

LIBER AMICORUM  
PER  
PAOLO ZATTI

VOLUME SECONDO

ESTRATTO



JOVENE

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2023

ISBN 978-88-243-2818-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

[www.jovene.it](http://www.jovene.it) [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

Printed in Italy Stampato in Italia

# INDICE

## VOLUME PRIMO

<i>Presentazione</i> .....	p. XV
GIOVANNI IUDICA, <i>Paul-Anton Masstele</i> .....	» XVII

## TEMI GENERALI E TEORIA DEL DIRITTO

FABIO ADDIS	
Norme e principi nel Trattato delle leggi di Jean Domat.....	» 3
ANGELO BARBA	
Frammenti dal più recente dibattito tedesco sul diritto privato.....	» 21
GIOVANNI FURGIUELE	
Riflessioni intorno al giurista e all'ordine giuridico .....	» 35
PAOLO GAGGERO	
Significanti del diritto dell'economia e interpretazione.....	» 45
MAURO GRONDONA	
La giurisprudenza e il problema della trasformazione ordinamentale: premesse per una discussione .....	» 59
MARIO LIBERTINI	
Come cambiano le università: dal "sistema" al "mercato". Nuove riflessioni sulla competizione fra università .....	» 71
FILIPPO NAPPI	
Dalla scienza delle norme alla prudenza del giudizio: un nuovo paradigma forma- tivo per il giurista italiano .....	» 85
ANDREA NERVI	
<i>Legis-latio</i> e <i>iuris-dictio</i> ; una storia infinita .....	» 99
MASSIMO PARADISO	
I. A. Il computer di Buridano .....	» 113
ELENA PARIOTTI	
Metafore della normatività giuridica e trasformazioni dei mondi vitali.....	» 123
ALESSANDRO SOMMA	
L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un di- spositivo neoliberale di successo.....	» 133
GIUSEPPE VETTORI	
Eguaglianza e sostenibilità .....	» 151

GIUSEPPE ZACCARIA

Normatività giuridica e normatività algoritmica ..... p. 159

DIRITTO CIVILE. CATEGORIE DELLA TRADIZIONE  
E FRONTIERE DELL'INNOVAZIONE

LUIGI BALESTRA

Diritto dei contratti e crisi d'impresa: il caso del contratto a (s)favore di terzi..... » 177

MASSIMO BASILE

La compravendita immobiliare tramite persona interposta ..... » 183

ROBERTO BOCCHINI

Il contratto di logistica tra gli artt. 1570-*bis* e 1677-*bis* c.c.: dal ricovero di Sassocorvaro all'attualità del nostro codice ..... » 205

NICOLA BRUTTI

Risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale e *public apologies* ..... » 225

CARMELITA CAMARDI

Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme.... » 237

GRAZIA CECCHERINI

Tutela dell'ambiente e riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione..... » 251

MATTEO CEOLIN

Abbandono e rinuncia alla proprietà nel prisma della circolazione degli immobili ..... » 265

GIOVANNI CINÀ

Il "disordine informativo" sulle piattaforme digitali e il ruolo della dignità nei modelli europeo e statunitense ..... » 275

PAOLOEFISIO CORRIAS

Autoresponsabilità e contratto di assicurazione ..... » 293

ALESSANDRO D'ADDA

Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse» ..... » 305

ENRICO DEL PRATO

Sul quarto libro del codice civile ..... » 325

MASSIMO FRANZONI

La responsabilità civile in un codice europeo? ..... » 339

DANIELA M. FREANDA

Dal contatto sociale all'obbligazione contrattuale: la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente della struttura..... » 349

MATILDE GIROLAMI

La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca ..... » 365

GREGORIO GITTI

L'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale nei contratti per l'impresa..... » 387

CARLO GRANELLI

Il tramonto dell'idea di un "codice europeo comune di diritto privato" ..... » 401

MICHELE LOBUONO	
Le fidejussioni <i>omnibus</i> conformi allo schema ABI fra efficienza della tutela e protezione del mercato .....	» 409
ETTORE MARIA LOMBARDI	
Una riflessione privatistica sulla sicurezza cibernetica nel metaverso: tra ciber spazio e iperuranio, dove condurrà il “futuro prossimo venturo”? .....	» 419
EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA	
Trasferimento di beni immobili in pagamento di debito usurario .....	» 437
MARCELLO MAGGIOLO	
Danno non patrimoniale, equità, risarcimento in forma specifica .....	» 445
ENRICO MINERVINI	
Le Sezioni Unite e la meritevolezza del contratto: note a prima lettura.....	» 451
PIER GIUSEPPE MONATERI	
Il “ <i>quantum</i> ” del danno morale, e il futuro del danno non patrimoniale a persona....	» 457
STEFANO PAGLIANTINI	
Irrazionalità del consumatore medio, pratiche aggressive e regole di tutela.....	» 467
GIOVANNI PASSAGNOLI	
Il garante-consumatore nel contratto autonomo di garanzia .....	» 479
ROBERTO PUCELLA	
Autodeterminazione, salute, danno: i dialoghi tra Maestro e Allievo .....	» 487
FRANCESCO RICCI	
I contratti di distribuzione automobilistica integrata nel d.l. n. 68/2022 (dalla l. n. 108/2022 alla l. n. 6/2023) .....	» 503
NICOLA RIZZO	
Persona, moneta, proprietà: causalità, presunzioni, danno .....	» 519
VINCENZO ROPPO	
L'ipotesi della nullità del contratto per contrarietà a diritti inviolabili.....	» 533
CLAUDIO SCOGNAMIGLIO	
I nuovi problemi della liquidazione del danno non patrimoniale.....	» 545
ANNA SCOTTI	
Proposta di direttiva “ <i>due diligence</i> ”: le incertezze del legislatore europeo sul rapporto tra gli obiettivi di sostenibilità dell'attività di impresa, il contratto e i codici di condotta.....	» 563
MAURO TESCARO	
Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo .....	» 577
EMILIO TOSI	
Dati personali, patrimonializzazione e contratto nei mercati digitali tra GDPR e Codice del consumo .....	» 591
PATRIZIA ZIVIZ	
Il declino della perdita di <i>chances</i> di sopravvivenza .....	» 609
ANDREA ZOPPINI	
Autonomia privata e rischio ambientale (contributo allo studio del principio “chi inquina paga”).....	» 619

## BIODIRITTO

MARCO AZZALINI	
La relazione tortuosa: intesa e conflitto nel rapporto di cura.....	» 633
LUCIA BUSATTA - CARLO CASONATO - SIMONE PENASA - MARTA TOMASI	
Le “maschere” della vulnerabilità nella cura della persona .....	» 651
FRANCESCO DONATO BUSNELLI	
Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore .....	» 665
ELENA CADAMURO	
Aiuto medico a morire: riflessioni in chiave penalistica .....	» 679
DAMIANO CANALE	
L'aiuto medico a morire: oltre lo spettro del pendio scivoloso .....	» 693
STEFANO CANESTRARI	
In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)* .....	» 705
GIOVANNI DI ROSA	
Interventi giudiziali e proposte di regolazione in materia di suicidio assistito .....	» 713
VINCENZO DURANTE	
Quando continuare a vivere diventa intollerabile .....	» 723
ENRICO ANTONIO EMILIOZZI	
La salute e l'autodeterminazione del paziente nella scelta sulla morte volontaria medicalmente assistita .....	» 739
ELENA FALLETTI	
Contrasti tra i sanitari e i genitori nel rapporto di cura dei figli minori: una sommaria ricostruzione comparatistica .....	» 755
MASSIMO FOGLIA	
Elogio della gentilezza (applicata al diritto della relazione di cura).....	» 769
FRANCESCA GIARDINA	
Essere per il diritto. Immagini della condizione umana.....	» 775
ANTONIO GORGONI	
Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia.....	» 791
LAURENCE KLESTA CHABAUD	
<i>Interruption volontaire de grossesse et Constitution: la démarche française</i> .....	» 813
ARTURO MANIACI	
Dalla relazione di cura alla cura della relazione. Il processo come giuoco e le ADR prese sul serio.....	» 823
GAIA MARSICO	
Accogliere una richiesta di “aiuto a morire” può restituire uno spazio di vita? .....	» 839
TIZIANA MONTECCHIARI	
Disposizione <i>post mortem</i> del proprio corpo a fini di studio e di ricerca. Riflessioni a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10.....	» 853
ENRICO MOSCATI	
I figli dell'eterologa: una storia senza fine. Il punto della situazione.....	» 865

LUCIANO ORSI	
Le cure palliative come icona di una medicina gentile.....	» 875
ELISABETTA PALERMO FABRIS	
Aiuto medico a morire e non punibilità per i professionisti sanitari.....	» 879
ERICA PALMERINI	
Nuove scelte tragiche nel biodiritto della pandemia.....	» 893
MARIASSUNTA PICCINNI	
Il mantello del diritto nelle cure palliative. Dal “palliativo” non dirimente al “ <i>pallium</i> ” che cura.....	» 905
DEBORA PROVOLO	
I confini della responsabilità penale del medico nel contesto delle c.d. “scelte tragiche” .....	» 925
MARCO RIZZUTI	
Vita e vitalità: dilemmi antichi e nuovi.....	» 939
DANIELE RODRIGUEZ - ANNA APRILE - PAOLO BENCIOLINI	
La relazione di fiducia nella legge 22 dicembre 2017, n. 219.....	» 947
SANDRO SPINSANTI	
L’etica al letto del malato: una presenza in diverse modalità.....	» 959
INES TESTONI	
Autodeterminazione e dignità. Il punto di vista della psicologia.....	» 971

## VOLUME SECONDO

## DIRITTO DELLE PERSONE

BENEDETTA AGOSTINELLI	
Minori in rete: l’illusione del consenso e l’equivoco della <i>privacy</i> .....	» 983
FRANCESCA BARTOLINI	
Transessualismo, persona e famiglia.....	» 1001
ANDREA BELVEDERE	
Paolo Zatti giurista analitico .....	» 1013
ALBERTO MARIA BENEDETTI	
«Fiduciario» (nelle DAT) e «esecutore» (testamentario): affinità, differenze, integrazioni.....	» 1021
GIOVANNA CAPILLI	
Età del consenso digitale del minore alla luce del GDPR.....	» 1031
GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA	
<i>Guarda de becho</i> e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili.....	» 1047
GIUSEPPE CARRARO	
Persona giuridica, società, libertà fondamentali .....	» 1061

