

Maria Carmela Venuti\*

## Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente

*Le buone leggi civili sono il più gran bene che gli uomini possono dare o ricevere. Le leggi non sono meri atti di potere; sono atti di saggezza, di giustizia e di ragione.*  
J.-È.-M. Portalis, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile.*

### Sommario

1. L'accesso alla procreazione medicalmente assistita e la genitorialità nel prisma dei principî costituzionali – 2. Segue – 3. Il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita – 4. Regole di diritto comune e regole di diritto speciale per l'assunzione della genitorialità? – 5. Segue – 6. L'assunzione della genitorialità: prime possibili conclusioni – 7. La responsabilità genitoriale di single, conviventi, coppie unite civilmente, ovvero la responsabilità parentale nelle famiglie atipiche e/o sommerse

### Abstract

Il saggio prende in esame il tema dell'aspirazione alla genitorialità delle persone singole e delle coppie *same-sex* dopo la legge n. 76/2016 sulle unioni civili e le convivenze, e quello del formale riconoscimento della genitorialità acquisita in fatto dagli stessi soggetti e della connessa responsabilità genitoriale. Ricostruita la cornice costituzionale di riferimento, vengono proposte alcune soluzioni interpretative volte a superare in via ermeneutica l'inconciliabilità di talune regole di rango ordinario con le regole e i principî apicali rintracciati in un sistema multilivello delle fonti. Esaminate le disposizioni del codice civile e delle leggi speciali in materia di assunzione della genitorialità, la loro *ratio* e i meccanismi ordinatori, lo studio giunge alla conclusione che il rapporto tra i diversi plessi normativi vada declinato non in termini di regola/eccezione né di diritto comune/diritto speciale, bensì di coesistenza di sistemi basati su logiche peculiari, non riducibili a sintesi unitaria. Lo studio si volge infine al tema della responsabilità genitoriale evidenziando le aporie del nostro ordinamento che, pur declamando il rispetto dei diritti fondamentali degli individui e la salvaguardia del superiore interesse dei bambini, pone limiti e divieti alla genitorialità non "tipica", ampliando così in maniera a volte aspra e irragionevole il divario tra fatto e diritto.

*The essay examines the topic of the aspiration to parenting of single persons and same-sex couples after the law n. 76/2016 on civil unions and cohabitation, and the formal recognition of parenthood acquired in fact by the same subjects and the related parental responsibility. Reconstructed the constitutional frame of reference, some interpretative solutions are proposed in order to hermeneutically overcome the irreconcilability of certain provisions of ordinary rank with the rules and the apical principles traced in a multilevel system of the sources. Once examined the provisions of the Civil Code and the special laws concerning the assumption of parenthood, their ratio and ordering mechanisms, the study comes to the conclusion that the relationship between the different regulatory*

\* Ordinaria di diritto privato, Università di Palermo.

Il contributo costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta di un apparato minimo di note, della relazione svolta al Convegno su "Nuove regole in materia di genitorialità: dal legame biologico alla volontà" organizzato da questa *Rivista* insieme a Fondazione forense bolognese, Rete Lenford, Ondif (sez. di Bologna) il 29 settembre 2017 a Bologna. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

*plexuses should be declined not in terms of rule/exception nor of general law/special law, but of coexistence of systems based on peculiar logics, not reducible to unitary synthesis. Finally, the study turns to the issue of parenting responsibility, highlighting the aporias of our system which, while declaiming respect for the fundamental rights of individuals and the safeguarding of children's best interests, imposes limits and prohibitions on "non-typical" parenthood, thus widening the gap between fact and law in a sometimes bitter and unreasonable manner.*

## 1. L'accesso alla procreazione medicalmente assistita e la genitorialità nel prisma dei principi costituzionali

Porsi il problema del consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e della responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente assume, a prima vista, quasi i toni di una sfida, tenuto conto dei limiti all'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale posti dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 e del silenzio riservato alla genitorialità e alla filiazione delle persone unite civilmente e di quelle conviventi dalla legge 20 maggio 2016, n. 76.

Prima di verificare se e quali spazi si aprano al riguardo nel nostro ordinamento, nella configurazione che il diritto vivente restituisce, è opportuno tracciare il quadro delle regole e dei principi costituzionali di riferimento.

