

## Genitorialità intenzionale e filiazione

di REMO TREZZA

### 1. Fecondazione omologa intrapresa all'estero da due donne e tutela del nato

La prima questione, risolta dalla sentenza n. 32, riguarda il dubbio di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9, l. 19 febbraio 2004, n. 40 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita») e 250 c.c., in quanto, sistematicamente interpretati, 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.

La Corte ha affermato – richiamando i principi costituzionali, sovranazionali ed internazionali in materia (primo fra tutti, il preminente interesse del minore) – che «i nati a seguito del ricorso a queste tecniche sono, dunque, titolari di diritti, indipendentemente dalle modalità del loro concepimento». Pare chiaramente sancito il principio per cui i minori, indipendentemente dalle scelte compiute dai genitori, anche se vietate dal nostro ordinamento (vige il divieto per le coppie omosessuali di poter ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita), vadano sempre tutelati e debba essere altrettanto tutelato il rapporto instauratosi *ab origine* tra il genitore biologico e quello di intenzione.

La Corte costituzionale ha ripreso una recente sentenza della Cassazione<sup>1</sup>, che ha respinto la richiesta della madre intenzionale di poter essere menzionata nell'atto di nascita, eludendo tutta una serie di principi, anche di rilievo sovranazionale, che *ex adverso* la Consulta ha recepito e applicato al meglio<sup>2</sup>. Alcune pronunce di merito hanno disatteso quanto statuito dalla Corte di legittimità (ne dà atto anche la Consulta nella sentenza) proprio in considerazione della

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668.

<sup>2</sup> Sia consentito rinviare, per un approfondimento della questione, a R. TREZZA, *P.M.A. all'estero e nascita in Italia: ha diritto di essere menzionata nell'atto di nascita soltanto la madre biologica e non anche quella intenzionale*, in questa *Rivista online*.

preminente esigenza, costituzionalmente garantita, «di tutelare la condizione giuridica del nato, conferendogli, da principio, certezza e stabilità», tenendo distinta la questione relativa allo stato del figlio da quella inerente alla liceità della tecnica prescelta per farlo nascere<sup>3</sup>.

Questa prima sentenza è andata nel senso di adottare una linea totale di protezione e tutela del minore, specificando che debba essere garantito «il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione»<sup>4</sup>.

È stato richiamato anche il noto Parere della Corte EDU<sup>5</sup> relativo al riconoscimento nel diritto interno di un rapporto di filiazione tra un minore nato da una gestazione per altri effettuata all'estero e la madre intenzionale, per il quale «se il rapporto di filiazione è già diventato una “realtà pratica”, la procedura prevista per il riconoscimento deve essere attuata in modo tempestivo ed efficace» (ciò che non accade in Italia con la procedura di adozione in casi particolari).

Il caso sottoposto all'esame della Corte, però, ha riguardato una donna che ha intenzionalmente condiviso il progetto genitoriale con un'altra donna e, per un lasso di tempo sufficientemente ampio, ha esercitato le funzioni genitoriali congiuntamente, dando vita con le figlie minori a una comunità di affetti e di cure<sup>6</sup>. La circostanza che ha indotto la madre biologica a recidere un tale legame nei confronti della madre intenzionale, coincidente con il manifestarsi di situazioni conflittuali all'interno della coppia, «ha reso affatto evidente un vuoto di tutela». La Corte, a tal punto, ha preso atto del *vulnus* presente nel nostro ordinamento e ha cercato di fornire una risposta risolutiva al problema. In un caso simile, infatti, in maniera del tutto condivisibile con l'argomentazione della Corte, pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con la medesima madre intenzionale, nessuno strumento può essere utilmente adoperato per far valere i diritti delle minori: il

---

<sup>3</sup> Cfr., fra gli altri, Trib. Brescia, decreto 11 novembre 2020; Trib. Cagliari, 28 aprile 2020, n. 1146. In termini analoghi, App. Roma, decreto 27 aprile 2020.

<sup>4</sup> Cfr. Corte cost., n. 127/2020.

<sup>5</sup> Cfr. Corte EDU, sez. V, sentenza 16 luglio 2020, D. c. Francia.

<sup>6</sup> Sembra che la Corte abbia recepito il principio della maternità “bio-intenzionale”, ove l'intenzione della madre per ciò detta “intenzionale”, nel processo procreativo, è il presupposto e la condizione perdurante della maternità biologica. Sul punto, sia consentito rinviare a R. TREZZA, *Maternità “bio-intenzionale”: un nuovo e coraggioso approccio ad una “duttività assiologica”*, in questa *Rivista online*.

mantenimento, la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise.

