

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA  
ETEROLOGA E PREMINENTE INTERESSE DEL NATO

*HETEROLOGOUS MEDICALLY ASSISTED PROCREATION AND  
THE BEST INTERESTS OF THE CHILD*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 716-737*



Emilia  
SENATORE

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

**RESUMEN:** Il saggio analizza il problema relativo al riconoscimento dello “status filiationis” in Italia di un bambino nato, non in Italia, a seguito di una tecnica di procreazione medicalmente assistita tra due persone dello stesso sesso.

Ricostruita l'evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea sul tema, l'attenzione è tesa ad individuare una possibile tutela giuridica.

**PALABRAS CLAVE:** PMA; il miglior interesse del bambino; filiazione.

**ABSTRACT:** *The essay analyses the problem regarding to the recognition of the “filiationis status” in Italy, of a child born, not in Italy, following a medically assisted procreation technique between two persons of the same sex.*

*Reconstructed the evolution of the case-law in Europe and in Italy, the Author attempts to give a solution to the protection of the best interests of the child.*

**KEY WORDS:** PMA; best interest of the child; filiation.

**SUMARIO.- I. IL RICONOSCIMENTO DELLO “STATUS FILIATIONIS”.- II. IL PREMINENTE INTERESSE DEL NATO NEL DIRITTO VIVENTE: IL RICONOSCIMENTO DELLO “STATUS FILIATIONIS” ALL’ATTENZIONE DELLE CORTI.- III. RIFLESSIONI CONCLUSIVE SU UNA POSSIBILE TUTELA GIURIDICA.**

**I. IL RICONOSCIMENTO DELLO STATUS FILIATIONIS.**

Molteplici e recenti sono le pronunce giurisprudenziali<sup>1</sup> che analizzano un tema tanto sensibile quanto dibattuto, ovvero il riconoscimento, nell’ordinamento italiano, dello “status filiationis” del nato, non in Italia, a séguito di una tecnica di procreazione medicalmente assistita tra due soggetti dello stesso sesso.

Con i significativi progressi scientifici che si sono avuti nel campo della riproduzione umana, il tema della filiazione<sup>2</sup> ha acquistato un rinnovato interesse

- 1 Cass., 23 agosto 2021 n. 23320, *Dejure online*; Cass, 23 agosto 2021, n. 23321, *Foro it.*, 2022, I, I, c. 293; Cass., 20 ottobre 2021 n. 23319, *ivi*; Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, *Dir. giust.*, 2020; Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, *Dejure online*. In tema si v. altresì, Cass., Sez. un., 08 maggio 2019, n. 12193, *Pluris online*; Cass., 23 agosto 2021, n. 23319, *Foro it.*, 2022, I, I, c. 293, in tale pronuncia gli Ermellini affermano che “può essere trascritto nei registri di stato civile l’atto di nascita straniero di un minore (nella specie, maltese), indicato come figlio di due donne, una cittadina straniera (inglese) e una cittadina italiana, nato dalla prima a mezzo di pratiche di procreazione assistita eterologa, effettuata nell’ambito di un progetto di genitorialità condivisa con la seconda, in quanto tale indicazione non si pone in contrasto con l’ordine pubblico internazionale (nella specie, la trascrizione era stata disposta dall’ufficiale di stato civile del comune di residenza delle parti; la Suprema Corte, quanto al giudizio di impugnazione, ha escluso la legittimazione attiva del sindaco quale legale rappresentante del comune, in quanto egli agisce come ufficiale di stato civile, organo periferico dello Stato, nonché la legittimazione ad intervenire di una associazione di tutela delle persone LGBTI)”, con nota di MONTALCINI, G.: “Genitore sociale: sì alla trascrizione dell’atto straniero di riconoscimento di un minore da parte della madre intenzionale”, *ilfamiliarista.it*, 2021; con nota di MENDICINO, S.: “Trascrivibilità dell’atto di nascita: fecondazione assistita e diritti dei minori”, *Dir. giust.*, 161, 2021, p. 7; in senso conforme Trib. Milano, 23 settembre 2021, *ilfamiliarista.it*, 2022; Trib. Milano, 25 ottobre 2018, n. 2935, *Dejure online*; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, *ivi*; App. Bari, 13 febbraio, 2009, *ivi*. In senso difforme, Cass., 25 febbraio 2022, n. 6383, *giustiziacivile.com*, 2022, invece non accoglie la domanda di rettificazione dell’atto di nascita volta ad ottenere l’indicazione, quale madre della bambina, anche della donna che abbia fornito l’ovulo poi impiantato artificialmente nella partoriente, poiché in contrasto con il principio di ordine pubblico vigente nel nostro ordinamento consistente nel divieto di doppia maternità dal momento che trattasi di un minore concepito all’estero mediante l’impiego di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo ma nato in Italia.
- 2 SESTA, M.: *Filiazione*, in AA.VV., *Enc. dir.*, (dir. civ.), Agg., IV, Milano, 2000, p. 569 ss.; GRASSETTI, C.: *Diritto di famiglia*, in AA.VV., *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 48; CHIAPPETTA, G.: *Famiglie e minori. Nella leale collaborazione tra le Corti*, Napoli, 2011, p. 323; PORCELLI, M.: *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, *Quad. dir. succ. fam.*, Napoli, 2016, *passim*; VALONGO, A.: *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, *Quad. dir. succ. fam.*, Napoli, 2017, pp. 13 ss.; PRISCO, I.: “I rapporti di filiazione nelle unioni omosessuali. Uso e abuso del criterio del best interest del minore”, *For. nap.*, 2017, pp. 679 ss.; SASSI, A.: “Filiazione intenzionale e interesse allo status”, *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 531 ss.; GORGONI, A.: “La rilevanza della filiazione non genetica”, *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 123 ss.; BIANCA, M.: “La genitorialità d’intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020”, *giustiziainsieme.it*; BOZZI, L.: “Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, p. 3320; SALANITRO, U.: “I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell’interprete”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1364; OPPO, G.: “Diritto di famiglia e procreazione assistita”, *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 334; BUSNELLI, F.D.: “Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti”, *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 1, p. 1467.

• Emilia Senatore

Dottore di ricerca in Diritto Privato - Università degli Studi di Salerno, e-mail: esenatore@unisa.it

per il giurista: significativamente è stato affermato che il “nuovo protagonista del fenomeno famiglia è il figlio”<sup>3</sup>.

È noto che oggi, con l'evoluzione delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita, la fecondazione può avvenire anche fuori dal corpo della donna, in laboratorio, con successivo impianto dell'embrione all'interno dell'utero. Comprensibilmente, svariate sono le problematiche giuridiche sviluppatasi intorno al tema della filiazione nelle famiglie omogenitoriali.

La titolarità sostanziale dello stato di figlio nasce, come detto, dal fatto della procreazione, dalla quale discendono tutti i diritti e i doveri del genitore verso il figlio<sup>4</sup>; mentre ai fini dell'esercizio di tali diritti e doveri è necessario l'accertamento della titolarità in senso formale del rapporto di filiazione, la quale viene avviata mediante un pubblico riconoscimento che può consistere sia nell'atto di nascita, quale atto dello stato civile, sia attraverso un'azione giudiziale di riconoscimento della maternità o della paternità.