MICHELA CAVALLARO	
Terzo settore: molteplicità di statuti della soggettività e ricadute applicative.....	» 1075
PAOLO CENDON	
L'uomo che voleva punire se stesso .....	» 1087
MARTA CENINI	
La c.d. legge “dopo di noi”: l'utilizzo degli strumenti fiduciari e di destinazione per la tutela dei soggetti fragili .....	» 1091
GIOVANNI DE CRISTOFARO	
Il diritto del minore capace di discernimento di esprimere le sue opinioni e il c.d. ascolto fra c.p.c. riformato, convenzioni internazionali e diritto UE.....	» 1099
MARIA VITA DE GIORGI	
Memorie di una Garante del contribuente.....	» 1121
MAURIZIO DI MASI	
Diritto sportivo e bilanciamenti dei diritti fondamentali. Alcune questioni attuali	» 1127
CHIARA FAVILLI	
L'anonimato materno e i limiti della tutela procedimentale dei diritti fondamentali.....	» 1143
GIAMPAOLO FREZZA	
“Diritti di stato della persona”, trascrizione della domanda di revocazione <i>ex art.</i> 2652, comma 1, n. 9- <i>bis</i> e inapplicabilità della relativa disciplina .....	» 1159
ARIANNA FUSARO	
Il contratto della persona vulnerabile nella prospettiva dei rimedi .....	» 1169
CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES E SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI	
<i>Derecho a la identidad personal: desarrollo y distinción con los derechos del ser humano</i> .....	» 1193
CLAUDIA IRTI	
La persona anziana: sulla rilevanza giuridica della nozione.....	» 1215
GIOVANNI MARINI	
Intersezionalità: un esercizio di realismo giuridico.....	» 1225
MARISARIA MAUGERI	
Intersezionalità e diritto dei contratti.....	» 1245
ARNALDO MORACE PINELLI	
Curatore speciale e autodeterminazione del minore d'età.....	» 1251
TERESA PASQUINO	
La dignità tra <i>ethos</i> e <i>nomos</i> nel “diritto gentile” di Paolo Zatti .....	» 1261
FABRIZIO PIRAINO	
L'applicazione diretta dei diritti inviolabili .....	» 1277
PIETRO RESCIGNO	
L'atto patrimoniale della persona vulnerabile .....	» 1295
ANNARITA RICCI	
Sistemi reputazionali e libertà del consenso al trattamento dei dati personali.....	» 1297

UMBERTO ROMA	
Accettazione tacita di eredità dell'amministratore di sostegno per il beneficiario incapace? .....	» 1311
LILIANA ROSSI CARLEO	
I diritti fondamentali dei consumatori tra specificità e complementarità .....	» 1321
ROBERTO SENIGAGLIA	
Spunti critici sulla capacità contrattuale del minore.....	» 1331
MICHELE TAMPONI	
Gli enti religiosi nel codice del terzo settore .....	» 1345
MANUELA TOLA	
Pagamenti digitali e fragilità della persona .....	» 1359
ANGELO VENCHIARUTTI	
La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità.....	» 1371
ALBERTO VENTURELLI	
Autodeterminazione e divieto dei trattamenti di conversione .....	» 1381
FILIPPO VIGLIONE	
Mai più incapaci. Suggestioni spagnole per un nuovo diritto della disabilità .....	» 1401

## DIRITTO DI FAMIGLIA

ENRICO AL MUREDEN	
La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la valenza dell'apporto «extra-matrimoniale».....	» 1419
GUIDO ALPA	
La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni.....	» 1429
GIUSEPPE AMADIO	
Lo scioglimento della convivenza .....	» 1447
ANTONINA ASTONE	
Il divieto di trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati da maternità surrogata .....	» 1463
FEDERICO AZZARRI	
Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: un'occasione mancata per la Consulta .....	» 1475
VALERIO BRIZZOLARI	
La famiglia "sovraindebitata" .....	» 1487
LORENZA BULLO	
Diritto di famiglia, riforme e funzione notarile .....	» 1505
ENRICO CAMILLERI	
Il nuovo rito delle relazioni familiari, il prisma dell'effettività e i formanti del diritto di famiglia: verso un ordine possibile .....	» 1529
LISIA CAROTA	
Omogenitorialità e tutela del rapporto con il genitore d'intenzione.....	» 1545

BIANCA CHECCHINI	
Famiglie omoaffettive: dichiarazione di nascita e adozione in casi particolari, un approfondimento .....	» 1563
MADDALENA CINQUE	
Interferenze tra coniugio e convivenza di fatto .....	» 1579
ALESSANDRA CORDIANO	
Note in tema di violenze domestiche e di genere nel nuovo processo di famiglia....	» 1597
FRANCESCA CRISTIANI	
I trasferimenti immobiliari tra coniugi nella negoziazione assistita tra forma e sostanza .....	» 1613
MATTEO DELLACASA	
Una riflessione sulla gestazione per altri: tra accordo e stato .....	» 1627
VALENTINA DI GREGORIO	
La mediazione familiare nel nuovo processo di famiglia.....	» 1647
GILDA FERRANDO	
Lo stato di figlio nel prisma dell’interesse del minore.....	» 1663
PAOLO GALLO	
Assegni di separazione e divorzio e venir meno dell’arricchimento.....	» 1677
ATTILIO GORASSINI	
Gli adulti adulterati e la fame di “famiglia”. Il nuovo cannibalismo dell’antropocene ...	» 1691
GIOVANNI IORIO	
Appunti per una riforma delle adozioni in Italia .....	» 1703
LEONARDO LENTI	
Rileggendo, 40 anni dopo, i rapporti fra i coniugi e la separazione personale di Paolo Zatti.....	» 1717
MANUELA MANTOVANI	
Sullo <i>status</i> dei bambini nati da gestazione per altri all’estero. <i>Nilhil novi?</i> Riflessioni a margine di Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.....	» 1727
MARIA ROSARIA MARELLA	
Fra modernizzazione e tradizione: l’ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari.....	» 1753
FRANCESCA NADDEO	
Crisi coniugale ed accordi preventivi.....	» 1773
SALVATORE PATTI	
Norme in tema di «violenza domestica o di genere». Prime osservazioni .....	» 1789
ENRICO QUADRI	
Il principio contributivo tra fisiologia e patologia della vita familiare .....	» 1795
SILVIO RIONDATO	
“Persona comunque convivente” e legalità penale, nell’album di “famiglia” del delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.).....	» 1809
FILIPPO ROMEO	
Fenomeni migratori, tutela del minore e diritto all’unità familiare .....	» 1825

UGO SALANITRO	
Riflessioni sistematiche su una proposta di riforma della disciplina dell'assegno divorzile.....	» 1839
FRANCESCO SANGERMANO	
Famiglia e giuridicità. Da isola lambita dal mare del diritto a “fonte” ispiratrice della norma giuridica.....	» 1849
MICHELE SESTA	
Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari .....	» 1857
ARIANNA THIENE	
Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile .....	» 1867
STEFANO TROIANO	
Il diritto allo stato di figlio e il problema della sua effettività .....	» 1885

BIANCA CHECCHINI

## FAMIGLIE OMOAFFETTIVE: DICHIARAZIONE DI NASCITA E ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI, UN APPROFONDIMENTO\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La costituzione dello *status* di figlio e l'atto di nascita. – 3. La formazione dell'atto di nascita. La disciplina per le coppie coniugate e non, nella procreazione naturale. – 4. *Segue*: ... e nella filiazione da p.m.a. ai sensi della l. n. 40/2004. – 5. L'esclusione della filiazione nella famiglia omoaffettiva: la l. n. 40/2004 e la sua «tenuta» costituzionale. – 6. Quale possibilità di filiazione è riconosciuta alla coppia omoaffettiva dalla normativa vigente? – 7. La «realtà» della genitorialità omoaffettiva e la varietà delle soluzioni giurisprudenziali. – 8. *Segue*: lo *status* del nato all'estero da coppia omoaffettiva. – 9. ...e del nato in Italia: «stato dell'arte» e nuove prospettive. – 10. Riflessioni conclusive.

### 1. *Premessa*

Esiste uno spazio dell'esistenza<sup>1</sup> che non è ancora stato «sistemato» dal diritto: è la questione della genitorialità omoaffettiva, o meglio, si dovrebbe dire, della filiazione di coppia omoaffettiva.

La riflessione che vorrei consegnare a queste pagine presuppone la presentazione del problema dal punto di vista giuridico in uno con la spiegazione dei risultati cui è approdata la giurisprudenza più recente alla luce del quadro normativo vigente; ciò al fine di vagliare la bontà delle soluzioni raggiunte e l'idoneità delle stesse ad ordinare una materia così complessa e dai profili umani delicati e profondi<sup>2</sup>.

Come si è detto, il tema è quello della filiazione dal quale occorre partire per chiarire una considerazione di carattere generale: nell'ordinamento giuridico vigente il fatto materiale della procreazione non crea il rapporto giuridico di filiazione<sup>3</sup>.

La procreazione di per sé rileva per alcuni effetti giuridici<sup>4</sup> ma nel sistema italiano,

---

\* Lo scritto, rielaborato nella prospettiva di questa pubblicazione per il prof. Zatti, ripercorre i contenuti della Relazione che ho tenuto al Convegno dal titolo «*Nel superiore interesse: minori al centro*», il 19 aprile 2023, presso la Sala Anziani, Palazzo Moroni, Padova.

<sup>1</sup> SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1114 ove l'a., parafrasando il filosofo francese Didier Eribon (*De la subversion. Droit, norme et politique*, Cartouche, 2010, 90), ricorda come «*esistere* venga prima di *riconoscere* o *vietare* e che è l'esistenza stessa che genera i discorsi, sicché non possiamo pensare che essa non possa o non debba essere soltanto perché ci fa comodo pensarlo».

<sup>2</sup> Di recente, in dottrina, cfr. diffusamente, GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022.

<sup>3</sup> Mi sia consentito il rinvio alle parole contenute nel Manuale IUDICA-ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, 23a ed., Cedam-Wolters Kluwer, 2022, 63 ss., ove si insegna agli studenti di diritto privato che la «nascita» è un fatto giuridico, cioè un accadimento del mondo esterno al cui verificarsi la legge (o la norma) collega il prodursi di conseguenze giuridiche. Ma la nascita di un bambino per il nostro ordinamento giuridico non rappresenta ancora un fatto che gli fa conseguire la qualità – giuridicamente rilevante – di figlio. Così per la procreazione «Rimane chiaro, a questo punto, che nel nostro sistema giuridico il solo fatto della procreazione non è fattispecie *in sé* e *per sé* sufficiente a determinare la costituzione di un rapporto giuridico di filiazione e di uno «stato»» (*ivi*, 650).

