

La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine della decisione della Corte Costituzionale n. 230 del 2020 (*)¹

Sommario: 1.- Premesse di metodo 2.- La rilevanza della genitorialità di intenzione nel diritto effettivo: diritto o *status*? 3.- L'interesse del minore alla genitorialità di intenzione. Valutazione in astratto e in concreto 4.- Il rinvio al legislatore.

1. Con la decisione in commento, la Corte Costituzionale aggiunge un altro importante tassello alla problematica della c.d. genitorialità di intenzione, definendo e rendendo più nitido il diritto vivente in questa materia, quale risultato del dialogo della giurisprudenza interna ed europea. La delicata problematica della rilevanza della “intenzione” di diventare genitori, a prescindere dall'assenza di un legame biologico con il nato, chiama l'interprete ad una valutazione complessiva delle norme giuridiche alla luce di quella che è la loro applicazione da parte della giurisprudenza, secondo il principio di effettività, da intendersi quale strumento che consente di verificare il grado di conformità di un complesso di norme alla realtà sociale di un determinato momento storico². Le riflessioni che saranno approfondite nel corso di questa indagine impongono di considerare questa decisione non isolatamente ma alla luce del complesso delle decisioni della giurisprudenza interna ed europea e delle disposizioni vigenti, al fine di indagare quello che è il diritto vivente in materia di genitorialità di intenzione. L'adozione di questo metodo costituisce la premessa per ogni riflessione in una materia così delicata che chiama l'interprete a spogliarsi di ogni convinzione e presupposto ideologico, che inevitabilmente inquinerebbe la purezza dell'argomentazione. Allo stesso tempo l'adozione di questo metodo è la premessa per una corretta interpretazione delle ragioni poste a fondamento della decisione della Corte Costituzionale che qui si commenta.

Prima di iniziare questa indagine appare utile per il lettore indicare sia pure sinteticamente la vicenda che ha dato origine alla decisione e i principali passaggi argomentativi. Una coppia di due donne, unite civilmente, si reca all'estero per coronare il desiderio di avere un figlio. Una delle due, con il consenso dell'altra, si sottopone alla pratica di fecondazione artificiale eterologa dalla quale

¹ Dedico questo scritto all'indelebile ricordo di mio Padre, fine giurista dalle grandi doti umane che ha illuminato le riflessioni dell'interprete sull'importanza del principio di effettività.

² V. al riguardo C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, pubblicato prima in *Estudios de derecho civil en honor del Prof. Castan Tobeñas*, Vol. II, Pamplona 1969, 61 e ss e poi in C.M. BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma*, Vol I, Milano, 2002, 35 e ss., spec. 42: “...il principio di effettività inteso non come astratto criterio di validità della norma ma come espressione dell'esigenza che l'indagine di diritto assuma la norma così come essa si presenta nella realtà dell'esperienza di un determinato tempo e di un determinato luogo”; 43-4: “Anche con riguardo all'ordinamento statale deve dunque ammettersi che il giurista positivo proceda alla ricerca della norma giuridica vigente – cioè alla conoscenza della realtà normativa del suo tempo – come primo momento della sua indagine...Per il giurista continentale l'indice concreto di questa operatività è offerto fundamentalmente dagli orientamenti giurisprudenziali ...la giurisdizione è il momento in cui l'ordinamento statale esprime la sua garanzia ultima di ricorso alla norma. E' quindi in tale momento che si presta ad essere verificata l'efficacia della regola giuridica: nel significato e nel contenuto in cui essa può essere fatta concretamente valere”. Altre riflessioni sul principio di effettività sono contenute in C.M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, in *Riv dir civ* 1995, I, 787 e ss. poi in *Realtà sociale ed effettività della norma*, Vol I, cit., 189 e ss.

nasce un bambino. Il problema, come per altri casi, emerge quando la coppia ritorna in Italia e al fine di rettificare l'atto di nascita chiede all'ufficiale dello stato civile di indicare il minore come figlio di entrambe e non della sola partoriente. Giova sottolineare che la donna non partoriente che reclama lo stato di genitore del bambino non ha con lui alcun legame genetico, ma è unita civilmente alla partoriente, con la quale ha condiviso la scelta di andare all'estero per usufruire della pratica di fecondazione eterologa. Di fronte al rifiuto dell'ufficiale dello stato civile, il Tribunale di Venezia³ solleva giudizio di legittimità costituzionale della legge n. 76 del 2016 e del Regolamento sullo stato civile (D.p.R. n. 396 del 2000)⁴.

Con riferimento alla presunta violazione dell'art. 2 Cost. del 'combinato disposto' delle due citate norme⁵, il rimettente afferma che l'inapplicabilità delle regole sulla genitorialità di intenzione alle coppie di donne unite civilmente “non realizza il diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo, sia come soggetto singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”⁶. Inoltre con riferimento alla presunta violazione dell'art. 30 Cost., oltre a rilevarsi il non rispetto “del principio di tutela della filiazione” viene sottolineata l'esigenza di adottare una 'concezione progressista' che porti ad “affrancarne la realizzazione dalla tradizionale dimensione naturalistico-fattuale, tutelandola come diritto pretensivo che, ove il progresso scientifico lo consenta, non può essere escluso o limitato, se non in funzione di interessi che il legislatore consideri, legittimamente pari-ordinati”⁷. Con riferimento alla violazione dell'art. 117 Cost. in relazione alla normativa europea si afferma che è “principio internazionale definitivamente acquisito quello per cui il matrimonio non costituisce più il discrimine nei rapporti tra genitori e figli, né per gli uni (i genitori) che hanno visto riconosciuto il diritto non solo a formarsi una famiglia, ma altresì a diventare genitori oltre i limiti imposti dalla natura, né per gli altri (i figli) che debbono godere della medesima tutela indipendentemente dalla forma di legame tra coloro che ne assumono la genitorialità “. Infine, con riferimento alla presunta violazione dell'art. 3 Cost., si ribadisce la disparità di trattamento sia con riferimento alla coppia “sulla base del sesso e del reddito”, che al nato “in considerazione delle caratteristiche della relazione tra i genitori e in particolare se questa sia omosessuale”.