Storicamente, il processo che ha iniziato a modificare la disciplina dello “status filiationis” è iniziato con la riforma del diritto di famiglia del 1975, quando è stata superata la distinzione tra figlio legittimo e figlio illegittimo<sup>5</sup> attraverso la parificazione delle due categorie di figli sia nei rapporti personali (art. 261 c.c.), sia successori (art. 468, 536 comma 3, 537 comma 3 c.c.), nonché aboliti quei divieti che di fatto impedivano l'accertamento della verità biologica. Eppure, affinché la disciplina della filiazione fosse realmente informata al principio di uguaglianza, bisogna attendere la L. 10 dicembre 2012, n. 219 e il conseguente d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, nonché il D.P.R. 30 gennaio 2015, n. 16, che ha introdotto il c.d. stato unico di figlio in virtù dell'attuale formulazione dell'art. 315 c.c.<sup>6</sup>.

3 Senza pretesa di esaustività si v., CICERO, C.: *Filiazione (riforma del)*, in AA.VV., *Dig. disc. priv.*, Agg., Torino, 2016, pp. 287 ss.; PARADISO, M.: “Navigando nell'arcipelago familiare: Itaca non c'è”, *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1036 ss.; GORASSINI, A.: “Un nuovo fonema giuridico: Figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile”, *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 385 ss.; FEDERICO, A.: “Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore”, *Giust. civ.*, 4, 2020, pp. 647 ss.; SESTA, M.: “L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari”, *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss.; ID.: *Filiazione (diritto civile)*, in AA.VV., *Annali*, VIII, Milano, 2015, pp. 445 ss.

4 BIANCA, C.M.: *Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni*, 6<sup>a</sup> ed. riveduta ed agg., Milano, 2017, p. 274.

5 La discriminazione del figlio illegittimo si esprimeva nel divieto di riconoscimento dei figli adulterini (figli nati dal genitore unito in matrimonio con persona diversa dall'altro genitore), figli incestuosi (figli nati da genitori uniti dal vincolo di parentela non dispensabile), di donazioni fatta in loro favore (ai sensi del vecchio art. 780 c.c.) e nelle limitazioni della capacità successoria legittima e testamentaria gravanti sui figli naturali (ai sensi dei vecchi artt. 574, 592, 593 c.c.), cfr. BIANCA, C.M.: *Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni*, cit., p. 275.

6 Sul tema dello status unico di figlio si v. *ex multis*, BIANCA, C.M.: “La legge italiana conosce solo i figli”, *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1 ss.; AMAGLIANI, R.: “L'unicità dello stato giuridico di figlio”, *ivi*, 2015, pp. 554 ss.; AMAGLIANI, R.: “La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)”, *Giust. civ.*, 2018, pp. 1023 ss.

Tuttavia, sebbene tale riforma abbia modificato la disciplina delle azioni di accertamento e di contestazione dello stato di filiazione, non è intervenuta sul fenomeno procreativo. Il legislatore non ha tenuto conto, infatti, che il rapporto di filiazione può essere fondato tanto su un legame biologico quanto su un contributo genetico di un soggetto terzo rispetto alla coppia che “invece si assume la responsabilità dell'evento procreativo”<sup>7</sup>. Come accennato, oggi è possibile procreare anche concependo un essere umano indipendentemente dalla congiunzione fisica dell'uomo con la donna<sup>8</sup>.

Ciò nonostante, la liceità della fecondazione artificiale è riconosciuta e dichiarata ammissibile nell'ordinamento italiano soltanto allorché siano rispettate le condizioni e le modalità previste dalla L. 19 febbraio 2004, n. 40<sup>9</sup>, ossia soltanto se trattasi di una coppia coniugata o convivente in età potenzialmente fertile e alla stessa siano stati accertati problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità ovvero la presenza di gravi malattie genetiche trasmissibili al feto<sup>10</sup>. Il consenso informato e rilasciato dalla coppia per l'accesso alle pratiche di PMA, può essere revocato fino al momento della fecondazione dell'ovulo.

Dunque, il consenso in tale pratiche assume un ruolo centrale, poiché, una volta avvenuta la fecondazione, il padre non può più opporsi all'impianto nell'utero della donna anche se il rapporto con quest'ultima sia cessato o entrato in crisi. Ed ancora: non è ammessa l'azione di disconoscimento di paternità<sup>11</sup>, né la madre può chiedere di rimanere anonima<sup>12</sup>. Quindi, accedendo alle tecniche di PMA, l'acquisizione dello “status filiationis” deriva direttamente dall'assenso prestato dalla coppia<sup>13</sup>.

La descritta legge, inoltre, poneva, come limite, il divieto di ricorrere alla PMA di tipo eterologo, allorché il seme utilizzato fosse di una persona diversa dal marito o dal di lei convivente mentre la richiesta veniva avanzata da due soggetti di sesso diverso colpiti da infertilità assoluta o irreversibile. Oggi tale divieto è

7 CAGGIA, F.: “Il linguaggio del “nuovo” diritto di filiazione”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 250.

8 Si v. FLAMIGNI, C.: *Il libro della procreazione*, Milano, 1998, *passim*.

9 STANZIONE, P. e SCIANCALEPORE, G.: *Procreazione assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, *passim*; SCIANCALEPORE, G.: *La procreazione medicalmente assistita, Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. V. IV – La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione del minore*, Torino, pp. 277-323; BRUNESE, P.: *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Napoli, 2022, p. 10.

10 Inizialmente la P.M.A. si configurava come strumento residuale, utilizzabile soltanto in caso di sterilità o infertilità, successivamente con il D.M. 1 luglio 2015, che ha dettato le Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la stessa può essere impiegata anche se sussistano malattie genetiche gravi trasmissibili al feto, in *gazzettaufficiale.it*

11 Art. 9 della l. n. 40 del 2004.

12 Art 9, comma 2, della l. n. 40 del 2004.

13 Art. 8 della l. n. 40 del 2004.

stato superato in seguito all'intervento della giurisprudenza costituzionale<sup>14</sup>: la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale "del comma 3 dell'art. 4 della L. n. 40 del 2004, nella parte in cui vietava alla coppia destinataria di tale legge, ma assolutamente sterile e infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa"; però, appare necessario precisare che il donatore di gameti non acquista alcuna relazione giuridica parentale con il nato<sup>15</sup>. La Corte Costituzionale<sup>16</sup>, poi, è intervenuta anche per superare il divieto relativo alla selezione a scopo eugenetico degli embrioni al sol fine di selezionarli o predeterminare caratteristiche genetiche, con la soppressione degli embrioni soprannumerati<sup>17</sup>. Oggi tale pratica è ammessa per evitare che nell'utero della donna vengano impiantati embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti a criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), L. 194 del 1978.