<sup>4</sup> Succintamente e senza pretesa di approfondimento, v. la rilevanza della parentela di sangue in linea retta e collaterale che rileva per gli impedimenti al matrimonio e la sussistenza dell'incesto; v. l'art. 591 s. cod. pen., nonché l'art. 279 cod. civ.

non si è figli perché si nasce: figli si diventa attraverso la costituzione dello *status* di figlio<sup>5</sup>. Proprio di recente una pronuncia della Corte costituzionale n. 79/2022<sup>6</sup> parla del «soggetto divenuto figlio»<sup>7</sup>; a questo inciso la Corte aggiunge come «lo stato di figlio perdura per l'intera esistenza del soggetto»; insomma una volta divenuti figli, tali si rimane per sempre<sup>8</sup>.

Questa regola vale sia quando la filiazione avviene nel matrimonio sia quando la filiazione avviene fuori del matrimonio, sia quando la filiazione deriva da procreazione naturale sia quando la filiazione deriva da procreazione artificiale, sia nell'ipotesi di adozione.

Perché è importante chiarire questa premessa? Perché è dalla costituzione dello *status* di figlio che si diramano gli *effetti giuridici* della filiazione, tra cui i legami parentali accomunati dal medesimo stipite (CORTE COST., n. 79/2022, cit.), l'attribuzione del nome (CORTE COST., n. 131/2022<sup>9</sup>), la responsabilità genitoriale (art. 315 *bis* cod. civ.), i diritti patrimoniali e personali del rapporto genitore-figlio in una dimensione relazionale e reciproca.

In questa epoca storica, tuttavia, siamo di fronte ad una fastidiosa contraddizione; da un lato, è chiaro che la Riforma della filiazione<sup>10</sup> ha inteso unificare la qualità

<sup>5</sup> V. RESCIGNO, secondo il quale «lo *status* appare quindi strumento tecnico, tra i più collaudati, capace di tradurre in una condizione rilevante per il diritto, e rilevante in maniera non precaria né discontinua, una situazione che, nell'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune, distingue un soggetto dagli altri soggetti, per ragioni strettamente individuali o in ragione dell'appartenenza ad un gruppo». L'accentuazione della rilevanza dello *status* come «qualità durevole» della persona è ben rappresentata dalla distinzione che l'a. propone tra *status* e situazione, dove lo stato, contrariamente alla situazione, richiama l'idea di una «condizione personale destinata a durare, capace di dar vita a prerogative e doveri, e di giustificare vicende molteplici dell'attività e della vita della persona», in RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 209 ss. Cfr., altresì, v. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, 1993, 1-62; CRISCUOLI, *Variazioni e scelte in tema di status*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 157 ss.

<sup>6</sup> CORTE COST., 28.2.2022, n. 79, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1021, con nota di commento di CINQUE, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità* (*ivi*, 1013). La pronuncia dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della l. 4 maggio 1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

<sup>7</sup> CORTE COST., n. 79/2022, cit.

<sup>8</sup> SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica*, in *Fam. e dir.*, 2021, 763 ss., ove l'a. afferma «si è genitori per sempre e in coppia non *uti singuli*. ...ed in maniera corrispondente il figlio è titolare del diritto alla bi-genitorialità cioè a mantenere identici rapporti coi genitori e con i parenti dei relativi rami anche quando questi non convivano o convivano con altri...».

<sup>9</sup> CORTE COST., 31.5.2022, n. 131, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 958, con nota di commento di AL MUREDEN, *Il cognome tra autonomia dei genitori e identità personale del figlio* (*ivi*, II, 1092 ss.) e di OLIVERO, *Eguaglianza e doppio cognome: un intreccio possibile* (*ivi*, 1099 ss.); PEZZINI, *Doppia non basta: il cognome familiare davanti alla Corte costituzionale*, (*ivi*, II, 1108 ss.).

<sup>10</sup> L. 10.12.2012, n. 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, in G.U. n. 293, 17.12.2012, serie generale; d.lgs. 28.12.2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*, a norma dell'articolo 2, l. 10.12.2012, n. 219. (in G.U. n. 5, 8.1.2014, serie generale). La letteratura sulla Riforma è molto ampia, v. tra i primi commenti, AA.VV., *La riforma del diritto della filiazione*, a cura di C.M. BIANCA, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 437 ss.; ID., *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1 ss.; SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2015, 1009; LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 201 ss.; PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 262 ss.; SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte)*, in *Corr. giur.*, 2015, 540 ss.; ID., *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (II parte)*, in *Corr. giur.*, 2015, 675 ss.; SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene Editore, 2013; FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 525 ss.; FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Fam. e dir.*, 2013, 291; PROSPERI, *Unicità dello «status filiationis» e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 273 ss.

di figlio, eliminando quelle residue diseguglianze che perduravano a seconda che la coppia fosse coniugata o convivente, e ciò anche nella prospettiva di dare attuazione al principio *sovranazionale e costituzionale di eguaglianza e non discriminazione*; dall'altro, assistiamo, nei fatti, ad una complicata disarticolazione dei modelli genitoriali, per cui il giurista discorre oggi di genitore biologico, genetico, intenzionale, sociale, adottivo<sup>11</sup>. A tale disarticolazione corrisponde poi, una varietà di *trattamenti* giusta la verità di quel brocardo per il quale *nomina sunt consequentia rerum*<sup>12</sup>.

L'interrogativo, allora, si pone in questi termini: come mai a fronte di una tendenziale unificazione dello *status* di figlio permane una disarticolazione dei modelli genitoriali? In altre parole, cosa non funziona nel "meccanismo" di costituzione dello *status* di figlio rispetto alla attribuzione della qualità di genitore?

Allo *status* unico di figlio dovrebbe forse corrispondere uno *status* unico di genitore<sup>13</sup>?

La risposta a questi quesiti impone che si renda chiaro di come si costituisce lo *status* di figlio nell'ordinamento giuridico vigente e di quali sono le disposizioni legislative che trovano applicazione.

## 2. La costituzione dello status di figlio e l'atto di nascita

La questione circa la costituzione della *qualità* di figlio non ha sempre avuto una soluzione unitaria nella dottrina del secolo scorso<sup>14</sup>. A fronte di coloro per i quali lo *status* si costituisce con l'atto di nascita considerato titolo dello stato di figlio e prova del rapporto giuridico di filiazione, vi era chi sosteneva che l'atto di nascita avesse solo

<sup>11</sup> Sulla genitorialità sociale si v. CINQUE, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1475 ss.; CAROTA, *La tutela del rapporto con il genitore sociale nelle coppie dello stesso sesso e l'orientamento della Corte costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 270 ss.; in giurisprudenza, TRIB. REGGIO EMILIA, 2.3.2016, in *www.articolo29.it*, in cui si risarcisce la co-mamma omosessuale per la perdita del rapporto parentale; sul diritto di visita dell'ex convivente omosessuale, v. TRIB. PALERMO, decr. 13.4.2015, in *Giur. it.*, 2015, 1363, con nota di ATTADEMO, *L'interesse del minore a frequentare il genitore sociale omosessuale*; CORTE COST., 20.10.2016, n. 225, in *Foro it.*, 2016, I, 3329, con nota di CASABURI, ove la mamma "sociale" chiedeva, finita la relazione, di poter esercitare il diritto di visita nei riguardi della figlia biologica della compagna, figlia nata da p.m.a. nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa.

<sup>12</sup> Citazione di Dante Alighieri nella *Vita Nuova*, XIII, 4.

<sup>13</sup> Mi chiedo se la questione sia ancora più profonda e irrisolta e attenga alla mancanza di un fondamento unitario della attribuzione della qualità di figlio e della genitorialità. Ripenso alle riflessioni svolte nella mia tesi di dottorato, *Attribuzione e accertamento della paternità*, riflessioni condotte con la guida paziente del prof. Zatti.

<sup>14</sup> Come è noto, la letteratura sul punto è ampia ed altalenante; per una panoramica sulle teorie più significative, v. CERINO CANOVA, *Degli atti dello stato civile*, nel *Comm. dir. it. fam.*, diretto da CIAN, OPPO e TRABUCCHI, IV, Cedam, 1992, 677 ss.; in particolare, si ricorda la tesi dell'efficacia costitutiva del titolo dello stato di CICU, *La filiazione*, nel *Trattato dir. civ.*, diretto da Vassalli, III, t. 2°, Utet, 1a ed. 1939, 2a ed., 1951, ristampa 2a ed., 1957; ID., *In difesa del titolo di stato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 285 ss., e quella di SANTORO-PASSARELLI, *Status familiae*, in *Studi urbinati XV-XVI (1947-1948)*, 61 ss., secondo il quale: «come lo stato non può costituirsi che con la costituzione del titolo, eventualmente a seguito di una domanda per reclamo di stato o rettificazione dell'atto di stato civile, così lo stato non può venir meno che con l'eliminazione del titolo, a seguito di una domanda per contestazione di stato o rettificazione dell'atto»; in tal senso anche CARRARO, *Il diritto sul documento*, Cedam, 1941, 30 ss., per il quale la redazione dell'atto di stato civile è costitutiva dello *status*, per cui quest'ultimo non sussiste ove manchi l'atto di stato civile; in altra direzione, cfr. ATTARDI, *Efficacia giuridica degli atti dello stato civile*, Città di Castello, 1949, 22 e ID., voce «Atti dello stato civile», in *Enc. del dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 92 ss., per il quale l'atto di stato civile ha funzione meramente probatoria e lo *status* sussiste indipendentemente dal titolo.

valore di prova legale e di pubblicità dei fatti da essi risultanti, mentre lo *status filiationis* si costituisce pur nell'assenza del titolo ma sussistendone i presupposti di legge<sup>15</sup>.

Ciò brevemente ricordato e senza pretesa di completezza, ritengo sia di fondamentale importanza addivenire ad una conclusione condivisa circa il valore dell'atto di stato civile nell'ordinamento giuridico vigente.

Alcune delle novità introdotte nel sistema della filiazione con la citata novella del 2012<sup>16</sup> consentono oggi di ritenere che il sistema italiano della filiazione è improntato all'idea che l'atto di nascita rappresenta e costituisce lo *status* del figlio ed è lo strumento preferenziale – anche se non esclusivo – che consente di far valere la condizione che esso attesta.