La Corte costituzionale ha respinto tutte le questioni di legittimità costituzionale sollevate e ha rilevato che la delicatezza della materia richiede un intervento del legislatore⁸.

Le pagine che seguono saranno dedicate ad affrontare le due principali tematiche che emergono dalla questione oggetto della decisione e che risultano tra loro strettamente collegate: 1) l'esistenza

³ V. T. Venezia, 3 aprile 2019.

⁴ In particolare viene sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 20 della legge 20 maggio 2016, n. 76, (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze) “nella parte in cui limita la tutela ... delle coppie omosessuali unite civilmente ai soli diritti e doveri nascenti dall'unione civile” e dell'art. 29, comma 2 del d. p. R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), come modificato dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, in materia di filiazione), nella parte in cui “limita la possibilità di indicare il solo genitore 'legittimo', nonché di quelli che rendono ... o hanno dato il consenso ad essere nominati” e non anche alle donne tra loro unite civilmente e che abbiano fatto ricorso (all'estero) a procreazione medicalmente assistita. Il giudizio di legittimità di entrambe le norme viene sollevato con riferimento agli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 30 e 117 della Costituzione, primo comma (quest'ultimo in relazione all'art. 24, paragrafo 3 della Carta fondamentale dell'Unione Europea, agli artt. 8 e 14 della CEDU e alla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York.

⁵ V. al riguardo la nota 4 del testo.

⁶ Così testualmente T. Venezia, 3 aprile 2019.

⁷ Così testualmente T. Venezia, 3 aprile 2019.

⁸ V. il § 4 del testo.

di un diritto alla genitorialità che dovrebbe essere assicurato a tutti e quindi anche alle coppie dello stesso sesso; 2) la tutela del soggetto nato e l'esigenza di assicurargli un pari trattamento.

Può anticiparsi che le argomentazioni della Corte non possono ritenersi isolate ma completano e integrano lo stato dell'arte in materia di rilevanza della genitorialità di intenzione, contribuendo a tracciare quello che ad oggi può essere considerato il diritto effettivo.

2. Con riferimento alla prima problematica, ovvero la presunta esistenza di un diritto alla genitorialità, occorre in primo luogo verificare se la nozione di “famiglia” implichi necessariamente la presenza dei figli. Una volta risolto questo primo problema, occorre poi verificare se nel diritto effettivo la genitorialità si iscriva nel novero dei diritti fondamentali e quindi delle pretese di cui il soggetto è titolare, indipendentemente dal sesso, dalla nascita e dal modello familiare che ha scelto. Quanto al primo problema la Corte ha risposto che *“l'art. 30 Cost non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli”*⁹. Quanto al secondo problema, al primo intimamente collegato, la Corte, nel negare l'esistenza di un 'diritto alla genitorialità', attraverso la distinzione tra 'aspirazione' e 'diritto'¹⁰, ha ribadito che *“la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori non implica che possa esplicarsi senza limiti”*¹¹. Quanto alla prima affermazione in ordine alla sufficienza della famiglia senza figli, essa mi trova concorde. L'evoluzione del diritto di famiglia dell'ultimo cinquantennio ha dimostrato che al modello tradizionale fondato sul matrimonio si sono via via affiancati altri modelli, tutti a vocazione familiare, se pure con alcune differenze. Tali modelli sono stati riconosciuti in sé come “familiari” a prescindere dalla presenza di figli, in quanto l'elevazione al rango di modello familiare è stata argomentata sulla base di elementi tutti riguardanti la relazione di coppia. Per le convivenze, tale elemento è stato rinvenuto nella stabilità e durata della relazione affettiva. Per le unioni civili, la qualifica di 'famiglia' si desume dal riconoscimento normativo di un complesso di diritti e doveri, che emula lo statuto dei coniugi (v. L. n. 76 del 2016). Inoltre il diritto della filiazione, con l'ultima riforma del 2012 e 2013, attraverso il riconoscimento dei diritti in capo a tutti i figli, ha contribuito a sganciare le riflessioni in ordine alle relazioni di coppia da quelle in ordine allo *status* dei figli, *status* che si compone di un complesso di diritti fondamentali (che sono quelli elencati all'art. 315-*bis* del codice civile) a prescindere dall'esistenza o meno di una famiglia, dato che per esempio un figlio può nascere anche da una relazione occasionale, ma non per questo perde i suoi diritti. In questo modo si è assistito ad una divaricazione delle regole che governano il diritto di famiglia in regole riservate alla relazione di coppia e in regole riservate alla famiglia con prole. Esempio emblematico di queste ultime è dato dalla applicazione giurisprudenziale dell'assegnazione della casa familiare in caso di crisi della famiglia, soluzione che è dettata al solo fine di tutelare la famiglia con prole¹². La presenza di figli non è quindi elemento decisivo al fine di classificare un modello come *familiare*.

Con riferimento all'altro problema, concordo con quanto affermato dalla Corte in ordine alla

⁹ Così testualmente la decisione della Corte costituzionale che qui si commenta.