Quanto, invece, alla maternità surrogata, nell'ordinamento italiano, oggi, deve escludersi la validità di qualsiasi accordo con il quale una donna, rinunciando ai suoi diritti di madre, si obblighi, verso corrispettivo o a titolo gratuito, a lasciarsi impiantare un embrione e a portare a termine una gravidanza in favore di un terzo: si ritiene che un simile contratto sia nullo per illiceità e impossibilità dell'oggetto

14 Cort. cost., 10 giugno 2014, n. 162, *Rass. dir. farm.*, 2014, 4, p. 768; *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1105, con nota di CASTRONOVO, C.: "Fecondazione eterologa: il passo (falso) della corte costituzionale", *ivi*, p. 1117; *Foro it.*, 2014, 9, I, c. 2324, con nota di CASABURI, G.: "La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata (Osservaz. a Corte eur. diritti dell'uomo 26 giugno 2014, M.)- Parte IV", *ivi*, 2014, 139, XXI, c. 561; *Giur. costit.*, 3, 2014, p. 2593D, con nota di TRIPODINA, C.: "Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere", *ivi*. La Consulta ha statuito che "[l]a illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004 ("Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"), nella parte in cui vieta alla coppia destinataria di tale legge, ma assolutamente sterile e infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, non determina incertezze in ordine alla disciplina applicabile a tale tecnica; invero, a quest'ultima sono applicabili direttamente (e non in via di interpretazione estensiva) tutte le norme della l. 40/2004 già applicabili alla PMA di tipo omologo (nelle parti non incise da pronunce della Corte Costituzionale), concernendo il "genus" PMA, di cui quella di tipo eterologo costituisce una "species". Pertanto, alla PMA di tipo eterologo possono fare ricorso esclusivamente le "coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi" (art. 5, comma 1, l. n. 40 del 2004), "qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità" (art. 1, comma 2, l. n. 40 del 2004) e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere "documentate da atto medico" e da questo certificate, ai sensi dell'art. 4, comma 1, l. n. 40 del 2004".

15 Art. 9, comma 3, della l. n. 40 del 2004.

16 Cort. cost., 11 novembre 2015, n. 229, *Dir. fam. pers.*, 2016, n. 1, v. I, p. 36; *Foro it.*, 2015, n. 12, v. I, c. 3749; in *ilfamiliarista.it*, 2016, p. 15; *Foro amm.*, 2015, n. 11, p. 2736; *Dir. giust.* 2015, p. 12; *Guid. dir.*, 2015, n. 48, p. 16; *Cass. pen.*, 2016, 2, p. 551.

17 Cort. cost., 8 maggio 2009, n. 151, *Foro it.*, 2009, n. 9, v. I, c. 2301, con nota di MANETTI, M.: "Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata", *Giur. cost.*, 3, 2009, p. 1688; TRIPODINA, C.: "La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena difendere"?", *ivi*, 2009, p. 1696. La Corte ha statuito che "[è] costituzionalmente illegittimo l'art. 14, comma 3, l. 19 febbraio 2004 n. 40, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, limitatamente alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre", se mantiene fermo il principio per cui non devono essere creati embrioni in numero superiore a quello necessario, secondo accertamenti demandati al medico, nella fattispecie concreta, esclude tuttavia l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, così introducendo una deroga al principio generale del divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dello stesso art. 14, con conseguente necessità del ricorso alla tecnica di congelamento degli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica".

ai sensi degli artt. 1418, comma 2, c.c. e 1346 c.c., e per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1343 c.c., in presenza del corrispettivo<sup>18</sup>.

Ciò posto, la disciplina dettata nell'ordinamento italiano deve misurarsi con il c.d. fenomeno del turismo riproduttivo, che consente di svolgere, in altri Stati, le pratiche riproduttive in Italia vietate.

## II. IL PREMINENTE INTERESSE DEL NATO NEL DIRITTO VIVENTE: IL RICONOSCIMENTO DELLO STATUS FILIATIONIS ALL'ATTENZIONE DELLE CORTI.

Sul tema, il dibattito è molto vivace e riguarda svariati profili. Addirittura, a tal proposito c'è chi<sup>19</sup> discorre di una nuova categoria di nati: i c.dd. figli irricognoscibili.

Il primo ordine di problemi afferisce alla possibilità, per le coppie omosessuali, di accedere alle tecniche di PMA. Sul punto, è stato invocato l'interesse delle coppie omosessuali a non essere discriminate sia per ragioni basate sull'orientamento sessuale, ai sensi della l. 20 marzo 2016, n. 76<sup>20</sup>, sia per ragioni di natura economica, dal momento che solo le coppie più abbienti possono 'permettersi' di accedere a dette tecniche in altri Paesi. Tuttavia, la giurisprudenza ha affermato in varie occasioni che è proprio la diversità di orientamento sessuale che giustifica la differenza di trattamento<sup>21</sup>, non essendo ammissibile che una coppia omogenitoriale possa accedere a tale tecnica: si tratterebbe "di fenomeni ontologicamente distinti"<sup>22</sup>.

18 PERLINGIERI, P. e D'ADDINO, P.: *Atti di disposizione del corpo*, in AA. Vv., *Istituzione di diritto privato*, 7ª ed. riveduta e rivisitata, Napoli, 2020, p. 333. Si è discusso se la madre genetica abbia un titolo per far valere la maternità in luogo della madre uterina, poiché poizore: tale quesito è stato risolto negativamente dal momento che è "la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano. La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente vissuto e costituito", BIANCA, C.M.: *Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni*, cit., p. 445; in senso conforme si TRABUCCHI, A.: "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *Riv. dir. civ.*, n. I, 1986, p. 501.

19 Corte cost., 09 marzo 2021, n. 32, *Giur. cost.*, 2021, n. 2, p. 306; in dottrina CHIAPPETTA, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", *giustiziainsieme.it*.

20 l. 20 maggio 2016, n. 76.

21 Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, *Dir. fam. pers.*, 2020, p. 97, la Consulta ha affermato che la *ratio* della legge PMA emerge chiaramente: da un lato, essa funge da rimedio "alla sterilità o infertilità umana patologica e non altrimenti rimovibile — e non da strumento per la realizzazione del desiderio di genitorialità in generale —" e, dall'altro lato, limita la procreazione assistita alle sole coppie formate da un padre e una madre di sesso diverso, atteso il contesto storico e culturale in cui si è innestata la norma, nel rispetto della dignità della persona umana. Di conseguenza nessuna discriminazione è configurabile in relazione alle coppie omosessuali dal momento che l'infertilità fisiologica di queste non può essere paragonata con l'infertilità delle coppie eterosessuali. Ma si v. anche, Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, *Giur. cost.*, 2020, p. 2749, che conferma la precedente decisione e statuisce che il riconoscimento della omogenitorialità non è imposto da alcun precetto costituzionale ma è il frutto di una scelta discrezionale del Legislatore di non estendere le norme sulla filiazione alle coppie omosessuali, "che riguarda anche ponderazioni su contenuti etici e valoriali, e che deve essere effettuata bilanciando i valori fondamentali in gioco e tenendo conto anche degli orientamenti e delle istanze più radicate, in quel momento storico, nella coscienza sociale".

22 Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit., p. 97.

Ciò posto, una seconda tipologia di problemi riguarda il riconoscimento in Italia dei 'nati' in altri Stati, nei quali l'impiego di PMA eterologa con soggetto dello stesso sesso – si pensi alle coppie di donne – o di maternità surrogata – si pensi alle coppie di uomini – sono consentiti.

La questione richiama la disciplina dettata in tema di diritto internazionale privato, ai sensi dell'art. 65, l. 31 maggio 1995, n. 218: bisogna verificare se sia possibile riconoscere efficacia in Italia a un provvedimento straniero dal quale risulti la doppia genitorialità omosessuale, al fine di costituire un rapporto di filiazione tra due soggetti dello stesso sesso e il minore.