In buona sostanza, possiamo condividere l'assunto per il quale la qualità di figlio deriva e dipende dalla costituzione del titolo corrispondente cioè dalla formazione dell'atto di nascita.

### 3. *La formazione dell'atto di nascita. La disciplina per le coppie coniugate e non, nella procreazione naturale*

Ciò detto, occorre ora considerare che le modalità della formazione dell'atto di nascita (il sistema di costituzione e destituzione dello *status* nelle azioni di stato) non è lasciata all'arbitrio ma obbedisce a regole che variano a seconda delle situazioni. L'ordinamento giuridico italiano non ha una normativa organica capace di disciplinare in maniera uniforme la formazione (e la destituzione) dell'atto di nascita in tutte le ipotesi di filiazione<sup>17</sup>.

In particolare, occorre operare una distinzione a seconda che si tratti di filiazione da procreazione naturale oppure di filiazione nata a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. E nell'ambito della prima ipotesi si dovrà svolgere un distinguo a seconda che i genitori siano coniugati oppure no.

Così per cominciare a ragionare da ciò che è più antico, si deve osservare come nella filiazione da procreazione naturale di coppia eterosessuale la formazione dell'atto di nascita avviene attraverso il combinato disposto delle norme sulla filiazione di cui al Codice civile e dalle norme contenute nell'Ordinamento di stato civile, d.p.r. n. 396/2000<sup>18</sup>, in particolare gli artt. 29 e 30 e successivi decreti legislativi.

Ma anche all'interno di questa "classificazione" una differenza di non poco momento corre a seconda che si tratti di filiazione nel matrimonio – per cui trovano applicazione gli artt. 231, 232 e 449 ss. cod. civ. – e di filiazione fuori del matrimonio – per cui soccorrono gli artt. 250, 254 cod. civ.

<sup>15</sup> Nel senso per cui è solo prova legale cfr. ATTARDI, voce «Atti dello stato civile», cit., 84 ss.

<sup>16</sup> Come è noto, infatti, ai sensi dell'art. 253 cod. civ. qualsiasi cambiamento della qualità di figlio impone la previa destituzione del titolo corrispondente e cioè richiede un procedimento volto ad incidere e modificare l'atto di nascita del figlio. Ciò vale anche nel caso di costituzione del rapporto di filiazione con dichiarazione giudiziale di paternità o maternità (artt. 269 e 278 cod. civ.) In tal caso, infatti, l'azione è esperibile solo nei casi in cui il riconoscimento è ammesso e dunque non è ammessa nei casi in cui il figlio ha uno stato incompatibile (art. 253 cod. civ.) che deve essere prima rimosso; v. anche il 239, comma 4°, cod. civ., per il quale si può esercitare l'azione per reclamare un diverso stato di figlio solo dopo che il precedente stato sia stato comunque rimosso.

<sup>17</sup> Mi permetto di rinviare al mio, *Una singolare fase della maternità: tra il parto e l'atto di nascita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 83-101.

<sup>18</sup> D.p.r. 3.11.2000, n. 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127.*

Nella prima ipotesi, infatti, l'atto di nascita si forma attraverso la dichiarazione di nascita di uno dei soggetti a ciò legittimati ai sensi dell'art. 30 d.p.r. n. 396/2000 cui va corredata l'attestazione di avvenuta nascita (art. 30, comma 2°, d.p.r. cit.), rispettando l'eventuale volontà della donna di non essere nominata. Se la madre partorienti coniugata non si avvale dell'anonimato, né riconosce il figlio naturale altrui (cioè concepito non da colui che risulta marito), opera una sorta di automatismo nella formazione dell'atto di nascita del figlio in ragione dell'esistenza del matrimonio e del sistema di presunzioni che quivi opera<sup>19</sup>.

Diverso è il discorso nel caso in cui la donna coniugata abbia scelto l'anonimato; l'attestazione di avvenuta nascita sarà compilata "in bianco" e ciò comporta l'esclusione della maternità della partorienti ed anche della paternità che, se dichiarata, eluderebbe la scelta dell'anonimato della donna.

Nel caso di filiazione fuori del matrimonio, come è noto, alla dichiarazione di nascita (corredata dall'attestazione di avvenuta nascita) deve aggiungersi un atto di riconoscimento di uno o di entrambi i denunciati<sup>20</sup>, sempre che la partorienti non si sia avvalsa della facoltà di scegliere l'anonimato. In quest'ultimo caso, invece, continuo a chiedermi se la scelta dell'anonimato materno precluda comunque al padre che voglia procedere al riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio la possibilità di effettuarlo, se si considera che l'attestazione di avvenuta nascita (se pure in bianco) potrebbe comunque consentire l'identificazione indiretta della partorienti<sup>21</sup> (e sempre che la scelta dell'anonimato sia rispettata già a partire dall'attestazione di nascita e non circoli, invece, un documento sanitario in cui la partorienti risulta identificata).

#### 4. Segue: ... e nella filiazione da p.m.a. ai sensi della l. n. 40/2004

Nelle ipotesi di filiazione da p.m.a. la disciplina applicabile è contenuta in parte nella legge n. 40/2004 (art. 8)<sup>22</sup>, nel Codice civile e nelle norme contenute nel citato Ordinamento di stato civile; ciò certamente laddove la coppia richiedente soddisfi i requisiti di accesso stabiliti dalla legge (art. 5). La disposizione di legge chiaramente afferma che il nato da p.m.a. ha lo stato di figlio nato nel matrimonio o di figlio riconosciuto della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6. Ciò lascia intendere quindi che si tratta del medesimo meccanismo di formazione dell'atto di nascita che vale nella procreazione naturale.

<sup>19</sup> V. artt. 231 e 232 cod. civ.

<sup>20</sup> V. CASS., 22.9.2020, n. 19824, in *Guida al dir.*, 2020, n. 40, 69, per la quale l'azione giudiziale di accertamento della maternità ex art. 269 cod. civ. nel caso in cui la madre abbia scelto il parto anonimo è subordinata alla condizione che la madre revochi la rinuncia alla genitorialità oppure alla morte della madre.

<sup>21</sup> Vedi su questo profilo ancora incerto le riflessioni in *Una singolare fase della maternità: tra il parto e l'atto di nascita*, cit.; riflessioni che sono state condivise con allegra curiosità con il Prof. Zatti.

<sup>22</sup> L. 19.2.2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in G.U., 24.2.2004, n. 45; d'ora innanzi citata l. p.m.a.; GORASSINI, voce «Procreazione (dir. civ.)», in *Enc. del dir.*, XXXVI, Giuffrè, 1987, 964 ss.; CAMPIGLIO, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ e ZATTI, nel *Trattato di biodiritto* diretto da RODOTÀ e ZATTI, t. II, Giuffrè, 2011, 1514 ss.; ID., *Norme italiane sulla procreazione medicalmente assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2014, 481 ss.; SALANITRO, *La procreazione medicalmente assistita*, nel *Tratt. dir. fam.*, diretto da BONILINI, IV, *La filiazione e l'adozione*, Utet, 2016; ID., *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, nel *Commentario Gabrielli, Della famiglia*, III, *Leggi complementari*, a cura di DI ROSA, Utet, 2018, 1744 ss.; VILLANI, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita*, nel *Trattato dir. fam.*, *Le riforme 2012-2018*, diretto da ZATTI, *Il nuovo diritto di filiazione*, a cura di LENTI e MANTOVANI, Giuffrè, 2019.

Laddove però la coppia genitoriale (eterosessuale) richiedente “fuoriesca” dai binari della liceità, il criterio di attribuzione della filiazione e quindi della genitorialità sembra obbedire a regole diverse e devono intervenire differenti principi di attribuzione della genitorialità.

La stessa Cassazione pronunciatisi in un caso di fecondazione omologa *post mortem* di coppia coniugata e fecondazione con seme crioconservato del marito e bimbo nato oltre i 300 giorni dalla morte del padre (presunto) ha legittimato la disapplicazione del meccanismo presuntivo in nome del favore espresso per il consenso dato in vita dalla coppia richiedente (art. 6)<sup>23</sup>. In tale occasione, la Cassazione ha ripercorso il criterio di attribuzione della genitorialità da p.m.a. dando conto di due orientamenti; secondo alcuni, infatti, la disciplina della filiazione da p.m.a. configura un sistema alternativo rispetto a quello codicistico e si fonda sul consenso espresso dalla coppia (art. 6). Secondo un diverso orientamento, invece, il sistema di attribuzione della filiazione è unico e quello da p.m.a. si inserisce in quello codicistico salva la previsione di specifiche eccezioni. In definitiva nel caso di specie, la Suprema Corte reputa prevalente l'interesse del minore al riconoscimento dello *status* anche nei confronti del padre (che era padre biologico) piuttosto che disconoscere questa qualità in applicazione dei meccanismi presuntivi. Ciò che sarebbe accaduto se sol si fossero applicati l'art. 232 cod. civ. e l'art. 5, l. n. 40/2004 (che vieta la p.m.a. *post mortem*).

La forza del consenso dato, quindi, fonda un sistema alternativo speciale che prevale sulla violazione della legge.

Del resto la legge n. 40/2004 si era posta nella medesima direzione allorquando, nella vigenza del divieto della procreazione medicalmente assistita eterologa, aveva comunque inteso disciplinare e garantire lo *status* del nato, imponendo il divieto di anonimato per la madre, l'impossibilità per il padre non biologico di “ricusare” la paternità, e l'insussistenza di qualsivoglia legame giuridico col donatore anonimo.

## 5. *L'esclusione della filiazione nella famiglia omoaffettiva: la l. n. 40 e la sua «tenuta» costituzionale*

Se la formazione dell'atto di nascita nel caso di procreazione medicalmente assistita di coppia eterosessuale sembra seguire le medesime regole della filiazione da procreazione naturale, il discorso sembra cambiare – già si è detto – allorquando la coppia richiedente la pratica artificiale violi i requisiti soggettivi di accesso poiché si tratta di una coppia dello stesso genere. Tale situazione, infatti, comporta sia la violazione dei requisiti soggettivi di accesso, sia l'applicazione di tecniche procreative particolari.

La disciplina della l. n. 40/2004 – in più aspetti modificata dagli interventi della giurisprudenza, europea costituzionale e di legittimità – ha diversamente mantenuto intatti i requisiti soggettivi di accesso, ed in particolare l'essere i richiedenti “di sesso diverso”, confermando ancora di recente la “bontà” della soluzione legislativa (CORTE COST., n. 221/2019<sup>24</sup>;

<sup>23</sup> Parla chiaramente di «scomposizione del processo generativo», CASS., 15.5.2019, n. 13000, in *Foro it.*, 2019, I, 1951; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 1287, con nota di commento di FACCIOLO, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem* (*ivi*, 1282).