¹⁰ Così testualmente in motivazione: “...l'aspirazione della madre intenzionale ad essere genitore non assurge a diritto fondamentale della persona nei sensi di cui al citato art. 2 Cost.”. Conforme C. 22 aprile 2020, n. 8029.

¹¹ La Corte conferma quanto già espresso nella decisione n. 162 del 2014

¹² E' infatti orientamento costante della giurisprudenza di legittimità subordinare l'assegnazione della casa familiare alla presenza dei figli, v. solo a titolo esemplificativo, Cass. 6 agosto 2020, n. 16740; 17 giugno 2019, n. 16134; 13 dicembre 2018, n. 32231; 4 ottobre 2018, n. 24254; 6 agosto 2018, n. 16740.

inesistenza del diritto alla genitorialità¹³. Aggiungo alle argomentazioni della Corte che il problema non è solamente quello di porre dei limiti alla volontarietà e libertà dell'atto che consente di diventare genitori, ma di verificare quale è nel diritto effettivo il ruolo della volontà e della libertà nell'instaurazione del rapporto di genitorialità¹⁴. In definitiva occorre chiedersi se la genitorialità e quindi la filiazione appartengono ancora al mondo degli *status* ovvero se essi siano passati a far parte della categoria dei diritti, dei quali il soggetto può disporre liberamente e che siano a lui garantiti. Occorre in definitiva accertare se la cd genitorialità di 'intenzione' descriva un nuovo modello di genitorialità basato su un atto di volontà, o al contrario sia esclusivamente una categoria che assegna all'*intenzione* un valore meramente lessicale e descrittivo di una genitorialità che è individuata in negativo quale *genitorialità non biologica*.

La presunta individuazione di 'un diritto alla genitorialità' annoverabile tra gli altri diritti fondamentali della persona ai sensi del dettato costituzionale (art. 2) impone poi una riflessione preliminare sul rapporto che necessariamente corre tra diritti e *status* in materia di filiazione, nonché sull'esatta interpretazione e applicazione delle norme vigenti.

Il tradizionale impianto normativo delle azioni di stato, che disegna il perimetro delle regole che governano l'instaurazione e la cancellazione della genitorialità, benché abbia ricevuto una significativa evoluzione a seguito della riforma della filiazione, ha nella sostanza conservato l'idea che il procedimento per diventare genitori o per perdere tale qualifica è affidato alle regole che governano gli *status* ed è sottratta all'arbitrio dell'autonomia negoziale e della autodeterminazione. La riforma della filiazione, nel modificare i termini di prescrizione per le azioni di stato, non ha infatti intaccato il modello dello *status* ma ha consentito, a certe condizioni, che la regola della primazia del sangue possa essere temperata dalla regola degli affetti e della tutela dell'affidamento del figlio in ipotesi di mancanza del formale legame di sangue con colui che ha ritenuto essere il proprio (genitore)¹⁵. Tale evoluzione, lungi dal modificare il fatto che la filiazione e la genitorialità siano *status*, ha solo modificato le regole della prescrizione al fine di far prevalere la sostanza sulla forma, a vantaggio del figlio¹⁶. La necessità di far prevalere la continuità delle relazioni affettive a prescindere da un formale titolo di genitorialità, risponde peraltro al diritto effettivo in quanto è stata stigmatizzata nella legge sulla continuità affettiva (L. n. 173 del 2015). Che la genitorialità sia uno *status* e non un diritto si evince anche dall'analisi delle disposizioni della legge n. 40 del 2004 che sembrano fondate esclusivamente sul 'consenso' di coloro che si sottopongono alla tecnica di fecondazione, sia omologa che eterologa. Non è infatti la volontà e quindi il consenso prestato ai sensi dell'art. 8 della citata legge l'elemento che costituisce l'effetto della genitorialità, in quanto il consenso è solo coelemento di una fattispecie complessa, comprensiva di altri elementi che tutti concorrono a produrre l'effetto della instaurazione della genitorialità. Tra questi, rilievo particolare assume la condizione della presenza di uno stato di infertilità assoluta ed accertata. Tale elemento rappresenta la *ratio* sulla quale è costruita la legge n. 40 del 2004. Già l'art. 1, 1° comma, fa emergere la finalità primaria della legge che è quella "di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana". Il 2° comma del medesimo articolo prevede espressamente che "il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora

¹³ Sulla inesistenza del diritto alla genitorialità v. A. MORACE PINELLI, *Verso una riforma delle adozioni*, in *Fam e dir.*, 2016, 719 e ss.

¹⁴ Per questi importanti interrogativi si rinvia a P. MALAURIE – H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, 7° ed., 2020, 455 e ss.

¹⁵ V. opportunamente C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.1. La famiglia*, 6° ed., Milano, 2017, 434 che richiama il principio di apparenza conosciuto in ambito contrattuale.