In via generale, ogni Stato è libero di determinare i limiti della propria autonomia derivante dalle regole e dai principi che sono espressione del proprio ordine pubblico<sup>23</sup>. Tuttavia "le istanze protezionistiche dei singoli ordinamenti devono essere bilanciate con la c.d. armonia internazionale delle soluzioni e la continuità delle situazioni giuridiche"<sup>24</sup>: pertanto, allorché uno Stato decida di dare esecuzione a un provvedimento straniero, dovrà verificare che quel provvedimento non sia contrario all'ordine pubblico internazionale<sup>25</sup>, inteso come l'insieme di principi e valori che identificano quel dato ordinamento giuridico, in quel preciso momento storico, in difetto dei quali l'ordinamento perderebbe la sua identità. Operando come limite concreto e successivo, l'ordine pubblico internazionale diviene criterio di ragionevolezza in virtù del quale si sviluppa la gerarchia assiologica. In generale, il riconoscimento di un provvedimento straniero può creare un punto di frattura con l'ordinamento interno, comportando anche la disapplicazione della legge italiana; in ogni caso, il riconoscimento di un provvedimento straniero non può mai spingersi fino a porsi in contrasto con i principi ispirati alla tutela della persona umana e della sua dignità.

23 L'ordine pubblico viene inteso come "il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria", in dottrina si v., *ex multis*, BARILE, G.: *Ordine pubblico (dir. internaz. priv.)*, in AA.VV., *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1107; FERRI, G.B.: *Ordine pubblico (dir. priv.)*, *ivi*, XXX, Milano, 1980, p. 1125; RODOTÀ, S.: "Ordine pubblico o buon costume?", *Giur. merito*, 1970, n. 1, pp. 104-107; LIBERATI BUCCIANI, G.: "Ordine pubblico e relazioni familiari. Evoluzione della tecnica e conflitti culturali", *Quad. dir. succ. fam.*, Napoli, 2021, *passim*; FERRI, G.B.: *Illiceità di convenzioni elettorali*, ora in AA.VV., *Studi in memoria di R. Bracco*, Padova, 1976, p. 123 s.; FERRANDO, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", *Corr. giur.*, 2017, pp. 190 ss; BILOTTI, E.: "Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 870; STEFANELLI, S.: "Filiazione intenzionale, ordine pubblico e diritto allo status", *Giur. cost.*, n. 5, 2018, p. 2176; PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, pp. 15 ss.; SALANITRO, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 740.

24 PERLINGIERI, G. e ZARRA, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., pp. 53-54.

25 Giova precisare che la distinzione tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale rimanda alla distinzione tra i principi fondamentali o disposizioni legislative espressione di principi identificativi della Repubblica Italiana – e come tali non derogabili né da fattispecie interne, né da fattispecie con profili di estraneità – e principi o norme imperative pur conformi alla Costituzione ma non espressione di principi fondamentali e quindi derogabili dalla legislazione straniera.



La Suprema Corte di Cassazione<sup>26</sup> ha escluso la contrarietà all'ordine pubblico internazionale e ha riconosciuto l'atto di nascita formato in un altro ordinamento – nel caso deciso, l'ordinamento era quello spagnolo – dal quale risultava la genitorialità omosessuale, dal momento che il mancato riconoscimento del descritto provvedimento avrebbe pregiudicato l'interesse del minore, determinando così un'incertezza giuridica, o una situazione claudicante, che avrebbe impattato in senso negativo sulla sua stessa identità personale. Oggi tale principio è stato acquisito dalla giurisprudenza: l'atto di nascita straniero non impedisce il riconoscimento della filiazione di una coppia omosessuale in Italia<sup>27</sup>.

Ciò posto, il problema si pone allorché debba essere formato l'atto di nascita del nato (non all'estero ma) in Italia, a seguito di PMA eterologa praticata all'estero, dal quale dovrebbe risultare la doppia genitorialità omosessuale. La questione, quindi, sorge per il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il nato e il genitore d'intenzione.

Sul punto, l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione è quello di ritenere ammissibile esclusivamente il riconoscimento della madre biologica: “[l]a madre intenzionale non può essere annotata nell'atto di nascita del minore concepito ricorrendo all'estero alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo” dal momento che il preminente interesse del minore non può essere considerato come una causa legittima che determina un'estensione automatica della normativa dettata in tema di procreazione medicalmente assistita ad ipotesi escluse dal suo ambito di applicazione: atteso il vuoto di tutela, il giudice non può sostituirsi al legislatore<sup>28</sup>. Tale orientamento si aggancia all'intervento delle Sezioni Unite<sup>29</sup>, in tema di maternità surrogata, le quali hanno statuito che “[l]o riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari,

26 Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *Guida dir.*, 2016, n. 44, p. 39

27 Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.; Cass., 23 agosto 2021, n. 23319, cit., c. 293.

28 Cass., ord., 25 febbraio 2022, n. 6383, *Dir. giust.*, n. 40, 2022, p. 7.

29 Cass., Sez. un., 08 maggio 2019, n. 12193, *Mass. Giust. civ.*, 2019;

prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983<sup>30</sup>. In tale provvedimento, la Suprema Corte di Cassazione, pronunciandosi sull'efficacia del provvedimento straniero<sup>31</sup>, ha sostenuto che in effetti il riconoscimento del genitore intenzionale incontra il limite dell'ordine pubblico<sup>32</sup> sancito nell'art. 12, comma 6, della l. 40 del 2004, laddove tale limite deve essere valutato non soltanto in funzione dei principi fondamentali della nostra Costituzione e dei principi contenuti nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma bisogna considerare, anche, come i detti principi si applichino alla disciplina ordinaria dei singoli istituti, atteso l'insieme dei valori che sono alla base di un determinato ordinamento, in un determinato momento storico. La descritta conclusione prende le mosse da una pronuncia della suprema Corte Costituzionale<sup>33</sup>, la quale ha affermato che "il giudice dell'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale, concepito mediante surrogazione di maternità, deve valutare comparativamente l'interesse alla verità e l'interesse del minore".

Dunque, l'orientamento prevalente della giurisprudenza è quello di ritenere non applicabili gli artt. 8 e 9<sup>34</sup>, L. 40/2004 sullo *status filiationis* dei nati in Italia da PMA eterologa o maternità surrogata, poiché trattasi di pratiche vietate ai sensi degli artt. 5 e 12, comma 6, della L. 40 del 2004<sup>35</sup>.

In questo scenario è intervenuta anche la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>36</sup>, la quale ha sottolineato la necessità di garantire il rapporto di filiazione, là dove

30 Cass., Sez. un., 08 maggio 2019, n. 12193, cit.

31 Il caso traeva origine dalla richiesta di riconoscimento nell'ordinamento italiano dello *status* di figlio ad un soggetto concepito mediante il liquido seminale di un componente di una coppia omosessuale in seguito al ricorso alla maternità surrogata con la collaborazione di due donne: una aveva messo a disposizione gli ovociti, l'altra aveva dato in affitto il suo utero. Sebbene i due componenti dell'unione civile erano stati riconosciuti genitori in Canada, la Suprema Corte ha ritenuto che il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero sia contrario all'ordine pubblico atteso il divieto di surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, che è posto a tutela della dignità della donna. Sul punto si v.; SALANITRO, U.: "Quale ordine pubblico secondo le Sezioni Unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità", *Giust. civ.*, 2019; BARBA, V.: "La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale", *Articolo29*, 2018, pp. 1-11; ACETO DI CAPRIGLIA, S.: "La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo", *federalismi.it*, n. 6, 2020, pp. 3-42; CIRAOLLO, C.: "Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità", *Jus civ.*, n. 12, 2014, pp. 485-508; DI STASI, A.: *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano (2010-2015)*, Milano, 2016, pp. 717-737.