La Consulta ha già avuto occasione di affermare, in linea con la giurisprudenza di legittimità in materia di accesso alla PMA, che, da un lato, non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina; dall'altro, «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore»<sup>7</sup>. La preoccupazione di cui la Corte, con la sentenza in esame, si è fatta portavoce, è forte ed è riferibile al fatto che vi sia una lacuna dell'ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi, a fronte di quanto affermato dalla giurisprudenza delle due Corti europee, oltre che dalla giurisprudenza costituzionale, come «necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari», anche se non biologici, e riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell'identità personale.

Punto di svolta della sentenza è quello secondo cui «risulta evidente che i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi».

Tale è la preoccupazione della Consulta che si è spinta a rimarcare una irragionevole disparità di trattamento, che potrebbe verificarsi nel caso di specie, come quella già perpetrata ai danni dei c.d. "figli incestuosi", destinatari di limitate forme di tutela, a causa della condotta dei genitori. Ciò ha indotto la Corte a ravvisare una «*capitis deminutio* perpetua e irrimediabile», lesiva del diritto al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*, che è «elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione», e in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. Corte cost., n. 221/2019.

<sup>8</sup> Cfr. Corte cost., n. 494/2002.

A tal punto, dopo aver “aperto degli orizzonti” significativi e aver appurato – con convinta enfasi – che vi sia un «inaccettabile» vuoto di tutela rispetto ad «incomprimibili diritti dei minori», la Corte ha ritenuto di non poter porre rimedio. Ha osservato che si tratta di una materia eticamente sensibile, sulla quale dovrà intervenire il legislatore, al fine di individuare un «ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana»<sup>9</sup>.

Pur non delineando una soluzione, la Corte ha ritenuto opportuno precisare le modalità attraverso le quali il legislatore potrebbe (o meglio, dovrebbe) intervenire. Per la Consulta, il legislatore potrebbe (dovrebbe) procedere con la riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione, specie per risolvere casi del genere (che saranno sempre più frequenti) nei quali non vi è l'accordo, e dunque l'assenso, della madre biologica all'adozione *ex art. 44, l. n. 184/1983*.

## **2. Maternità surrogata praticata all'estero da due uomini**

La seconda questione, invece, risolta dalla sentenza n. 33, attiene alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40<sup>10</sup>, dell'art. 64, comma 1°, lett. g), l. 31 maggio 1995, n. 218<sup>11</sup> e dell'art. 18 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396<sup>12</sup>, «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 nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d'intenzione non biologico».

In maniera del tutto conforme ai suoi precedenti – senza, dunque, un deciso e fermo passo avanti, diversamente dalla n. 32 su commentata – la Corte ha osservato che la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo

---

<sup>9</sup> Cfr. Corte cost., n. 347 del 1998.

<sup>10</sup> «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita».

<sup>11</sup> «Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato».

<sup>12</sup> «Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, l. 15 maggio 1997, n. 127».

le relazioni umane<sup>13</sup>». A tale prospettiva si affianca l'ulteriore considerazione che – per la Corte – «gli accordi di maternità surrogata comportino un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»<sup>14</sup>.

A conferma del fatto che la Corte abbia preso in esame solo la questione relativa alla *commercial surrogacy*, vi è stato il rinvio alla Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015, nella quale si condanna «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali».

Va detto che anche in tale pronuncia, la Consulta ha affermato che bisogna andare alla «ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore», declinando però tale principio con altri diritti contrapposti, parimenti rilevanti (primo fra tutti il divieto, penalmente sanzionato, di adoperare la tecnica della gestazione per altri). La Corte ha espressamente statuito che «l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata».

Anche tale pronuncia – come quella già esaminata – ha sottolineato che tali legami siano parte integrante della stessa identità del bambino<sup>15</sup>, che vive e cresce in una determinata famiglia, o comunque – per ciò che concerne le unioni civili – nell'ambito di una determinata comunità di affetti, essa stessa dotata di riconoscimento giuridico, e certamente riconducibile al novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost.<sup>16</sup>. È indiscutibile, a tal punto, l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso – dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari –; ma anche, e prima ancora, allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o

---

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost., n. 272/2017.