¹⁶ Sulla necessità che la disciplina delle azioni di stato sia letta alla luce della realizzazione dell'interesse del minore, v. Corte Cost. n. 272 del 2017.

non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”. Anche l'art. 2, specificamente dedicato ad interventi dello Stato contro la sterilità e l'infertilità, contribuisce a definire un quadro in cui l'infertilità è il presupposto per fare ricorso alla procreazione medicalmente. Infine è proprio l'art. 4, 1° comma, che esprime in termini inequivoci che lo scopo della legge è quello di risolvere il problema della infertilità, quando afferma che “il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è circoscritto ai casi di sterilità o infertilità inspiegate o documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico”. Correttamente quindi la Corte Costituzionale ha costruito il mancato accesso alla procreazione medicalmente assistita da parte delle coppie dello stesso sesso non come un problema di discriminazione ma come mancanza di un presupposto indicato dalla legge, ovvero l'infertilità *patologica*¹⁷. Oltre a queste riflessioni, che basterebbero a risolvere il problema dell'accesso alla procreazione assistita da parte delle coppie dello stesso sesso al di fuori degli schemi della discriminazione, devono aggiungersi altri rilievi che contribuiscono a negare che la procreazione medicalmente assistita determini l'instaurazione di una filiazione basata sul solo elemento della *volontà*, a prescindere da ogni questione inerente il sesso delle coppie. Nel difficile caso Pertini riguardante lo scambio di embrioni, al fine di affermare la genitorialità dei gemelli in capo alla donna partoriente e al marito di lei, oltre ad applicarsi la regola codicistica che “è madre colei che partorisce” (art. 269. 3° co), si è sottolineato che non basta il consenso alla fecondazione (prestato ai sensi dell'art. 8 della legge n. 40), ma è necessario che l'embrione venga impiantato nell'utero perchè è solo da tale momento che si instaura il rapporto di genitorialità¹⁸. In base a questa lettura dell'art. 8 della legge n. 40 del 2004, si è quindi superata la primazia del sangue e della genetica e si è ribadita l'insufficienza del solo elemento volontaristico, che diversamente opinando, avrebbe consentito ai genitori genetici di essere considerati tali già al momento della prestazione del consenso. Alla luce delle disposizioni vigenti e di come esse sono applicate nel diritto vivente, deve quindi osservarsi che la procreazione medicalmente assistita non può essere intesa quale strumento per soddisfare la volontà di avere un figlio, ma come *terapia* riservata a chi sia affetto da infertilità accertata e patologica. La mancata estensione alle coppie dello stesso sesso non involge un problema di pari trattamento, in quanto il presupposto della infertilità *patologica* vale sia per le coppie dello stesso sesso che per le coppie di sesso diverso. In questo senso appare significativo che a tale tecnica possono accedere solo le coppie *in età potenzialmente fertile* (art. 5) in quanto solo per le coppie in età fertile è possibile parlare di infertilità *patologica* e non *fisiologica*, legata all'età. Rimane poi sullo sfondo la questione del divieto della maternità surrogata, in questo caso non evocata in quanto la coppia di donne unite civilmente non aveva fatto ricorso a tale pratica ma alla fecondazione eterologa. Detto divieto trova fondamento in un principio di ordine pubblico¹⁹ che riguarda indistintamente tutte le coppie, sia eterosessuali che dello stesso sesso. Semmai deve rilevarsi che, ove si accogliesse l'idea di consentire la fecondazione eterologa alle coppie dello stesso sesso, si porrebbe inevitabilmente un problema di discriminazione all'interno delle coppie omosessuali, dato che la maternità surrogata diventa tappa obbligata per le sole coppie omosessuali maschili. Tale discriminazione potrebbe essere evitata solo attraverso l'abolizione del divieto. Il problema sarebbe tuttavia difficilmente risolvibile in quanto è la

¹⁷ La Corte conferma quanto aveva già affermato nella decisione n. 221 del 2019, in cui si era operata la distinzione tra infertilità *patologica* e infertilità *fisiologica* (delle coppie dello stesso sesso), escludendosi il diverso profilo della discriminazione. Su questa distinzione v. anche C. 22 aprile 2020, n. 8029.

¹⁸ V. T. Roma, 2 Ottobre 2015. Riflessioni sempre molto interessanti sulla tutela dell'embrione anche prima dell'impianto si rinviengono in J. RAMON DE VERDA Y BEAMONTE, *Persona e comunità familiare*, in via di pubblicazione con la casa editrice Giuffrè.

¹⁹ V. C. S.U. 8 maggio 2019, n. 12193.

coscienza sociale che reputa illecita tale pratica in quanto lesiva della dignità della donna²⁰, e tale dato sociale è confermato dal fatto che la maggioranza dei Paesi dell'Europa ne prevedono il divieto²¹.

Se si volge lo sguardo all'altro modello di genitorialità non biologica, l'adozione, si ha la conferma della irrilevanza della volontà e quindi la conferma della inesistenza di un preteso diritto alla genitorialità.

L'adozione, sia legittimante che in casi particolari, non è affidata al mero consenso o alla 'intenzione' di diventare genitori ma ad una fattispecie complessa che prevede vari elementi, la cui presenza è verificata dal giudice²². Nell'adozione legittimante questi elementi sono la differenza d'età tra adottanti e adottato, l'idoneità affettiva degli adottanti e l'accertamento dello stato di abbandono materiale o morale del minore, elemento quest'ultimo che consente di derogare alla regola che il minore debba, ove possibile, crescere nella propria famiglia²³. Nell'adozione in casi particolari, pur prescindendosi dallo stato di abbandono materiale e morale, sono richiesti altri elementi, quale l'impossibilità di affidamento preadottivo. Ma è proprio l'elemento dell'abbandono materiale e morale nell'adozione legittimante che avvalora e conferma la tesi della natura solidaristica dell'adozione²⁴ e che ne fa un modello a statuto speciale di filiazione non biologica. Con la procreazione medicalmente assistita si *programma la nascita di un bambino*²⁵; con

²⁰ La lesione della dignità della donna è stata affermata sia dalla giurisprudenza di legittimità (C. n. 24001 del 2014; C. S.U. n. 12193 del 2019; C. n. 7668 del 2020) che dalla Corte Costituzionale (decisione n. 272 del 2017). Riflessioni molto suggestive sono dedicate al tema da G. LUCCIOLI, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenIUS*, n. 1/2020: "...la surrogacy è una pratica che riduce la persona a corpo, ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata per contratto a non appartenere mai a chi la porta in grembo, che priva la maternità del suo senso umano e la fa divenire bruta materialità biologica, mera tecnica riproduttiva"; ID., *Risposte all'intervista in materia di maternità surrogata fatta da G. Russo e pubblicate sul sito della Rivista Giustiziainsieme*.