32 Sull'ordine pubblico, si v. nt. 23.

33 Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, *Guida dir.*, 2018, 5, p. 66.

34 SALANITRO, U.: "Sub. artt. 8 e 9, l. 19 febbraio 2004, n. 40", in AA.VV., *Della Famiglia*, a cura di L. BALESTRA, in *Comm. c.c. Gabrielli*, IV, Torino, 2010, p. 575.

35 Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, *Dir. giust.*, 2020; Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, *Dejure online*; Recentemente si v., Cass., 07 marzo 2022, n. 7413, *ivi*: "se fosse stata consentita la genitorialità intenzionale omosessuale, in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa dettata in materia di PMA eterologa, si aprirebbe il varco ad una concezione del tutto svincolata dalle regole biologiche, lo *status filiationis* discenderebbe esclusivamente dalla volontà del soggetto, divenendo quindi oggetto di un mero diritto potestativo laddove invece è un istituto sottratto alla volontà delle parti".

36 Sul punto si v. Corte EDU, Grande Chambre, 19 aprile 2019, pp. 16-2018-001: "[p]arere consultivo sul riconoscimento nel diritto nazionale di una relazione di filiazione tra un bambino nato in maternità surrogata praticata all'estero e la madre dell'intenzione". Il caso sottoposto all'attenzione della Corte Edu concerneva il rifiuto opposto dalla Cour de Cassation françaises di trascrivere l'atto di nascita nei confronti della madre d'intenzione dal momento che quest'ultima non aveva fornito un apporto genetico alla nascita

ogni Stato, secondo il c.d. 'margine di apprezzamento'<sup>37</sup>, è libero di individuare il percorso preferibile tra il genitore d'intenzione ed il nato da maternità surrogata, allorquando tale legame risulti da un atto di nascita estero<sup>38</sup>. Quindi, anche se gli Stati membri sono liberi di scoraggiare il c.d. turismo procreativo, gli stessi, però, devono preoccuparsi di non incidere negativamente sui diritti del minore. Invero, la persona responsabile della crescita e dell'educazione del minore non necessariamente si individua nel genitore biologico. In tal caso, ogni Stato membro deve offrire al nato, a seguito di PMA eterologa o di maternità surrogata, la possibilità di ottenere il riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale e tale riconoscimento non necessariamente deve avvenire attraverso la trascrizione nei registri dello stato di figlio a margine dell'atto di nascita, ma anche con altri istituti, quali ad esempio l'adozione ovvero con qualsiasi altra misura prevista dal diritto interno, idonea a garantire l'interesse in concreto del nato, con efficacia e rapidità di attuazione<sup>39</sup>.

In particolare, il principio che la Corte Edu ha sviluppato e affermato nelle sue varie pronunce<sup>40</sup> è la preminenza dell'interesse del minore e la continuità delle relazioni affettive, anche allorquando queste sono svincolate da legami biologici e adottivi. Di conseguenza, il preminente interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano, a prescindere dalla natura del legame parentale genetico o sociale, deve essere considerato come principio vincolante per ogni Stato aderente alla Cedu<sup>41</sup>; inoltre, tale principio deve essere dagli stessi Stati membri preservato e tutelato secondo il loro libero margine di apprezzamento<sup>42</sup>.

In ultimo, la Consulta, preso atto dell'esistenza di una problematica di non sufficiente tutela del nato nell'attuale quadro normativo, ha invitato il legislatore a intervenire sul punto, al fine di colmare il vuoto di tutela: "la [sua] inerzia" è stata definita come "non [...] più tollerabile"<sup>43</sup>. Il preminente interesse del nato "deve

---

del bambino, nato a seguito di maternità surrogata, nato – invece – con l'apporto biologico del padre d'intenzione.

37 TANZARELLA, P.: *Il margine di apprezzamento*, a cura di M. CARTABIA, *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 149 ss.

38 DE VERGOTTINI, G.: *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero e comparazione*, Bologna, 2010, p. 15.

39 CHIAPPETTA, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", cit.; SERRAVALLE, S.: *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, *passim*; EAD: "Principio di verità nella filiazione e tecniche procreative: stato del dibattito a sèguito della più recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità", *Dir. succ. fam.*, 2021, pp. 528 ss.

40 CEDU, 13 giugno 1979, ricorso n. 683/74, Marckx c. Belgio, <https://hudoc.echr.coe.int>; CEDU, 26 maggio 1994, ricorso n. 16969/90, Keegan c. Irlanda, *ivi*; CEDU, 22 aprile 1997, ricorso n. 21830/93, X., Y. e Z. c. Regno Unito, *ivi*.

41 BENANTI, C., "La CEDU non obbliga gli Stati a riconoscere ab origine il legame di filiazione tra il bambino nato da maternità surrogata e la madre d'intenzione", *Famiglia*, 2020.

42 ACETO DI CAPRIGLIA, S.: "La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo", cit., p. 5.

43 Corte cost., 09 marzo 2021, n. 32, *Giur. cost.*, 2021, n. 2, p. 306, la quale ha statuito che "[s]ono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 l. 19 febbraio 2004, n. 40 e 250 c.c., censurati per violazione degli artt. 2, 3, 30 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo, e agli artt. 8 e 14 CEDU, in quanto, sistematicamente interpretati,

essere bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore [...] e al contempo di assicurare tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del legame con coloro che esercitano di fatto la responsabilità genitoriale<sup>44</sup>.

Ad oggi, dunque, i nati a séguito delle descritte tecniche risulterebbero, di fatto, sprovvisti di tutela giuridica, dal momento che non possono godere dei diritti al mantenimento, all'educazione, all'istruzione nonché dei diritti successori nei confronti del genitore d'intenzione.

---

non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore. Le integrazioni alla disciplina vigente, richieste dal giudice a quo, sono protese a colmare un vuoto di tutela in una materia caratterizzata da ampia discrezionalità del legislatore, la cui inerzia non è però più tollerabile, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore. I nati a séguito di PMA eterologa praticata da due donne versano infatti in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi. Si auspica pertanto una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale (sentt. nn. 347 del 1998, 494 del 2002, 394 del 2005, 308 del 2008, 162 del 2014, 221 del 2019, 102, 127, 230 del 2020).". In dottrina, cfr., in dottrina, STANZIONE, P. e SCIANCALEPORA, G.: *Minori e diritti fondamentali*, Milano 2006, *passim*; MATUCCI, G.: *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Milano 2015, *passim*; ARENA, A.: "A proposito dello "statuto costituzionale del minore"(brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)", *consultaonline*, n. 2, 2016, pp. 241 ss.