<sup>24</sup> CORTE COST., 23.10.2019, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 548 ss., con nota di commento di BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo* (*ivi*, 555) per la quale «il tenore letterale della legge è chiaro, non c'è spazio per una interpretazione costituzionalmente orientata»; e nella medesima direzione v. anche le ordinanze di rimessione dei Tribunali di Pordenone e

230/2020<sup>25</sup>). In buona sostanza, secondo il Giudice delle Leggi è costituzionalmente legittima la scelta discrezionale del Legislatore italiano di limitare l'accesso alle sole coppie eterosessuali.

Per ciò che attiene alle tecniche procreative artificiali che entrano in gioco per la coppia dello stesso genere si vuol chiarire che se è caduto il divieto della p.m.a. di tipo eterologo (CORTE COST., n. 162/2014<sup>26</sup>), permane solido ed insuperabile il divieto inderogabile della maternità surrogata, che rientra nel contenuto dell'ordine pubblico internazionale<sup>27</sup>.

In conclusione e per chiarezza, nel nostro ordinamento giuridico la coppia omoaffettiva è esclusa dalla disciplina sulla p.m.a., tecnica che è lecita se eterologa, vietata se realizzata attraverso la c.d. gestazione per altri.

Rimane illecito il comportamento di una coppia omoaffettiva che ricorre ad una p.m.a. eterologa in violazione dell'art. 5 della legge n. 40/2004.

#### 6. *Quale possibilità di filiazione è riconosciuta alla coppia omoaffettiva dalla normativa vigente?*

Esclusa la via della filiazione della coppia omoaffettiva attraverso la pratica artificiale prevista nella legge n. 40, possiamo ad analizzare se esiste qualche altro sistema di riconoscimento della genitorialità.

La legge n. 76/2016 nel noto comma 20 dell'unico articolo in cui si compone il provvedimento, non riconosce l'applicabilità delle norme del codice civile sulla filiazione (che non sono state richiamate nella legge 2016<sup>28</sup>), non consente alla coppia unita civilmente di accedere alla adozione piena o legittimante riservata solo ai coniugi stabilmente conviventi (art. 6, l. n. 184/1983<sup>29</sup>); mentre fa salvo tutto ciò che è previsto e consentito dalle disposizioni vigenti. E, per giurisprudenza consolidata<sup>30</sup> al *partner* del genitore biologico è consentito il riconoscimento del legame giuridico di filiazione attraverso l'adozione semplice (l. n. 184/1983, art. 44, lettera d).

Bolzano. L'impianto della legge n. 40/2004 è frutto di una scelta discrezionale del legislatore, si pone in linea con la finalità della legge che è quella di rimediare alla fertilità e sterilità umana accertata; perché comunque la famiglia immaginata è quella *ad instar naturae* e non si vuole in tal modo legittimare l'esistenza di un diritto alla procreazione libero nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quando*.

<sup>25</sup> CORTE COST., 4.11.2020, n. 230, in *Guida al dir.*, 2020, n. 46, 32.

<sup>26</sup> CORTE COST., 10.6.2014, n. 162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 802, per la quale «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa».

<sup>27</sup> L'ordinamento giuridico italiano non consente il ricorso ad operazioni di maternità surrogata, v. da ultimo, CASS., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, cit. *infra*.

<sup>28</sup> L. 20.5.2016, n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in G.U., 21.5.2016, n. 118, art. 1, comma 20: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

<sup>29</sup> L. 4.5.1983, n. 184, *Diritto del minore ad una famiglia*, in G.U., 17.5.1983, n. 133, Serie ord.

<sup>30</sup> A partire da CASS., 22.6.2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1135 ss., con opinione di FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 2016 (ivi, II, 1213 ss.)*.

A ben vedere, l'unica strada per la coppia dello stesso genere di essere riconosciuta "genitore" in posizione di *parità giuridica* si ha nell'ipotesi in cui all'interno di una coppia coniugata con figli, un genitore cambi genere, proceda alla rettificazione del sesso<sup>31</sup>, e chieda anche la trasformazione dell'unione matrimoniale in unione civile<sup>32 33</sup>.

### 7. La «realità» della genitorialità omoaffettiva e la varietà delle soluzioni giurisprudenziali

Di fatto, tuttavia, accade sempre più di frequente che coppie omoaffettive si recano all'estero – in Paesi dove è loro consentito realizzare il progetto di genitorialità – per poi tornare in Italia col nato e qui chiedere il riconoscimento del legame giuridico di filiazione. Anche in tali casi si dovrà formare un atto di nascita del figlio da cui si evince lo *status* e la genitorialità.

In queste circostanze occorre distinguere a seconda che la nascita è avvenuta in Italia o all'estero; in secondo luogo occorre valutare se la coppia genitoriale è ricorsa ad una procreazione eterologa (nei casi accaduti, si tratta di una coppia femminile) oppure alla maternità surrogata (ed in tali ipotesi, la coppia è maschile<sup>34</sup>).

### 8. Segue: lo status del nato all'estero da coppia omoaffettiva

L'ipotesi in esame prevede che la coppia omoaffettiva sia ricorsa all'estero ad una p.m.a., ivi abbia fatto nascere il bimbo, ivi lo abbia registrato come figlio di entrambi e/o ivi abbia ottenuto un provvedimento giurisdizionale che riconosce la doppia genitorialità. Rientrati in Italia, la coppia richiede il riconoscimento dell'atto di nascita straniero o del provvedimento straniero di cui si è detto per conseguire la formazione in patria di un atto di nascita con doppia paternità o maternità.

In queste situazioni, la disciplina applicabile è contenuta nella legge di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (artt. 64 ss., l. n. 218/1995)<sup>35</sup> che pone

<sup>31</sup> L. 14.4.1982, n. 164, *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, in G.U. n. 106, 19.4.1982. La stessa situazione si potrebbe verificare se si trattasse di una coppia di conviventi eterosessuali con figli riconosciuti da entrambi e poi uno dei due proceda alla rettificazione di sesso.

<sup>32</sup> L. n. 76/2016, art. 1, comma 27: «Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

<sup>33</sup> V. CASS., sez. un., 31.3.2021, n. 9006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 797 ss., con nota di TORMEN, *Via libera alla trascrizione dell'adozione per le coppie omoaffettive* (ivi, 807). Nella decisione si afferma che «non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione».

<sup>34</sup> V. anche CORTE EUR. DIR. UOMO, 18.5.2021, ric. n. 71552/17, in *www.budoc.echr.coe.int*.

<sup>35</sup> L. 31.5.1995, n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*.

Art. 64. *Riconoscimento di sentenze straniere*.

1. La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando:

a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano;

b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa;

quale limite insuperabile alla riconoscibilità degli effetti giuridici stranieri l'ordine pubblico internazionale<sup>36</sup>, dall'art. 18 del d.p.r. n. 396/2000<sup>37</sup>, e dall'art. 16 della medesima l. n. 218/1995<sup>38</sup>.

Le soluzioni che si sono date in giurisprudenza variano a seconda del tipo di tecnica artificiale adoperata e quindi anche dalla circostanza che si tratti di una coppia femminile o maschile. Nelle differenti fattispecie, la soluzione proposta deriva dall'esito del bilanciamento dei principi che vengono considerati.

\*

Nel caso di coppia femminile ricorsa all'estero ad una procreazione eterologa e successiva richiesta di trascrizione in Italia, la giurisprudenza di legittimità<sup>39</sup> è giunta a consentire il riconoscimento dell'atto o del provvedimento straniero sostanzialmente in ragione della preminenza accordata al principio del *best interest of the child*<sup>40</sup>.

c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge;

d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata;

e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato;

f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero;

g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico.

<sup>36</sup> Sull'ordine pubblico internazionale, v. CASS., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, cit. ove si legge: «Alla funzione originaria dell'ordine pubblico internazionale, tesa a salvaguardare la coerenza interna dell'ordinamento italiano, si è via via affiancata una funzione promozionale, volta a favore della diffusione dei valori tutelati, anche in connessione con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovranazionale, nonché la loro armonizzazione fra gli ordinamenti. Quanto ai formanti dell'ordine pubblico, i principi propri dell'ordinamento giuridico statale possono trovare espressione non soltanto in disposizioni di rango costituzionale bensì anche in norme di legge ordinaria che siano significative del modo di essere dell'ordinamento giuridico statale in un dato momento storico nei diversi ambiti materiali suscettibili di venire in considerazione. Nella nozione di ordine pubblico internazionale rientrano, quindi, anzitutto quei principi fondamentali, quali valori della nostra Costituzione che esprimono la fisionomia inconfondibile della comunità nazionale. L'ordine pubblico comprende anche quelle altre regole che, pur non collocate nella Costituzione, danno concreta attuazione ai principi costituzionali o esprimono un principio generale del sistema. Il concetto di ordine pubblico internazionale si allarga ai valori condivisi della comunità internazionale e, in particolare, alla tutela dei diritti umani risultanti dal diritto dell'Unione europea, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...]».

<sup>37</sup> D.p.r. 3.11.2000, n. 396 cit.

Art. 18. *Casi di intrascrivibilità*.

«1. Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico».

<sup>38</sup> L. 31.5.1995, n. 218, cit.

Art. 16. *Ordine pubblico*.

1. La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico.

2. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana.

<sup>39</sup> CASS., 30.9.2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I 3329 ss., con nota di CASABURI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 372, con nota di PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex*; in *Corr. giur.*, 2017, 18 ss., con nota di FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status familiari*; in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), con nota di SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*; CASS., 15.6.2017, n. 14878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1718, con nota di PALMERI, *(Ir)relevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di coppia same sex*; in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), con nota di STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri in difetto di legame genetico con colei che ha partorito*; v. CASS., 23.8.2021, n. 23319, in *One legale*.

<sup>40</sup> Art. 3, *Convention on the Rights of the Child, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution 44/25 of 20 November 1989 entry into force 2 September 1990*. Sull'interesse del minore, la letteratura è, come noto, molto ampia; SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 405 ss., il cui *incipit* è illuminante «In principio non fu il superiore interesse del minore a criterio a base della regolamentazione giuridica relativa alla condizione della minore età»; BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle*

Secondo la Cassazione nella nozione di ordine pubblico internazionale è da ricomprendere il principio del *best interest of the child* che si sostanzia nel diritto alla continuità dello *status* del figlio formatosi all'estero. In tale prospettiva, la Cassazione, superando la strettoia del principio di legalità (v. requisiti di accesso), accorda preminenza al *best interest of the child* consentendo la trascrizione del provvedimento straniero con doppia genitorialità femminile.