²¹ V. al riguardo C.S.U. n. 12193 del 2019.

²² Solo in tale prospettiva può intendersi il significato della "lesione dell'istituto dell'adozione", termine utilizzato dalla Corte di Cassazione a sezioni unite nella citata decisione n. 12193 del 2019. Con tale espressione si intendeva sottolineare che la maternità surrogata determinerebbe l'instaurazione di un titolo genitorialità su semplice accordo delle parti, in violazione delle regole poste dall'adozione in ordine al controllo del giudice.

²³ V. C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.1. La famiglia*, cit., 453-4: "Diritto fondamentale del minore è quello di crescere nella propria famiglia, ma quando la famiglia risulta irrimediabilmente inidonea a prendersi cura del figlio, la permanenza in essa non risponde più al suo interesse. In tal caso prevale l'esigenza del minore di ricevere in un nuovo nucleo familiare l'assistenza materiale e soprattutto l'affetto di cui egli ha essenziale bisogno per la sua crescita armoniosa". Nel diritto vivente l'adozione viene infatti considerata come *extrema ratio*: C. 13 febbraio 2020, n. 3643: "L'adozione legittimante è l'*extrema ratio* a cui si deve pervenire quando non si ravvisa alcun interesse del minore di conservare una relazione con i genitori biologici, attesa la condizione di abbandono materiale e morale nella quale si verrebbe a trovare e a vivere".

²⁴ Così mi ero espressa nel corso dell'Audizione alla Camera dei deputati sulla riforma delle adozioni tenutasi il giorno 16 maggio 2016.

²⁵ Proprio la distinzione tra *soggetto non ancora nato* e *soggetto nato* ha consentito alla Corte costituzionale nella recente decisione del 25 giugno 2020, n. 127 di ritenere non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile nella parte in cui non esclude la legittimazione ad impugnare il riconoscimento del figlio in capo a colui che abbia compiuto tale atto nella consapevolezza della sua non veridicità e a contestare la violazione dell'art. 3 Cost con riferimento alla diversa disciplina dettata dall'art. 9 della legge n. 40 del 2004 in tema di procreazione medicalmente assistita. Significativo al riguardo un passaggio argomentativo della Corte: "...Non possono essere equiparate la volontà di generare con materiale biologico altrui e la volontà di riconoscere un figlio altrui: nel primo caso la volontà porta alla nascita di una persona che altrimenti non sarebbe nata; nel secondo caso la volontà del dichiarante si esprime rispetto ad una persona già nata".

l'adozione si dona famiglia ad un bambino già nato che ne è privo²⁶. Emerge quindi in tutta la sua evidenza la distinzione tra *status nascente*, che richiede una valutazione *in astratto* e *status acquisito* che richiede una valutazione *in concreto*²⁷. La distinzione tra questi due piani, come dirò a breve, oltre a delineare le diverse *rationes* sottese ai due modelli di instaurazione della genitorialità, individua una diversa rilevanza dell'interesse del minore. Nella procreazione medicalmente assistita l'interesse del minore è valutato necessariamente *in astratto* in quanto il bambino non è ancora nato, ma si discute se e chi può diventarne genitore. Nell'adozione, sia legittimante che in casi particolari, al contrario, la valutazione sull'interesse del minore è necessariamente condotta in *concreto*, in quanto occorre valutare se rispetto a quel determinato bambino, da considerare in carne e ossa, sia adeguata quella specifica famiglia o quella singola persona. Se si accoglie la distinzione tra questi due diversi piani, deve condividersi l'idea della Corte Costituzionale che nella decisione che si commenta reputa “non arbitrario e irrazionale che una famiglia composta da due genitori di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile, rappresenti in linea di principio il luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato”²⁸. Si tratta infatti di una valutazione astratta che non esclude, anzi presuppone che in concreto possa valutarsi l'esistenza di una relazione affettiva che giustifichi e legittimi una scelta diversa. Tuttavia, tale valutazione non può mai essere automatica ma deve essere condotta caso per caso nell'esclusivo interesse del minore²⁹. La previsione di strumenti, come la *Stepchild Adoption*³⁰, che possono consentire di soddisfare l'interesse del minore a conservare le relazioni affettive di cui ha bisogno esclude la sussistenza della discriminazione, ma al contempo sottrae la scelta della genitorialità ad un automatismo, in linea con il diritto effettivo in materia. Spesso invece il richiamo al migliore interesse del minore diventa quasi una formula di stile per legittimare *ex post* scelte degli adulti relative alla programmazione della nascita, che impongono un riconoscimento automatico di genitorialità intenzionali, al di fuori e in contrasto con il diritto vivente. La stagione che stiamo vivendo, che pone principalmente il problema della identità del minore nato a seguito di maternità surrogata praticata all'estero, ci ha proiettato tristemente in un mondo di vicende giudiziarie³¹ che vedono il bambino sospeso in un limbo di incertezza identitaria, solo al fine di soddisfare un presunto diritto alla genitorialità degli adulti.