- 44 Corte cost., 09 marzo 2021, n. 33, *Dir. fam. pers.*, 2021, p. 528, nella quale "sono dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale — sollevate dalla Corte di cassazione, sezione prima civile, in riferimento agli artt. 2,3,30,31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU e agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo — del combinato disposto degli artt. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, 64, comma 1, lett. g), della legge n. 218 del 1995 e 18 del D.P.R. n. 396 del 2000 che, secondo l'interpretazione del diritto vivente, precludono, per contrasto con l'ordine pubblico, il riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento italiano del provvedimento giurisdizionale straniero di accertamento del rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla c.d. maternità surrogata e il genitore c.d. "d'intenzione". L'interesse del minore deve essere bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore. Al riguardo, il punto di equilibrio raggiunto dalla cedu è corrispondente all'insieme degli evocati principi della Costituzione italiana, i quali per un verso non ostano alla non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero di riconoscimento della doppia genitorialità ai componenti della coppia (eterosessuale od omosessuale) che abbia fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata; per l'altro, impongono che, in tali casi, sia comunque assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del legame con coloro che esercitano di fatto la responsabilità genitoriale. Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata non può che spettare, in prima battuta, al legislatore. A tal fine, quest'ultimo — quale titolare di un significativo margine di manovra, a fronte di un ventaglio di opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistemica — deve farsi carico di una disciplina che assicuri una piena tutela degli interessi del minore, in modo più aderente alle peculiarità della situazione, che sono assai diverse da quelle dell'adozione in casi particolari (c.d. "non legittimante"), prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983".

### III. RIFLESSIONI CONCLUSIVE SU UNA POSSIBILE TUTELA GIURIDICA.

Atteso il “dialogo [sviluppatosi] tra le Corti” e il libero margine di apprezzamento<sup>45</sup> di ogni Stato membro, appare necessario cercare di individuare uno strumento che maggiormente tuteli il preminente interesse del minore, pur nell'attuale contesto normativo, relativamente al suo rapporto con il genitore d'intenzione.

Sebbene la soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione, e seguita dalla giurisprudenza di merito<sup>46</sup>, consista nell'applicazione dell'istituto dell'adozione dei casi particolari ai sensi dell'art. 44 della l. ad.<sup>47</sup>, la stessa è stata avvertita<sup>48</sup> come un rimedio insufficiente, perché “inadeguato a costruire un rapporto di filiazione pieno nonché incapace di garantire nell'immediatezza efficacia e tutela”.

L'importanza del legame del minore con il suo genitore d'intenzione rileva soprattutto allorquando la relazione tra quest'ultimo e il genitore biologico si interrompe. In tale ipotesi, ben potrebbe il genitore genetico impedire al genitore d'intenzione di costruire con il minore un rapporto di genitorialità condivisa, sí che il soggetto che subisce il pregiudizio sarebbe il minore. Quest'ultimo, invece, dovrebbe poter tutelare il proprio interesse a vedere riconosciuto giuridicamente il rapporto familiare che si è instaurato: negare tutela a tale interesse significa discriminare il nato per ragioni che attengono alla situazione dei suoi genitori.

Ciò posto, sebbene non sia possibile trascrivere l'atto di nascita dal quale nasce lo “status filiationis” inteso in senso sostanziale, si potrebbe invece riconoscere ‘soltanto’ lo “status filiationis” in senso formale. Invero, partendo proprio dalla separazione tra la titolarità sostanziale del rapporto di filiazione e la c.d. titolarità formale, che consiste nei diversi diritti e doveri che rientrano nel rapporto di filiazione e che prescindono dall'attribuzione dello “status filiationis” (si pensi al diritto al mantenimento, all'assistenza morale, all'educazione e all'istruzione

45 TANZARELLA, P.: *Il margine di apprezzamento*, cit., pp. 149 ss.

46 App. Napoli, 04 luglio 2018, n. 145, *Dejure online*; Trib. Genova, 08 novembre 2018, *ivi*; Trib. min. Bologna, 15 novembre 2017, n. 1278, *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 978; Cass. 16 aprile 2018 n. 9373, *Dir. giust.*, 2018, p. 17; Cass. 22 giugno 2016 n. 12962, *ivi*, 2016, p. 1013; Cass. 27 settembre 2013 n. 22292, *Guida dir.*, 2013, n. 46, p. 34; App. Torino 27 maggio 2016, *Foro it.*, 2016, n. 6, v. I, c.1910; App. Roma 23 dicembre 2015, *Foro it.*, 2017, n. 1, v. I, c. 94; Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015, *Ilfamilarista.it*, 2016; Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015 n. 291, *Foro it.*, 2016, n. 1, v. I, c. 339; Trib. min. Torino, 11 settembre 2015, *Foro it.*, 2016, n. 6, v. I, c. 1911. Contra, Trib. min. Milano, 20 ottobre 2016 n. 268, *Fam. dir.*, 2017, n. 11, p. 994; Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016 n. 261, *Foro it.*, 2017, n. 1, v. I, c. 309.

47 Si v., Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, *Dir. fam. pers.*, 2022, n. 2, v. I, p. 416, ha dichiarato illegittima la norma nella parte in cui non prevede alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

48 BARBA, V.: “Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenze della Cassazione”, *Dir. succ. fam.*, 2021, p. 830.

secondo le proprie capacità<sup>49</sup>), si potrebbe condividere la tesi di chi<sup>50</sup> individua come soluzione l'applicazione dell'art. 279 c.c.<sup>51</sup>.

La "ratio" di detta norma, in attuazione dell'art. 30, comma I, cost., è quella di garantire al figlio, che non può proporre l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione fin quando non raggiunge un'indipendenza economica. Inoltre, al figlio non riconoscibile e non dichiarabile avente diritto al mantenimento verrebbe, per tal via, anche riconosciuto, in séguito alla morte del genitore, un assegno vitalizio pari alla quota di eredità alla quale il minore avrebbe avuto diritto, se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta<sup>52</sup>. Dunque, la disposizione normativa evocata troverebbe applicazione<sup>53</sup> sia allorché ai figli non fosse concesso alcun altro rimedio, sia nel caso in cui il minore non possa agire per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, in quanto titolare di un diverso stato di figlio non più contestabile – "status" di figlio legittimo altrui – e sia decorso il termine per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità di cui all'art. 244 c.c.<sup>54</sup>. In altri termini, il figlio che non può essere riconosciuto ovvero ha uno "status" di figlio legittimo altrui, malgrado non possa accertare giudizialmente il rapporto di filiazione, potrà comunque agire nei confronti del genitore "sociale"<sup>55</sup> per ottenere il mantenimento, l'educazione e l'istruzione nonché per invocare i diritti successori.

Tale azione, dunque, in via generale consentirebbe l'accertamento del rapporto tra genitore e figlio, senza la costituzione sostanziale dello *status filiationis*. Di conseguenza, anche se non vi fosse l'accertamento giudiziale della paternità o della maternità, il minore potrebbe comunque far valere i propri diritti, inerenti al rapporto di filiazione, e il genitore potrebbe esercitare la sua responsabilità genitoriale<sup>56</sup>.