Il principio di legalità si affievolisce rispetto al *best interest of the child* alla continuità dello stato. Principio quest'ultimo che va ad integrare l'ordine pubblico internazionale e non si pone in antitesi con esso. Il nato all'estero da una coppia omoaffettiva che è ricorsa ad una fecondazione eterologa potrà conseguire in Italia uno *status* che riflette questa identità personale e famigliare.

\*

Se, invece, la coppia è ricorsa all'estero alla maternità surrogata, la Cassazione<sup>41</sup> ha ritenuto di non consentire la trascrizione del provvedimento straniero indicante la doppia paternità perché contrario all'ordine pubblico internazionale stante il divieto inderogabile di maternità surrogata, di guisa che in Italia solo il genitore biologico diviene giuridicamente padre mentre il genitore d'intenzione può *giuridicizzare* il legame col nato attraverso l'istituto dell'adozione semplice (art. 44, comma 1, lettera d) l. n. 184/1983)<sup>42</sup>. Nel solco tracciato da questa decisione si colloca poi la pronuncia di inammissibilità di Corte cost., n. 33/2021<sup>43</sup>, che nel ricercare un punto di equilibrio tra l'obiettivo di disincentivare la maternità surrogata e l'esigenza di riconoscere pienezza di tutela al minore<sup>44</sup> ha rilevato l'insufficienza dell'istituto dell'adozione in casi particolari a garantire

---

*fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1447 ss., che ne parla come di «una nuova “formula magica”»; MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione*, nel *Tratt. dir. fam.* diretto da ZATTI, II, *Filiazione*, Giuffrè, 2012, 18; LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, 2016, 13 ss.; l'a. in particolare ricorda la decisione di CORTE COST., n. 11/1981 che ha consacrato la rilevanza costituzionale del principio; LENTI, “Best interests of the child” o “best interests of children”? in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 157; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 86; ID., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 148.

<sup>41</sup> La vicenda processuale origina da un APP. TRENTO, 23.2.2017, in *Corr. giur.*, 2017, 935 ss. con nota di FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, e di TUO, *Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 986 ss., con nota di CALDERAI, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale, che aveva riconosciuto la trascrizione di un provvedimento canadese di doppia paternità giusta la nozione di ordine pubblico internazionale compatibile con la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo*; successivamente la decisione di Trento viene impugnata in Cassazione (v. ordinanza di rimessione, CASS., 22.2.2018, n. 4382, in *Foro it.*, 2018, I, 782, con nota di CASABURI, *circa l'esatta portata della nozione di ordine pubblico internazionale*) cui è seguita la decisione di CASS., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 741 ss., con nota di commento di SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità; tra i primi commenti*; BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore*, in *Famiglia*, 2019, 369 ss.; DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Fam. e dir.*, 2019, 667; FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. e dir.*, 2019, 677 ss.; VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternalità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *GenIUS*, 2019.

<sup>42</sup> Successivamente alle sez. un., tuttavia, alcune Corti di merito hanno trascritto la doppia paternità, v. APP. BARI, 9.10.2020, in *Dir. e giust.*, 2.4.2021 che si rifà al precedente di Trento.

<sup>43</sup> CORTE COST., 9.3.2021, n. 33, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 700 ss., con nota di commento (mia), *L'“omogenitorialità” ancora al vaglio della Corte costituzionale*.

<sup>44</sup> Punto di equilibrio che la Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali suggerisce essere il riconoscimento del legame giuridico almeno da quando il rapporto di filiazione si è di fatto concretizzato, CORTE EUR. DIR. UOMO, 13.7.2000, ric. n. 25735/94 (§ 43); CORTE EUR. DIR. UOMO, 12.7.2001, ric. n. 25702/94 (§ 151); CORTE EUR. DIR. UOMO, 10.9.2019, ric. n. 37283/13 (§ 202), tutte reperibili in *www*.

l'effettività di questa tutela. La conclusione così prospettata sembra sconfessare il diritto vivente espresso dalle sezioni unite n. 12193/2019, di guisa che la prima sezione della Cassazione con ordinanza interlocutoria n. 1842/2022<sup>45</sup> ha chiesto di rimettere la questione alle sezioni unite per risolvere la questione di massima di particolare importanza. Da qui la recente pronuncia a sezioni unite<sup>46</sup> che ribadisce la conclusione precedente negando la trascrizione al provvedimento straniero ed accorda tutela al rapporto col genitore d'intenzione attraverso la via dell'adozione semplice<sup>47</sup> di cui offre una rinnovata

*budoc.echr.coe.int.*; anche se i singoli Stati possono decidere il modo di rendere effettivo questo legame, CORTE EUR. DIR. UOMO, GRANDE CAMERA, 10.4.2019, ric. P16-2018-001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 764 ss., con commento di GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, (ivi, 757 ss.), ed ivi riferimenti bibliografici sulla natura e l'efficacia dell'*Advisory Opinion* di cui al protocollo n. 16 della CEDU in vigore dal 1° agosto 2018 nei dieci Paesi che lo hanno ratificato (l'Italia avrebbe ad oggi solo firmato il testo). Nel parere consultivo – che prende in considerazione il caso della maternità surrogata in Francia, ammettendo senza incertezze la necessità di instaurare un legame giuridico della madre intenzionale (che sia madre legale nell'ordinamento estero) con il nato – tanto se via stato apporto genetico della stessa quanto se non ve ne sia stato – la Corte riconosce il margine di apprezzamento degli Stati membri in questa materia così delicata ma al contempo ne indirizza l'operato richiedendo una modalità che sia *rapida, effettiva e completa* e che risulti conforme all'interesse superiore del minore.

<sup>45</sup> Con CASS., ord. 21.1.2022, n. 1842, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1055 ss., con nota di FEDERICO, *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite*; la Cassazione rimette gli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alla Sezioni unite. L'ordinanza di rimessione è molto articolata e propone di calibrare il concetto di ordine pubblico in relazione ai tipi di maternità surrogata. Valutazione affidata al singolo caso intesa a non incidere sui diritti inviolabili del minore. Secondo la ordinanza di rimessione non si sta discutendo di un preteso diritto alla genitorialità ma dell'interesse del minore a che sia affermata la titolarità giuridica di quel fascio di doveri che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio della responsabilità genitoriale. L'ordinanza interlocutoria n. 1842 si chiede se la Corte costituzionale n. 33 abbia determinato un vuoto di tutela giacché l'istituto dell'adozione semplice è insufficiente a garantire l'effettività della tutela; se via sia stato un superamento del diritto vivente espresso da Cass., sez. un., n. 12193/2019, se non sia possibile calibrare l'effetto preclusivo dell'ordine pubblico internazionale modulandolo a seconda del tipo di surrogazione di maternità... L'argomentazione da cui muove presuppone di considerare gli strumenti a disposizione: a) delibazione e b) trascrizione 3) ordine pubblico internazionale. Delibare non vuol dire conferire liceità ad un istituto illecito (maternità surrogata) ma riconoscere efficacia all'atto di assunzione di responsabilità genitoriale. Secondo l'ordinanza interlocutoria non vi può essere automatismo: siccome c'è il divieto di maternità surrogata e quindi un limite cioè l'ordine pubblico internazionale si può consentire un affievolimento dei diritti fondamentali dei minori... Afferma energicamente la prima sezione che non è possibile configurare l'affievolimento di un diritto inviolabile quale è quello alla propria identità personale e al pieno godimento della vita familiare. Occorre non operare automatismi e valutare se quel limite di ordine pubblico possa calibrarsi valutando il tipo di maternità surrogata e la lesione all'adozione.

<sup>46</sup> CASS., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, n. 3 in corso di pubblicazione, con nota di commento di CALDERAI; con opinione di FERRANDO, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, ivi, 377 ss.; RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*; TATTINI, *Operatività ex post del divieto di maternità surrogata: torna al vaglio delle Sezioni Unite il dibattito tema del riconoscimento del legame filiale tra il nato all'estero da maternità surrogata e il c.d. genitore d'intenzione*, entrambi in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2023.

<sup>47</sup> La vicenda da cui origine la pronuncia delle sezioni unite riguarda il caso di un bimbo nato all'estero da maternità surrogata (Canada) a seguito di un progetto condiviso di una coppia maschile; uno dei due fornisce i gameti alla fecondazione in vitro con l'ovocita di una donatrice. L'embrione viene trasferito nell'utero di una diversa donna non anonima che porta a termine la gravidanza e partorisce il bambino. I due uomini sono entrambi di cittadinanza italiana si uniscono in matrimonio in Canada e l'atto di matrimonio viene trascritto in Italia nel registro delle unioni civili. Le autorità canadesi formano un atto di nascita con l'indicazione del solo padre biologico (non si menzionano invece né il padre intenzionale né la madre surrogata né la donatrice dell'ovocita). La Corte suprema della British Columbia – in accoglimento del ricorso – dichiara entrambi i padri genitori e ordina la rettificazione dell'atto di nascita. Dal Canada i due padri chiedono quindi la rettificazione in Italia dell'atto di nascita del bambino che indicava come padre il solo genitore biologico. L'Ufficiale di stato civile rifiuta la richiesta di rettificazione sia per l'esistenza di un atto di nascita trascritto sia per l'incertezza non favorevole della giurisprudenza di legittimità. I due padri propongono ricorso ex art. 67 l. n. 218/1995. La Corte d'appello delibera (ordinanza 16 luglio 2018) favorevolmente, cioè riconosce l'efficacia della sentenza della British Columbia in Italia sul fondamento del principio del *best interest of the*

interpretazione<sup>48</sup>. Secondo la Cassazione il principio del *best interest of the child* – che è parte dell'ordine pubblico internazionale – non rappresenta un diritto tiranno rispetto ad altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute o protette, quali il diritto alla genitorialità, il quale non può, dal canto suo, essere affidato ad uno strumento di carattere automatico. Nella citata pronuncia, la Cassazione ricorda le ragioni per cui non va trascritto il provvedimento giudiziario straniero: a) per disincentivare il ricorso alla maternità surrogata b) perché il desiderio di genitorialità non si traduce in un diritto alla genitorialità comprensivo del *quomodo* e dell'*an* e del *quando* c) perché il riconoscimento della genitorialità non può essere affidato ad uno strumento di carattere automatico ma richiede sempre una valutazione di concretezza<sup>49</sup>. L'istituto dell'adozione in casi speciali viene "rimodellato"<sup>50</sup> per consentire una migliore valorizzazione del rapporto giuridico del nato da maternità surrogata ed il genitore non biologico, ma rimane fermo il divieto di trascrizione automatica del provvedimento straniero che riconosce la doppia paternità. In Italia il nato da gestazione per altri è figlio di due padri, cui corrispondono discipline differenti.