²⁶ V. Corte cost. n. 221 del 2019, cit: “Vi è infatti una differenza essenziale tra l'adozione e la PMA. L'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando; essa non serve per dare un figlio a una coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo....La PMA, di contro, serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza ad una coppia (o a un singolo) realizzandone le aspirazioni genitoriali. Il bambino quindi deve ancora nascere”.

²⁷ Tale distinzione tra PMA e procedimento di adozione si pone nella stessa direttiva della distinzione tra *status nascente* e *status acquisito* all'estero, v. al riguardo T.Roma, 11 febbraio 2020 n. 3017 e 11 febbraio 2020, n. 2991 e C. 3 aprile 2020, n. 7668. Sul problema del riconoscimento in Italia di un titolo di genitorialità conseguito attraverso un procedimento di adozione all'estero, v. C. 11 novembre 2019, n. 29071, che ha rimesso la questione alle Sezioni Unite.

²⁸ La Corte conferma quanto aveva già affermato nella decisione n. 221 del 2019.

²⁹ Come detto, tale valutazione è alla base di tutti i procedimenti di adozione in casi particolari e di adozione legittimante.

³⁰ Tale termine anglosassone viene da noi tradotto come “l'adozione del figlio biologico del coniuge o del partner” (*Enciclopedia Treccani*) o “l'adozione del configlio” (termine preferito dal Sabatini). Nella nostra legge sull'adozione tale istituto è stato previsto solo per il '*coniuge*' (ai sensi dell'art. 44 lett. b) della legge n. 183 del 1984.) La mancanza di una analoga previsione per il '*convivente*' o per l'*unito civile* ha portato la nostra giurisprudenza a prevederlo in applicazione dell'art. 44 lett.d) della legge sull'adozione, presupponendo che l'impedimento dell'affidamento preadottivo debba essere inteso non solo in senso *materiale* ma anche in senso *giuridico*.

³¹ Basti far riferimento alla lunga vicenda del caso Paradiso e Campanelli c. Italia che si è concluso dopo tanti anni con la decisione della Grande Camera della Cedu, 24 gennaio 2017.

3. Queste ultime riflessioni aprono il tema del *vulnus* che si assume arrecato all'interesse del minore, nel caso oggetto della decisione. Al riguardo il giudice rimettente, rileva la presunta violazione dell'art. 3 Cost, perchè si attuerebbe una discriminazione del nato “sul piano della sua tutela sia morale che materiale in considerazione delle caratteristiche della relazione tra i genitori ed in particolare se questa sia omosessuale”³². Al riguardo la Corte Costituzionale, come già aveva affermato la Corte di Cassazione a sezioni unite³³, ha risposto che la previsione dell'adozione in casi particolari da parte del *partner* dello stesso sesso del genitore biologico del minore evita tale *vulnus*. L'adozione in casi particolari, se pure non legittimante, condivide con l'impianto dell'adozione il controllo in ordine all'esistenza di una valida relazione affettiva, sottraendo la cd genitorialità di intenzione ad ogni automatismo³⁴. Allo stesso modo, la previsione dello strumento dell'adozione in casi particolari, come già accennato, porta ad escludere la discriminazione in base al sesso, facendo riemergere proprio quella necessaria valutazione *in concreto* dell'interesse del minore. Questa valutazione, oltre a trovare conferma in tutta la giurisprudenza interna, è poi confermata anche dalla giurisprudenza europea³⁵. Il parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁶, oltre a ribadire la discrezionalità degli Stati membri nella scelta degli strumenti più idonei a dare rilevanza alla genitorialità di intenzione, con il solo limite della celerità e della efficienza³⁷, ha confermato che il genitore di intenzione non diviene tale solo perchè *partner* del genitore biologico, ma in quanto sia concretamente *accertata* una relazione affettiva con il figlio del *partner*³⁸. Anche nell'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44 lett. b) della legge n. 183 del 1984, l'adozione del figlio del coniuge non si fonda sul mero *status* di coniuge, ma sull'accertamento in concreto di una accertata relazione affettiva³⁹. La legge sulla continuità affettiva si basa sulla medesima *ratio* in quanto consente di accedere all'adozione se e in quanto sia accertata una relazione affettiva con il minore. Il quadro interno ed europeo mostra di aver dato una progressiva rilevanza alla famiglia degli affetti che spesso supera la famiglia di sangue, ma le modalità di instaurazione di questa nuova famiglia sono tutte rivolte ad accertare la relazione affettiva e l'interesse del minore a mantenerla. Nè sembrano al riguardo cogliere nel segno quelle riflessioni che, richiamando la recente riforma della filiazione, sottolineano una violazione del principio di uguaglianza tra i figli, adducendo che la soluzione dell'adozione in casi particolari per

³² V. T. Venezia, 3 aprile 2019, cit.

³³ V. la già citata C. S.U. n. 12193 del 2019.

³⁴ Per queste considerazioni si rinvia a M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 2019, 371 e ss.

³⁵ Significativamente al riguardo una recente decisione della Corte di Cassazione francese (del 24 giugno 2020, n. 365) che ha escluso il riconoscimento del diritto di visita dell'anziana compagna della madre in quanto ritenuto pregiudizievole per l'interesse superiore del minore che deve avere “*considération primordiale*”.

³⁶ V. Cedu, sezione Grande Camera, 10 aprile 2019, n.16.

³⁷ V. al riguardo la mia nota critica all'ordinanza interlocutoria n. 8325 del 2020: *Il Revirement della Cassazione dopo la decisione a Sezioni Unite. Conflitto o dialogo con la Corte di Strasburgo? Alcune notazioni sul diritto vivente delle azioni di stato*, pubblicato sulla Rivista *Giudicedonna.it* n. 2 del 2020.