49 BIANCA, C.M.: *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, cit., p. 278.

50 CHIAPPETTA, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale", cit.

51 CARBONE, E.: *Art. 279 – Responsabilità per il mantenimento e l'educazione*, in AA.VV., *Dei contratti in generale. Artt. 177-342 ter, II* (a cura di L. BALESTRA), *Comm. c.c. Gabrielli*, Torino, 2010, pp. 627 ss; IOFRIDA, G.: *Art. 279 c.c.*, in AA.VV., *Codice Civile. Le fonti del diritto italiano*, I, Artt. 1 – 1677 (a cura di P. RESCIGNO), Milano, 2010, p. 550; PROSPERI, F.: *Art. 279 (Responsabilità per il mantenimento e l'educazione)*, in AA.VV., *Comm. c.c. Perlingieri*, 3<sup>a</sup> ed. (a cura di G. PERLINGIERI), I libro – *Delle persone e della famiglia* (artt. 1-455), Napoli, p. 1007.

52 PROSPERI, F.: *Art. 279*, cit., p. 1007.

53 BIANCA, C.M.: *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2017, pp. 358 ss.

54 SESTA, M.: *La filiazione*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia, Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, 3, Torino, 1999, p. 157.

55 Sul genitore sociale si v. Trib. Palermo, decr., 13 aprile 2015, *Giur. it.*, 2915, 6, p. 1363; App. Palermo, 31 agosto 2015, n. 338, *Foro nap.*, 3, 2016, p. 883; Cass., Sez. un., 08 maggio 2019, n. 12193, in *Foro it.*, 2019, 12, I, c. 4027. Si v., PRISCO, I.: "I rapporti di filiazione nelle unioni omosessuali", cit., p. 682.

56 PROSPERI, F.: *Art. 279*, cit., p. 1009.

Sebbene, secondo alcuni, la pronuncia ex art. 279 c.c. abbia un'efficacia dichiarativa, perché il diritto sorge direttamente dalla nascita<sup>57</sup>, la tesi condivisa<sup>58</sup> è che trattasi di un'azione che si limita esclusivamente a invocare i mezzi di sostentamento, avendo pertanto una consistenza meramente patrimoniale, in grado di far sorgere solamente un diritto di credito<sup>59</sup>.

Ciò posto, partendo da un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 279 c.c. in combinato disposto con l'art. 30, comma 1, cost., si assisterebbe ad un "riconoscimento della concezione funzionale della "filiazione" che [metterebbe] in luce che i diritti del figlio possono fondarsi anche sulla solidarietà e sull'affetto consolidato con il genitore di fatto"<sup>60</sup>, prescindendo quindi dal riconoscimento del relativo "status".

In particolare, la locuzione "in ogni caso" presente nella norma, poiché caratterizzata da un alto tasso di vaghezza e di indeterminatezza, potrebbe validamente essere considerata<sup>61</sup> come una clausola generale. Dunque, atteso che, in via generale, la clausola generale è considerata una sorta di 'valvola di sfogo' del nostro ordinamento, che permette all'interprete di riempirla di contenuti in relazione all'evoluzione di una società in un dato momento storico, la descritta formula, attraverso un'interpretazione evolutiva dell'art. 279 c.c. e degli artt. 2, 30 e 31 cost., permetterebbe di riconoscere ai nati a seguito di una PMA vietata o maternità surrogata, i diritti derivanti dalla genitorialità d'intenzione; diritti che, peraltro, non richiedono il consenso del genitore biologico e garantiscono, altresì, che siano conservati i rapporti affettivi di fatto creati tra il genitore affettivo e di cura, gli ascendenti e i parenti del medesimo con il minore.

L'interpretazione proposta, quindi, permetterebbe di tutelare in concreto la situazione di fatto che si crea tra il genitore d'intenzione e il minore, ossia il reale rapporto parentale, pur non consentendo al minore stesso di invocare lo "status filiationis": ciò che risulta oggetto di tutela è puramente e semplicemente l'interesse, in concreto, del bambino, allorquando sussista un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con il genitore d'intenzione<sup>62</sup>.

Non soltanto. Questa ricostruzione sembra pienamente in linea con la disposizione di cui all'art. 30, comma 1, cost., il quale consacra i valori sottesi

57 FERRANDO, G.: *La filiazione naturale e la legittimazione*, in AA.VV., *Tratt. dir. priv.* Rescigno, III, t. IV, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1997, p. 243.

58 CARBONE, E.: *Art. 279 c.c.*, cit., pp. 631 ss.

59 IOFRIDA, G., *Art. 279 c.c.*, cit., p. 550.

60 CHIAPPETTA, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale", cit.

61 CHIAPPETTA, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", cit.

62 CHIAPPETTA, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", cit.

alla filiazione e attribuisce ai genitori le responsabilità concernenti l'obbligo di mantenimento, di istruzione e di educazione. Sí che, in mancanza di una norma che disciplini il rapporto tra figlio e genitore d'intenzione, l'interprete dovrà effettuare un giudizio di valore, ponendo l'accento su quale sia il valore meritevole di tutela: nel caso in esame, non v'è dubbio che si tratti dell'interesse del minore.

Non da ultimo, appare necessario anche richiamare il Commento generale n. 14 del 29 maggio 2013, emesso dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, in virtù del quale il superiore interesse del minorenne viene qualificato come un diritto, un principio e una regola procedurale. In particolare, intenderlo come una regola procedurale significa che ogni qual volta sia necessaria una decisione giudiziaria che involge un minore, questa deve essere presa guardando al possibile impatto negativo o positivo che questa può ad esso arrecare<sup>63</sup>.

Ciò posto, alla luce di una interpretazione sistematica e assiologicamente orientata<sup>64</sup> – e in attesa di un intervento da parte del legislatore italiano –, l'applicazione dell'art. 279 c.c., in combinato disposto con gli artt. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, 2 e 30, comma 1, cost., potrebbe individuarsi come quel rimedio, meramente succedaneo, in grado di offrire una adeguata e ragionevole tutela al rapporto figlio-genitore d'intenzione.

---

63 BARBA, V.: "Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenze della Cassazione", cit., p. 833.

64 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed. riscritta e ampliata, V, Napoli, 2020, p. 171.



## BIBLIOGRAFIA

ACETO DI CAPRIGLIA, S.: "La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo", *federalismi.it*, n. 6, 2020, pp. 3-42.

AMAGLIANI, R.: "L'unicità dello stato giuridico di figlio", *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 554 ss.

AMAGLIANI, R.: "La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)", *Giust. civ.*, 2018, pp. 1023 ss.

ARENA, A.: "A proposito dello "statuto costituzionale del minore" (brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)", *consultaonline*, n. 2, 2016, pp. 241 ss.

BARBA, V.: "La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale", *Articolo29*, 2018, pp. 1-11.

BARBA, V.: "Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenze della Cassazione", *Dir. succ. fam.*, 2021, p. 830.

BARILE, G.: "Ordine pubblico (dir. internaz. priv.)", *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1107.

BENANTI, C.: "La CEDU non obbliga gli Stati a riconoscere ab origine il legame di filiazione tra il bambino nato da maternità surrogata e la madre d'intenzione", *Famiglia*, 2020.

BIANCA, C.M.: "Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni", 6<sup>a</sup> ed. riveduta ed agg., Milano, 2017, p. 274.

BIANCA, C.M.: "La legge italiana conosce solo i figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1 ss.