<sup>14</sup> Evidentemente, però, la Corte non ha preso in considerazione la possibile meritevolezza della maternità surrogata di tipo solidaristico, ma si è soffermata solo su quella c.d. “a titolo oneroso”. Sul punto, si consenta rinviare a R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, in *Federalismi*, 2020, 22, p. 307.

<sup>15</sup> Cfr., sul punto, Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, § 96.

<sup>16</sup> Cfr. Corte cost., n. 221/2019.

di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte. E ciò anche laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale. Principio fondante quest'ultimo, ribadito anche da tale pronuncia e supportato da «vivente e conforme giurisprudenza»<sup>17</sup>.

La sentenza n. 33 in esame, come anche la n. 32, ha ribadito, riconfermando il principio per cui i minori non possano essere “destinatari impassibili” di effetti di scelte dei genitori, che i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura<sup>18</sup>.

Parte centrale dell'argomentazione è quella ove la Corte ha espressamente affermato che «né l'interesse del minore potrebbe ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore “biologico”, come è accaduto nel caso dal quale è scaturito il giudizio *a quo*, in cui l'originario atto di nascita canadese, che designava come genitore il solo P. F., era stato trascritto nei registri di stato civile italiani. Laddove, infatti, il minore viva e cresca nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata».

La Corte, dunque, sembra orientata nel senso di avanzare una “tutela piena” del minore a prescindere dal fatto che i genitori (due donne o due uomini) abbiano scelto una pratica piuttosto che un'altra per farlo nascere. Pare, ancora, che l'esercizio *de facto* della genitorialità sia indice presuntivo (comunque superabile, si tratta di una presunzione semplice) del riconoscimento del

---

<sup>17</sup> Cfr., sul punto, Corte cost., n. 221/2019; Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962; Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601.

<sup>18</sup> Cfr. Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, § 100.

rapporto di filiazione tra il minore e il padre d'intenzione (come, nel caso della sentenza n. 32, della madre di intenzione).

Per la Corte, però, in tal caso, il comunque «preminente» interesse del minore dovrà 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 da cui discende la non possibilità di trascrizione di un provvedimento giudiziario straniero nella parte in cui attribuisce lo *status* di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti. Sul punto, infatti, la Consulta ha operato un bilanciamento, statuendo che non si possa finire per rendere «tiranno» un diritto a favore dell'altro<sup>19</sup>.

Nonostante la “chiusura” della Corte – comunque attesa –, si è preso atto di un *vulnus* di tutela nella misura in cui la normativa italiana, a discapito di quanto affermato anche dalla Corte EDU, non preveda una procedura di costruzione di un legame *filiationis* celere, effettiva e confacente al superiore interesse del minore, a prescindere dal fatto che il giudice di merito abbia accertato o meno in concreto la corrispondenza di tale legame agli interessi del bambino.

Concorde con la sentenza n. 32 – non poteva peraltro essere smentita – la pronuncia *de qua* ha ritenuto che l'adozione in casi particolari non sia una misura adeguata, specie perché non attribuisce la genitorialità all'adottante, né vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri, oltre a richiedere il necessario assenso del genitore “biologico”, elemento problematico data la possibilità di crisi della coppia e la eventuale “ingiustificata” rescissione del legame *filiationis* tra il figlio e il genitore d'intenzione.

In ultima battuta, dunque, la Corte, nella sentenza n. 33, affinché possa colmarsi il vuoto di tutela anzidetto, ha affidato il compito al legislatore di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori –.

---

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost., n. 85/2013.

È evidente come la «triplice tipicità fenomenologica del diritto»<sup>20</sup> sia sempre attuale. Ci si attende, ora, dopo un monito così convinto della Corte costituzionale che il legislatore non faccia – ancora una volta – orecchie da mercante<sup>21</sup>, ma intervenga con fermezza nel colmare *vulnus* di tutela inerenti, come nei casi *de quibus*, a delicati diritti della persona.

---

<sup>20</sup> Ovvero tipicità sociale, tipicità giurisprudenziale e tipicità legale; sul punto, v. F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2018, p. 814 ss.

<sup>21</sup> Cfr. R. TREZZA, *Diritto all'anonimato e diritto a conoscere le proprie origini biologiche: un approccio "sbilanciatorio-avaloriale" o "bilanciatorio-assiologico"?*, in *Giustizia insieme*, 4 ottobre 2019, p. 25.