³⁸ All'*interesse concreto* del minore all'accertamento del rapporto genitoriale è fatto riferimento in tutte le decisioni in tema di *Stepchild Adoption*, V. a titolo esemplificativo v. Cass. 26 giugno 2019, n. 1700: “L'art. 44 lett d) della legge n. 184 del 1983 integra una clausola di chiusura del sistema, intesa a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando (e non certo tra quest'ultimo ed i genitori naturali), come elemento caratterizzante del concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatasi con altri soggetti che se ne prendono cura”.

³⁹ V. a solo titolo esemplificativo C. 19 ottobre 2011, n. 21651.

il genitore di intenzione pregiudicherebbe i figli, in quanto darebbe loro meno tutele⁴⁰. Deve al riguardo sottolinearsi che si tratta di situazioni che non possono essere poste sullo stesso piano al fine di invocare una presunta violazione del principio di uguaglianza e di unicità dello stato di figlio. Nel caso della riforma della filiazione, i figli nati da parenti, se pure figli biologici e quindi di sangue non potevano essere riconosciuti da nessuno dei genitori (art. 251 vecchio testo prima della riforma della filiazione) in quanto su di loro gravava il peso della colpa, come prima della riforma del diritto di famiglia dl 1975, per i figli adulterini. Nel caso del riconoscimento del genitore di intenzione, si tratta di bambini che hanno già un genitore biologico e si tratta di aggiungerne un altro. La situazione è parallela a quella del minore orfano di padre che viene adottato dal nuovo marito della madre, situazione che non a caso integra anch'essa un'ipotesi di *Stepchild adoption* che trova apposita regolamentazione (v. art. 44 lett. b) della le. n. 183 del 1984). La nuova figura genitoriale non può essere acquisita automaticamente solo perchè si tratta di persona legata affettivamente al genitore, ma solo se ciò realizzi l'effettivo interesse del minore. Una diversa soluzione porterebbe al risultato di creare uno statuto speciale privilegiato del nato da fecondazione che è il rischio che autorevole dottrina aveva prospettato già prima dell'approvazione della legge n. 40 del 2004⁴¹. Peraltro proprio in tema di riforma della filiazione, il nuovo art. 251 del codice civile, pur avendo rimosso il previo divieto di riconoscimento dei figli nati da parenti, subordina il riconoscimento alla “previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio”⁴². Si tratta quindi di cambiare prospettiva e di partire dall'interesse del minore per poi analizzare l'interesse degli adulti. Tale cambiamento risulta dal complesso delle disposizioni vigenti in tema di filiazione e di azioni di stato⁴³ e non solo nel contesto interno⁴⁴. La legittima aspirazione alla genitorialità non è quindi un diritto ma un'opportunità che tuttavia deve misurarsi con la realizzazione dell'interesse del minore⁴⁵.

A conclusione di questa indagine sul diritto effettivo in materia di genitorialità non biologica, può rilevarsi che la negazione dell'esistenza di un diritto alla genitorialità, più che fondarsi su un mero presupposto ideologico, è il risultato di un complesso di norme che, così come sono applicate dalla giurisprudenza interna ed europea, evidenziano che la genitorialità non biologica non può fondarsi sul mero elemento volontaristico, né può essere instaurata in modo automatico in mancanza di

⁴⁰ V. al riguardo S. STEFANELLI, Risposte all'intervista in materia di maternità surrogata fatta da G. Russo e pubblicate sul sito della Rivista *Giustiziainsieme*; G. SPADARO – M. TUDISCO, *Il destino dei figli della coppia omogenitoriale: quali diritti?* In *Giustiziacivile.com* del 1° Ottobre 2020.

⁴¹ V. C.M. BIANCA, *Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano*, in *Dir fam.* 1987, e ripubblicato in *Suo ricordo* in *Nomos* n. 2 del 2020.

⁴² V. C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.1. La famiglia*, cit., 408: “La disposizione che rende ora riconoscibili anche i figli nati da parenti, previo accertamento del tribunale che nessun pregiudizio ne derivi loro, è improntata all'idea che il riconoscimento dev'essere precluso quando contrasta con l'interesse del figlio e che pertanto la preclusione non ha ragione d'essere quando sia accertato che il riconoscimento è per lui favorevole”

⁴³ Oltre alla già menzionata evoluzione della disciplina delle azioni di stato nel senso di privilegiare l'interesse del figlio, v. la giurisprudenza di legittimità che per esempio spiega l'impedimento ad esercitare l'azione di disconoscimento della paternità in caso di fecondazione eterologa proprio in ragione della realizzazione dell'interesse del minore: C. 18 dicembre 2017, n. 30294.

⁴⁴ V. la recente decisione della Cedu del 13 ottobre 2020, *Affaire Koychev c. Bulgarie* che, affrontando il caso della contestazione della paternità da parte del genitore biologico, rileva l'esigenza di valutazione di tutti gli interessi, con particolare riferimento al superiore interesse del minore.

⁴⁵ V. Corte cost. n. 221 del 2019: “Si tratta di stabilire se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque sia, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate: e ciò particolarmente in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato “. (il carattere sottolineato è da me inserito per evidenziare l'attenzione posta dalla Corte all'interesse del minore).

elementi che ne giustificano *a priori* l'esistenza. L'impostazione adultocentrica⁴⁶ che rivendica l'esistenza di un diritto alla genitorialità deve essere ridimensionata da una prospettiva che fonda ogni decisione sull'instaurazione di modelli di genitorialità non biologica solo dopo un attento controllo di quello che è *in concreto* l'interesse del minore.

