'iniziativa dell'adottante, sia l'assenso del genitore legale: estremi che potrebbero venire a mancare oltre che per le ragioni sopra descritte pure a causa di una successiva rottura del legame di coppia.

La gradualità nell'acquisto della bigenitorialità non corrisponde in questo caso a quella che si verifica nella procreazione «natural-tipica», nella quale, come si è già osservato, il figlio può conseguire tale risultato tramite il riconoscimento successivo o grazie alla dichiarazione giudiziale di paternità/maternità. Percorso precluso al nato da gpa per le ragioni già ricordate.

In definitiva, l'adozione in casi particolari del figlio del *partner* presuppone una bigenitorialità formata (o formanda attraverso la dichiarazione giudiziale o il riconoscimento successivo) alla quale si aggiunge quella adottiva, senza recidere i legami con la famiglia d'origine del bambino. Nel caso che ci occupa, per contro, essa si pone come *escamotage* per riuscire a dare copertura giuridica alla relazione consolidata in fatto e negli affetti tra il genitore d'intenzione e il minore, che non si sovrappone ad altra precedente figura parentale.

Tenuto conto della sua precarietà nell'*an* e della minor consistenza dei suoi effetti rispetto alla costituzione di una genitorialità piena, non si vede perché non procedere senz'altro alla trascrizione dell'atto di nascita straniero e assicurare così al minore una tutela ampia e di pari grado rispetto a quella degli altri nati, in omaggio al principio dell'unicità dello stato di figlio e a quello della preminenza dell'interesse del minore.

5. Gli interessi contrapposti.

Viene, infine, in rilievo il piano degli eventuali interessi contrapposti a quello del minore, che potrebbero oscurarne la piena affermazione.

Lo scrutinio tocca in primo e quasi assorbente luogo la figura della gestante e quella (se diversa) della donatrice di gameti. La *ratio* del divieto di maternità di sostituzione viene generalmente individuato nell'esigenza di evitare lo sfruttamento della donna e di tutelarne la dignità e l'integrità psico-fisica.

Condividendo *toto corde* queste istanze, va però rammentato che esse possono trovare adeguata salvaguardia apprestando una strategia di controlli rigorosi, preventivi, intermedi, successivi, sia di tipo sanitario sia di tipo amministrativo e giurisdizionale, idonei ad assicurare una scelta pienamente libera, revocabile, gratuita, solidale, non pregiudizievole per la donna/e coinvolta/e nel processo procreativo a favore di altri.

Pertanto non riteniamo che l'unica soluzione sia quella del divieto assoluto e incondizionato, perché questo comporterebbe il sacrificio della legittima aspirazione della coppia *same-sex* maschile alla genitorialità e, soprattutto, impedirebbe la nascita di una nuova vita.

V'è da chiedersi, *in limine*, se il rifiuto di ammettere – pur con le guarentigie sopra indicate – qualsiasi forma di gpa non nasconda la volontà di impedire una finalmente conquistata libertà procreativo-gestazionale della donna, sganciata dal tradizionale collegamento a una singola univoca figura maschile e da meccanismi fecondativi natural-tipici. Ed altresì l'esigenza di perpetrare il disciplinamento del corpo e della funzione procreativa della donna come strumento di potere e di governo sociale.

In seconda istanza va valutata la rilevanza dell'interesse (pubblico) alla verità. Anche questo argomento, però, non appare vincente, giacché, come detto, la soluzione della trascrizione fa emergere un *plus* di verità che viene nascosto sia dalla attribuzione della (sola) monogenitorialità, sia dall'eventuale successiva adozione del secondo padre.

In definitiva, la ricerca di una sutura interpretativa tra regole ordinarie e principî di rango costituzionale interni e sovranazionali sembra aver fatto emergere le ragioni che militano in favore della trascrivibilità dell'atto di nascita da gpa per una coppia di uomini.

Non ci si nasconde la complessità delle questioni in campo. Di fronte alla difficoltà che temi così delicati pongono, piace richiamare la lezione di chi affermava che «Il giurista deve avere l'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato e in pari tempo di ridurlo là dove occorre dare spazio a nuovi punti di vista che prendono le distanze dalle certezze proprie delle forme tradizionali di vita e si fanno portatori di nuove ragioni»³⁵.

³⁵ L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 126.