È di pochi giorni una interessante pronuncia del Tribunale di Milano che, dopo aver ripercorso le argomentazioni delle sezioni unite, ordina la trascrizione nei registri di stato civile di un atto di nascita formato all'estero ed indicante una doppia paternità (da gestazione per altri), sull'assunto che nel caso di specie non sarebbe stato possibile applicare l'istituto dell'adozione in casi particolari, giacché il padre biologico (unico legittimamente riconosciuto in Italia) era deceduto e quindi, giocoforza impossibilitato a dare il consenso (indispensabile per l'adozione semplice)<sup>51</sup>. Mi chiedo se si tratti della prima pronuncia dopo le sezioni unite che abbia fatto applicazione dei principi da quest'ultima proclamati e quindi abbia davvero evitato l'automatismo della genitorialità operando una valutazione del concreto interesse del figlio, oppure se siamo di fronte all'unica soluzione "creativa" percorribile... in assenza di altre soluzioni. Mi chiedo cioè se vi sia stata – ed in che modo o in che misura – una effettiva valutazione del concreto interesse del minore o se, piuttosto, si sia trattato di un automatismo nella attribuzione della genitorialità necessitato dall'insufficienza dei «rimedi».

---

*child* alla conservazione dello status. L'ordinanza della Corte d'appello veneta viene impugnata in Cassazione ove la Prima sezione con ordinanza interlocutoria del 29 aprile 2020, giusto il precedente di Cassazione n. 12193/2019, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della l. n. 40 del 2004, art. 12 comma 6, del d.p.r. n. 396/2000, art. 18 e della l. n. 218/1995, art. 64, comma 1, lett g) «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del c.d. genitore d'intenzione non biologico nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata")». A tale ordinanza risponde CORTE COST., 9.3.2021, n. 33 cit. *infra*, dichiarando la questione inammissibile. Su questo sfondo si colloca l'ordinanza n. 1842/2022 (cit.) da cui la sentenza a sezioni unite.

<sup>48</sup> La Cassazione propone una lettura degli artt. 46 e 57 l. n. 184 del 1983 (interesse concreto del minore) per cui «il rifiuto dell'assenso del genitore biologico appare ragionevole solo se espresso nell'interesse del minore ossia quando non si sia realizzato tra quest'ultimo ed il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione». Per il rapporto di parentela v. la citata CORTE COST., n. 79/2022 cit.

<sup>49</sup> CASS., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, ove si dice che «Il principio del superiore interesse del minore entra nella nozione di ordine pubblico internazionale ma deve essere concretamente valutato e non può che rappresentare l'irrinunciabile parametro di commisurazione da cui muovere per la costruzione anche dello stato giuridico del figlio nato da maternità surrogata. L'interesse superiore del minore può anche risultare fondativo di un vero e proprio rapporto di filiazione ma deve basarsi su un corrispondente legame affettivo di tipo familiare dotato dei caratteri della effettività e stabilità».

<sup>50</sup> Come fa il sarto per adattare un vestito vecchio ad un corpo cambiato...

<sup>51</sup> TRIB. MILANO, 2.3.2023 (depositata 24.4.2023, in corso di pubblicazione), in *www.articolo29.it*.

## 9. ...e del nato in Italia: «stato dell'arte» e nuove prospettive

L'ipotesi del minore nato in Italia e di cui si chiede l'iscrizione immediata della genitorialità nell'atto di nascita, vede coinvolte "allo stato dell'arte" esclusivamente coppie femminili ricorse all'estero alla procreazione medicalmente assistita eterologa con seme di donatore anonimo. Vi sono coppie unite civilmente o anche solo conviventi. Vi sono poi casi in cui, nella coppia richiedente in Italia il riconoscimento della genitorialità, una è madre biologica e l'altra madre genetica<sup>52</sup> e vieppiù fattispecie in cui una sola è la madre biologica e genetica mentre la *partner* è "totalmente estranea" al nato, non avendo contribuito né geneticamente, né biologicamente.

In queste situazioni si è sviluppata una giurisprudenza di merito<sup>53</sup> incline ad avvalorare la prassi seguita da alcuni Ufficiali di stato civile che hanno consentito l'iscrizione *automatica* nell'atto di nascita della doppia maternità e del doppio cognome<sup>54</sup>.

L'argomentazione su cui fa leva la giurisprudenza di merito poggia sul criterio attributivo della genitorialità di cui all'art. 6 e 8 della l. n. 40/2004 e sul principio del superiore interesse del minore a conseguire – fin dalla nascita – uno *status* che rifletta l'identità personale e familiare del nato anche se non rispondente alla verità del rapporto biologico. Recessiva, invece, appare l'argomentazione che poggia sul principio di legalità a fronte della violazione della legge sulla p.m.a. (v. i requisiti soggettivi di accesso), e nel caso di coppia unita civilmente, anche della l. n. 76/2016.

In una parola, la preminenza accordata al principio del *best interest of the child* consente di superare il principio di legalità e legittima l'automatismo nell'iscrizione della doppia genitorialità femminile nell'atto di nascita prescindendo dalla violazione dei requisiti di accesso. In tale prospettiva, significative sono le parole espresse dalla Corte d'appello di Perugia<sup>55</sup> laddove la stessa afferma che non si tratta di dare ad un minore una famiglia (per cui potrebbe soccorrere l'istituto dell'adozione) ma «di riconoscere il fondamentale diritto del minore di essere riconosciuto quale frutto di un progetto genitoriale, quale componente del suo diritto all'identità»<sup>56</sup>.

A questa soluzione si è contrapposta dall'aprile del 2020 una giurisprudenza di legittimità inaugurata da due pronunce di qualche giorno l'una dall'altra<sup>57</sup> ed ancor oggi ribadita<sup>58</sup> che sconfessano questa possibilità in ragione della preminenza da accordare al principio di legalità; il riconoscimento del rapporto giuridico col genitore d'intenzione

<sup>52</sup> TRIB. GENOVA, decr. 8.11.2018, in *Leggi d'Italia*.

<sup>53</sup> TRIB. PISTOIA, decr. 5.7.2018, in *Redazione Giuffrè*; TRIB. BOLOGNA, decr. 6.7.2018, in *Foro it.*, 2018, I, 2883; TRIB. GENOVA, decr. 8.11.2018 cit.; TRIB. ROVERETO, decr. 19.4.2019 e conforme, APP. TRENTO, decr. 16.1.2020, in *www.articolo29.it*; APP. PERUGIA, decr. 18.11.2019, in *Foro it.*, 2020, I, 32; TRIB. CAGLIARI, decr. 28.4.2020, in *De Jure*.

<sup>54</sup> Ho appreso informalmente che questo periodo iniziale viene chiamato «la primavera dei Sindaci».

<sup>55</sup> APP. PERUGIA, 18.11.2019, in *Foro it.*, 2020, I, 32, cit.

<sup>56</sup> Corrisponde al *best interest of the child* avere uno *status* che riflette l'identità personale e familiare del nato.

<sup>57</sup> CASS., 3.4.2020, n. 7668, in *Dir. fam. e pers.*, 2020, 3, I, 885, con nota di BARONE, *Le vie della doppia maternità* (ivi, 925) e di TROTTA, *Prevalenza della verità biologica nella redazione degli atti di stato civile e tutela della "genitorialità intenzionale"* (ivi, 890); CASS., 22.4.2020, n. 8029, in *Ilfamilarista*, 3.8.2020, con nota di FIGONE, *Atto di nascita con due mamme: ancora un no dalla Suprema Corte*; più di recente, CASS., 23.8.2021, nn. 23320 e 23321 (in *Foro it.*, 2022, 1, I, 293); in *De Jure*; CASS., 25.2.2022 n. 6383, in *Dir. e giust.*, 2022, 28 febbraio, con nota di DI LALLO; CASS., 4.4.2022, n.10844, in *Dir. e giust.*, 2022, 5 aprile; CASS., 13.7.2022, n. 22179, in *Dir. e giust.*, 2022, 15 luglio.

<sup>58</sup> CASS., 25.2.2022 n. 6383, cit. «Non è consentito, fuori dei casi ammessi dalla legge creare una forma di genitorialità svincolata da un rapporto biologico con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto. Da qui l'inammissibilità di un'istanza tesa a formare l'atto

viene comunque garantito attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari secondo la soluzione proposta dalle sezioni unite della Cassazione<sup>59</sup>.

Nella linea tracciata da questa giurisprudenza si inserisce, dapprima, l'ordinanza sollevata dal Tribunale di Pisa che ha posto la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto delle norme del codice civile (artt. 250 e 449 cod. civ.), dell'Ordinamento di stato civile (artt. 29, 44 e 95) e della legge sulla p.m.a. (artt. 5 e 8) che in quanto norme di applicazione necessaria non consentono la formazione in Italia di un atto di nascita indicante la doppia maternità laddove invece ciò sarebbe consentito dall'art. 33 l.n. 218/1995<sup>60</sup>.

Successivamente il Tribunale di Venezia<sup>61</sup> solleva la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto della legge c.d. Cirinnà (art. 1, comma 20°) e dell'art. 29, comma 2°, d.p.r. n. 396/2000 che non consente la formazione di un atto di nascita con doppia maternità. Entrambe le questioni, come è noto, sono state dichiarate inammissibili dalla Corte costituzionale con le pronunce, rispettivamente, nn. 237/2019<sup>62</sup> e 230/2020<sup>63</sup>, pur ribadendo il Collegio la possibilità di tutelare la genitorialità d'intenzione attraverso l'adozione in casi particolari.

Ed ancora.

Sulla scia di questa conclusione si inserisce la recente pronuncia di inammissibilità della Corte costituzionale n. 32/2021<sup>64</sup> che ha rilevato l'insufficienza dell'istituto dell'adozione in casi particolari nel tutelare gli interessi concreti del nato nell'ambito di un progetto condiviso di genitorialità di una coppia femminile, laddove nel corso del rapporto genitoriale la madre biologica abbia negato il consenso – necessario ai sensi dell'art. 46 l. ad. – all'adozione da parte della partner, genitore non biologico<sup>65</sup>. In tale pronuncia, la Corte dichiara il vuoto di tutela esistente nell'ordinamento giuridico per i nati in Italia da p.m.a. di coppia omoaffettiva femminile tale per cui «il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incomprimibili diritti dei minori».