La distinzione tra interesse *in astratto* e interesse *in concreto* del minore, insieme alla riflessione in ordine agli *status*, consente di riportare questa difficile e delicata problematica su un piano diverso rispetto a quello della discriminazione basata sul sesso. La complessità del diritto effettivo che ho cercato di sintetizzare in queste pagine evidenzia che i modelli di filiazione non biologica sono fattispecie complesse in cui la volontà è solo un coelemento, che non è tale autonomamente a costituire l'effetto della genitorialità. E ciò vale tanto per le coppie eterosessuali che per le coppie dello stesso sesso. In particolare la genitorialità di intenzione, quale sottospecie della genitorialità non biologica, non individua una genitorialità fondata sulla intenzione e quindi sulla volontà, ma sull'accertamento in concreto di una relazione affettiva che viene considerata rilevante per realizzare l'interesse del minore⁴⁷.

4. Quanto alla scelta della Corte Costituzionale di rinviare al legislatore, mi sembra scelta da condividere. Si tratta, come correttamente ha già indicato la Corte in più di una decisione di “temi eticamente sensibili”⁴⁸, che richiedono l'intervento del legislatore in quanto “interprete della volontà della collettività e chiamato a tradurre sul piano normativo il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale”⁴⁹. Si dà in questo modo piena voce e applicazione al principio di effettività che nel pensiero di chi l'ha formulato⁵⁰ non significa confusione tra potere legislativo e potere giudiziario⁵¹ ma realizzazione di un virtuoso cerchio di reciprocità e di competenze. In questo caso il compito del legislatore dovrebbe condurre a verificare se il diritto effettivo che ho sinteticamente descritto sia contrario alla coscienza sociale e se quindi vada interamente riscritto. Al riguardo voglio solo sottolineare che la complessità del diritto effettivo in materia richiederebbe una riforma complessa. Non si tratterebbe di singoli od autonomi interventi legislativi ma di una riforma sia delle azioni di stato che delle regole che governano la procreazione medicalmente assistita e l'adozione. Si tratterebbe in definitiva di riscrivere la disciplina che governa le azioni di stato e dei diversi modelli di filiazione non biologica, lasciando pieno spazio al principio di libertà e di autodeterminazione di decidere quando e perchè si diventi genitori, e quando e perchè si perda tale qualifica. Essendo questa una scelta che

⁴⁶ Critico nei confronti di questa impostazione con riflessioni tutte condivisibili, v. G. RECINTO, *La Consulta e la legittimità del divieto per coppie dello stesso sesso di ricorrere alla PMA: non sussiste “un diritto assoluto alla genitorialità”*, in *Giustiziacivile.com* del 6 novembre 2019.

⁴⁷ Per questo motivo ho rilevato che la cd genitorialità di intenzione è irrilevante per il diritto se non si traduce anche in *genitorialità sociale*: M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, cit., 384.

⁴⁸ V. Corte cost. n. 162 del 2014 e n. 221 del 2019.

⁴⁹ V. già Corte cost. n. 84 del 2016, principio poi riprodotto nella decisione che si commenta e nella citata decisione n. 221 del 2019.

⁵⁰ V. C.M. BIANCA, le opere sul principio di effettività citate alla nota 2 del testo.

⁵¹ V. C.M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, cit, 203 e ss., il quale così obiettava a chi contestava il principio di effettività asserendo che tale principio porterebbe ad attribuire autorità normativa ai giudici: “Prendere atto del principio di effettività non vuol dire tuttavia conferire né riconoscere un potere normativo ai giudici né dare ingresso alla 'consuetudine giurisprudenziale' come fonte del diritto....Il diritto effettivo non può dunque essere ricercato nella vincolatività delle sentenze o nell'autorità normativa del giudice. Esso deve essere piuttosto colto nel *fatto obiettivo* che la norma viene socialmente accettata come norma giuridica secondo determinati significati e contenuti, cioè nel fatto della sua reale operatività. *L'accettazione sociale della norma è il fatto dal quale scaturisce il diritto*”.

deve essere lasciata alla piena discrezionalità del legislatore, ritengo tuttavia che una così complessa problematica non possa esaurirsi nella evocazione del solo principio di non discriminazione, ma andrebbe affrontata in maniera completa e più approfondita, alla luce di quelli che sono attualmente i principi del diritto effettivo che governano la materia. Un singolo intervento legislativo che per esempio consentisse l'accesso a tutti alla fecondazione eterologa porrebbe il problema della discriminazione all'interno delle coppie dello stesso, in quanto il mantenimento della surrogazione di maternità porterebbe di fatto a discriminare le coppie omosessuali maschili. Allo stesso modo l'apertura alla procreazione anche alle coppie dello stesso sesso porrebbe il problema di estendere l'accesso anche ad altre ipotesi di infertilità *fisiologica*, pena una discriminazione *a contrario* fondata sul sesso. L'insieme di queste riflessioni, oltre a confermare la lungimiranza e l'importanza dell'applicazione del principio di effettività, anche e soprattutto in tematiche eticamente sensibili come questa, dimostra come non siano possibili prospettive parziali che affrontano una tematica così delicata solo da un determinato ambito prospettico. Occorre al contrario addivenire ad una visione di insieme che, accanto al problema dell'esistenza o meno di un diritto alla genitorialità, quale diritto degli adulti, affronti e ricomprenda la necessità che ogni scelta, anche quella del legislatore, sia orientata alla realizzazione del migliore interesse del minore. Solo così e, forse, potrà riempirsi di contenuto la tanto declamata formula del *best interest of the child*, che altrimenti rischia di restare una formula di stile.