BIANCA, M.: "La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020", *giustiziainsieme.it*.

BILOTTI, E.: "Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 870.

BOZZI, L.: "Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, p. 3320.

BRUNESE, P.: "La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita", Napoli, 2022, p. 10.

BUSNELLI, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 1, p. 1467.

CAGGIA, F.: "Il linguaggio del "nuovo" diritto di filiazione", *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 250.

CARBONE, E.: "Art. 279 – Responsabilità per il mantenimento e l'educazione", AA.Vv., *Dei contratti in generale. Artt.177-342 ter*, II (a cura di L. BALESTRA), *Comm. c.c.* Gabrielli, Torino, 2010, pp. 627 ss.

CASABURI, G.: "La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata (Osservaz. a Corte eur. diritti dell'uomo 26 giugno 2014, M.)- Parte IV", *Foro it.*, 2014, n. 139, v. XXI, c. 561.

CASTRONOVO, C.: "Fecondazione eterologa: il passo (falso) della corte costituzionale", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1117.

CHIAPPETTA, G.: "Famiglie e minori. Nella leale collaborazioni tra le Corti", Napoli, 2011, p. 323.

CHIAPPETTA, G.: "Le sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", *giustiziainsieme.it*.

CICERO, C.: "Filiazione (riforma del)", *Dig. disc. priv.*, Agg., Torino, 2016, pp. 287 ss.

CIRAOLO, C.: "Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità", *Jus civ.*, 12, 2014, pp. 485-508.

DE VERGOTTINI, G.: "Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero e comparazione", Bologna, 2010, p. 15.

DI STASI, A. (a cura di): "CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano (2010-2015)", Milano, 2016, pp. 717-737.

FEDERICO, A.: "Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore", *Giust. civ.*, n. 4, 2020, pp. 647 ss.

FERRANDO, G.: "La filiazione naturale e la legittimazione", *Tratt. dir. priv.* Rescigno, III, v. IV, 2<sup>a</sup>ed., Torino, 1997, p. 243.

FERRANDO, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", *Corr. giur.*, 2017, pp. 190 ss.

FERRI, G.B.: "Illiceità di convenzioni elettorali", ora in "Studi in memoria di R. Bracco", Padova, 1976, p. 123 s.

FERRI, G.B.: "Ordine pubblico (dir. priv.)", *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1125.

FLAMIGNI, C.: "Il libro della procreazione", Milano, 1998, *passim*.

GORASSINI, A.: "Un nuovo fonema giuridico: Figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile", *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 385 ss.

GORGONI, A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 123 ss.

GRASSETTI, C.: "Diritto di famiglia", *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 48;

IORIDA, G.: "Art. 279 c.c.", Codice Civile. Le fonti del diritto italiano, I, Artt. I – 1677 (a cura di P. RESCIGNO), Milano, 2010, p. 550.

LIBERATI BUCCIANTI, G.: "Ordine pubblico e relazioni familiari. Evoluzione della tecnica e conflitti culturali", *Quad. dir. succ. fam.*, Napoli, 2021, *passim*.

MANETTI, M.: "Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata", *Giur. cost.*, n. 3, 2009, p. 1688.

MATUCCI, G.: "Lo statuto costituzionale del minore d'età", Milano 2015, *passim*.

MENDICINO, S.: "Trascrivibilità dell'atto di nascita: fecondazione assistita e diritti dei minori", *Dir. giust.*, n. 161, 2021, p. 7.

MONTALCINI, G.: "Genitore sociale: sí alla trascrizione dell'atto straniero di riconoscimento di un minore da parte della madre intenzionale", *ilfamiliarista.it*, 2021.

OPPO, G.: "Diritto di famiglia e procreazione assistita", *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 334.

PARADISO, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare: Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1036 ss.;

PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., "Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale", Napoli, 2019, pp. 15 ss.

PERLINGIERI, P. e D'ADDINO, P.: "Atti di disposizione del corpo", *Istituzione di diritto privato*, 7<sup>a</sup> ed. riveduta e rivisitata, Napoli, 2020, p. 333.

PERLINGIERI, P.: "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti", 4<sup>a</sup> ed. riscritta e ampliata, V, Napoli, 2020, p. 171.

PORCELLI, M.: "Accertamento della filiazione e interesse del minore", *Quad. dir. succ. fam.*, 2016, *passim*.

PRISCO, I.: "I rapporti di filiazione nelle unioni omosessuali. Uso e abuso del criterio del best interest del minore", *For. nap.*, 2017, pp. 679 ss.

PROSPERI, F.: "Art. 279 (Responsabilità per il mantenimento e l'educazione)", *Comm. c.c. Perlingieri*, 3<sup>a</sup> ed. (a cura di G. PERLINGIERI), I libro – Delle persone e della famiglia (artt. 1-455), Napoli, p. 1007.

RODOTÀ, S.: "Ordine pubblico o buon costume?", *Giur. merito*, 1970, n. 1, pp. 104-107.

SALANITRO, U.: "Sub. artt. 8 e 9, l. 19 febbraio 2004, n. 40", AA.VV., *Della Famiglia*, a cura di L. Balestra, in *Comm. c.c. Gabrielli*, IV, Torino, 2010, p. 575.

SALANITRO, U.: "I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1364.

SALANITRO, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 740.

SALANITRO, U.: "Quale ordine pubblico secondo le Sezioni Unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità", *Giust. civ.*, 2019.

SASSI, A.: "Filiazione intenzionale e interesse allo status", *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 531 ss.

SCIANCELEPORE, G.: "La procreazione medicalmente assistita, Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. V. IV – La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione del minore", Torino, pp. 277-323.

SERRAVALLE, S.: "Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore", Napoli, 2018.

SERRAVALLE, S.: "Principio di verità nella filiazione e tecniche procreative: stato del dibattito a sèguito della più recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità", *Dir. succ. fam.*, 2021, pp. 528 ss.

SESTA, M.: "Filiazione (diritto civile)", *Annali*, VIII, Milano, 2015, pp. 445 ss.

SESTA, M.: "Filiazione", *Enc. dir., (dir. civ.)*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 569 ss.;

SESTA, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss.;

SESTA, M.: "La filiazione", *Aa.Vv., Il diritto di famiglia, Tratt. dir. priv.* Bessone, IV, 3, Torino, 1999, p. 157.

STANZIONE, P. e SCIANCALEPORE, G. (a cura di): "Procreazione assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40", Milano, 2004, *passim*.

STANZIONE, P. e SCIANCALEPORE, G.: "Minori e diritti fondamentali", Milano 2006, *passim*.

STEFANELLI, S.: "Filiazione intenzionale, ordine pubblico e diritto allo status", *Giur. cost.*, 2018, p. 2176.

TANZARELLA, P.: "Il margine di apprezzamento", M. Cartabia, *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 149 ss.

TRABUCCHI, A.: "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *Riv. dir. civ.*, n. I, 1986, p. 501.

TRIPODINA, C.: "Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere", *Giur. cost.*, 2014, p. 2593D.

TRIPODINA, C.: "La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale piú la pena difendere"?", *Giur. cost.*, 2009, p. 1696.

VALONGO, A.: "Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive", *Quad. dir. succ. fam.*, 2017, pp. 13 ss.