La rilevanza progressiva della genitorialità di fatto e l'insufficienza dell'istituto dell'adozione in casi particolari dovranno così indurre il legislatore ad introdurre una disciplina organica ed adeguata a riconoscere i legami affettivi stabili del minore, nato da p.m.a. praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre inten-

---

di nascita traducendo in termini certificativi il risultato di ciò che non può trovare ingresso in termini sostanziali».

<sup>59</sup> A ben vedere, in seguito, altre pronunce di merito hanno ribadito la soluzione dei Tribunali prima citati, sconfessando le pronunce di legittimità nel frattempo intervenute. Successivamente, come si dirà, la soluzione delle sezioni unite (CASS., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 741 ss.) è stata ribadita da CORTE COST., 4.11.2020, n. 230, in *Guida al dir.*, 2020, n. 46, 32 ss., e poi posta in discussione ancora da CORTE COST., 9.3.2021, nn. 32 e 33, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 616 ss.

<sup>60</sup> TRIB. PISA, 15.3.2018, in G.U., n. 19 del 9.5.2018.

<sup>61</sup> TRIB. VENEZIA, 3.4.2019, in *Foro it.*, 2019, I, 1953.

<sup>62</sup> CORTE COST., 15.11.2019, n. 237, in *Foro it.*, 2020, I, 31.

<sup>63</sup> CORTE COST., 4.11.2020, n. 230, cit.; v. in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 417 ss. con nota di FERRANDO, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima vista di Corte cost.*, n. 230/2020.

<sup>64</sup> CORTE COST., 9.3.2021, n. 32, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 616 ss.

<sup>65</sup> Il TRIB. PADOVA, ord. 9.12.2019, in G.U., n. 28, Prima serie speciale, 2020, rileva il vuoto di tutela nel garantire l'interesse delle minori (non si può attribuire lo *status* ai sensi degli artt. 8 e 9 perché c'è il limite dell'art. 5; non si può ricorrere all'adozione in casi particolari perché manca il consenso (art. 46), non si può autorizzare il 2° riconoscimento ai sensi dell'art. 250 comma 4°, perché la coppia è omosessuale.

zionale e ciò per l'esigenza, insopprimibile, di tutelare il diritto del nato alla propria identità, personale, sociale e familiare<sup>66</sup>.

In questa stessa direzione, è cioè facendo leva sul diritto all'identità personale si colloca una recente decisione del Tribunale di Roma<sup>67</sup> che ordina al Ministero dell'Interno e per esso al Sindaco di Roma, quale Ufficiale di Governo, la modifica del sistema elettronico di rilascio della Carta di identità elettronica per consentire l'indicazione in essa della doppia dicitura "neutra" di «genitore» e «genitore» (anziché quella "a rime obbligate" di *madre e padre*), in una ipotesi in cui a chiedere il rilascio della Cie valida per l'espatrio di un minore erano due madri riconosciute tali da sentenza passata in giudicato<sup>68</sup>.

Nel provvedimento richiamato il Giudice romano ha stabilito l'illegittimità dell'indicazione di una genitorialità sociale e parentale «incongrua» rispetto all'identità sessuale e di genere della coppia richiedente, se pur la finalità meramente identificativa del documento elettronico (ed i principi applicabili alla circolazione dello stesso) non consentono di indicare la doppia dicitura di «madre».

## 10. *Riflessioni conclusive*

In materia di genitorialità omo-affettiva sembra che "legge" e "realtà" corrano lungo due linee parallele fra cui occorre trovare un punto di incidenza. Il «formante»<sup>69</sup> legislativo non ha introdotto alcuna novità nell'ordinamento italiano circa la costituzione dello *status filiationis*, mentre quello giurisprudenziale ha evidenziato l'esistenza di una situazione di fatto in cui il «diritto si deve insinuare»<sup>70</sup> assecondando la sua stessa natura e funzione che «è sempre contemperamento di interessi»<sup>71</sup>.

Legislazione e giurisprudenza condividono, tuttavia, uno stesso terreno rappresentato dalla forza persuasiva dei principi ordinanti che orientano il legislatore e sorreggono il giudice nelle soluzioni dei singoli casi: «*best interest(s) of the child*», «non discriminazione», «ordine pubblico», «legalità».

Le argomentazioni addotte dalla giurisprudenza nelle decisioni di questi ultimi anni – in assenza di una puntuale disciplina positiva – si sviluppano lungo il crinale che separa e dà equilibrio ai principi fondamentali dando prevalenza all'uno o all'altro dei casi da decidere, dei gradi di giurisdizione.

Forse si potrebbe cambiare prospettiva valorizzando il fatto giuridico della "nascita"<sup>72</sup> quale momento fondativo della persona e della sua identità o, forse, si potrebbe

<sup>66</sup> Ragione per cui ancor oggi vi sono Giudici di merito favorevoli all'iscrizione della doppia maternità; cfr. TRIB. TARANTO, decr. 31.5.2022; APP. CAGLIARI, decr. 16.4.2021, in *www.articolo29.it*.

<sup>67</sup> TRIB. ROMA, ord. 9.9.2022, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, 566 ss., con nota di commento di CHECCHINI, *Le «informazioni» sul minore nella Carta di identità elettronica tra «identità» e «identificazione» della persona*.

<sup>68</sup> La sentenza passata in giudicato ha accertato la doppia maternità, una «naturale e l'altra adottiva» (TRIB. ROMA cit.).

<sup>69</sup> Espressione di SACCO, *Il contratto*, nel *Trattato Vassalli*, VI, II, Utet, 1975.

<sup>70</sup> LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017, 36.

<sup>71</sup> SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 431.

<sup>72</sup> ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Maschere del diritto e volti della vita*, Giuffrè, 2009, 212, ove l'a. afferma: «In ogni caso, il problema potrebbe essere aperto *de iure condendo* perché, anche in caso di divieto assoluto di qualsiasi surrogazione, l'evento fattuale va disciplinato».

ripensare a quali principi occorre riferirsi per soppesare gli interessi prevalenti da sistemare in questa materia così complessa ma anche elementare.

Quando qualche anno fa, se non mi sbaglio, il Prof. Zatti si preoccupava di stabilire se fosse legittimo ed in che misura creare *ex novo* diritti della personalità quale appunto il diritto all'identità personale per la tutela più integrale della persona, lo stesso autore si poneva la questione di «verificare se le esigenze che sarebbero soddisfatte dalla nuova figura non si risolvano in definitiva in quelle che già ricevono protezione attraverso la tutela della verità, dell'onore, della riservatezza»<sup>73</sup>, pur dando atto di come l'esigenza concreta di proteggere *nuovi bisogni* forgi l'esistenza stessa di nuovi diritti<sup>74</sup>.

Sulla scia di queste riflessioni mi chiedo se l'evoluzione socio culturale della famiglia e delle relazioni che ne derivano avallino l'integrazione del contenuto dell'identità personale e la conseguente tutela<sup>75</sup>; il diritto all'identità personale non è solo diritto o pretesa del soggetto ad una fedele rappresentazione di sé ma diviene anche «un problema di preservazione o di conquista dell'identità stessa»<sup>76</sup>.

In buona sostanza, a me sembra che stia via via emergendo una rinnovata connotazione dell'identità della persona che potrebbe rappresentare quel grimaldello su cui fondare la corretta rappresentazione della genitorialità omoaffettiva quale componente irrinunciabile dell'identità del nato anche – ma non solo – nella prospettiva del figlio di (poter e/o voler) conoscere di essere il frutto di un progetto procreativo condiviso e di vedersi rappresentato e conosciuto come tale<sup>77</sup>.

Se, dunque, riflettiamo sui principi da bilanciare in questo delicato contesto, mi chiedo, per esempio, se davvero il divieto di maternità surrogata come limite insuperabile di ordine pubblico internazionale possa legittimare l'affievolimento del *diritto inviolabile* di ogni persona alla propria identità ed al pieno godimento della vita familiare di cui agli artt. 2 Cost. e 8 Cedu?

Quest'ultimo, infatti, non è anch'esso contenuto tra i «principi fondamentali» della nostra Costituzione?

E se l'ordine pubblico internazionale ha valore anche “*promozionale*”<sup>78</sup> nel riconoscimento dei «diritti umani» riferibili ad ogni persona, non sarebbe il momento di riflettere sul suo contenuto e sull'operatività di questa «clausola» laddove entrano in gioco nuovi diritti fondamentali della persona? Ciò non significa assolutamente – nel mio pensiero – sconfessare l'illiceità della gestazione per altri né – ciò che più conta – svilire la «dignità» della donna<sup>79</sup>.

Siamo su piani valoriali diversi ed il compito del giurista è proprio quello di ricercare un nuovo punto di equilibrio.

<sup>73</sup> ZATTI, *Il diritto all'identità e l'“applicazione diretta” dell'art. 2 Cost.*, in *Il diritto all'identità personale*. Un seminario promosso dal centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei e dal Centro Studi e Documentazione Giuridica, a cura di ALPA - BESSONE - BONESCHI, Cedam, 1981, 53 ss.

<sup>74</sup> ZATTI, *Il diritto all'identità e l'“applicazione diretta” dell'art. 2 Cost.*, cit., 54, per il quale «...il nome del diritto [...] è il nome del bisogno reso evidente dalla vicenda sottoposta a giudizio».

<sup>75</sup> CORTE EUR. DIR. UOMO, 22.11.2022, ric. nn. 58817/15 e 58252/15 (D.B. e altri c. Svizzera), in *www.budoc.echr.coe.int*.

<sup>76</sup> ZATTI, *Il diritto all'identità e l'“applicazione diretta” dell'art. 2 Cost.*, 61.

<sup>77</sup> Siamo di fronte ad un «diritto umano» (?).

<sup>78</sup> CASS., ord. 21.1.2022, n. 1842, cit.

<sup>79</sup> ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, in *Maschere del diritto e volti della vita*, Giuffrè, 2019, 29 ss., dove si dice che «in tutti i contesti in cui la dignità viene in gioco, non viene, di necessità, in gioco “nuda e sola”, proprio perché è intrinseca qualità dell'uomo» (*ivi*, 43).