Genitorialità e filiazione vanno ascritte al fenomeno della famiglia, istituto specificamente contemplato dalla Costituzione agli articoli da 29 a 31.

Il loro scrutinio consente di affermare come la Carta fondamentale non indichi un modello di genitorialità come preferenziale né stabilisca una graduazione di apprezzamento nei confronti delle modalità in cui si può diventare genitori.

Invero la *naturalità* della società familiare cui la Carta fondamentale tributa il proprio riconoscimento all'art. 29 non era intesa, nemmeno al tempo della formulazione della previsione da parte dell'Assemblea costituente, come ancoraggio al dato di natura, al paradigma della natura delle cose, bensì come *originarietà* della specifica formazione intermedia considerata in detto articolo rispetto allo Stato<sup>1</sup>. Da questo punto di vista l'art. 29, così come l'art. 2 e l'art. 3, segna il radicale mutamento di rotta che la Costituzione repubblicana e democratica imprime all'ordinamento mettendo al primo posto dei valori il principio personalista, la tutela dell'individuo come singolo e nelle formazioni sociali intermedie, la pienezza dello svolgimento della sua personalità. Né tantomeno può essere intesa in quel senso oggi – le norme della Costituzione sono soggette ad una lettura evolutiva, come insegna la stessa Consulta<sup>2</sup> –, e cioè in un tempo in cui l'artificio assume carattere di normalità nella vita di singoli e comunità e in cui il governo dell'uomo e della tecnologia sullo stato di natura confina quest'ultimo in un'esperienza storica definitivamente superata, o comunque non più attingibile nella sua compiuta integrità. Se così non fosse, e cioè se la famiglia riconosciuta e tutelata dall'ordinamento fosse solo quella che si configura come società fondata sul dato di *natura*, l'istituto dell'adozione dei minori di età, implicitamente evocato nei successivi artt. 30 e 31 Cost., paradossalmente potrebbe apparire non pienamente conforme all'art. 29.

Nessuna direttiva sulle modalità procreative è da scorgere nella nostra Carta costituzionale: non all'art. 29, e nemmeno all'art. 30, da cui si trae piuttosto un precetto fondamentale di cura, assistenza, tutela giuridica e sociale della *prole* già nata.

La normativa costituzionale si muove in direzione tendenzialmente neutralizzante il diverso contesto familiare in cui la nascita si è verificata; contesto familiare dicotomicamente racchiuso in un "dentro o fuori del matrimonio" (art. 30). La formula, pur con il limite dell'antitesi su cui è imperniata, dà conto della pluralità di modelli familiari e di coppia rilevanti già al tempo dell'elaborazione della Costituzione e, proprio per la sua attitudine a considerare irrilevante la condizione degli ascendenti rispetto all'assunzione della responsabilità genitoriale, in una lettura aggiornata può valere a ricomprendere

1 Così, molto chiaramente, P. Rescigno, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2000, p. XXIII. Per una rivisitazione del significato da attribuire all'espressione "società naturale fondata sul matrimonio" dell'art. 29 Cost. v. A.M. Benedetti, *Tutto ciò che è reale è ... naturale? Riflessioni sull'art. 29, 1° comma, Cost.*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, p. 589 ss.

2 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, in *G.U.*, 21 aprile 2010, n. 16, 1ª s.s., punto 9 della motivazione: «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "crystallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi».

sotto il suo spettro la filiazione realizzata nelle coppie ad orientamento omoaffettivo unite civilmente o conviventi di fatto<sup>3</sup>.

La vera direttiva che la Costituzione segna rispetto al rapporto genitori-figli è quella che emerge dagli artt. 30 e 31: la protezione e la cura dei figli. L'art. 30 impone pari doveri e uguali responsabilità ai genitori rispetto alla prole, quale che sia il contesto in cui essa è stata generata; sancisce la (tendenziale) equiparazione dei figli nati fuori del matrimonio ai membri della famiglia legittima; assume, soprattutto, come istanza prioritaria la *protezione e la cura dei figli*, demandando eventualmente l'assolvimento dei compiti parentali a soggetti differenti dai genitori in caso di loro incapacità (e, a maggior ragione, di loro assenza). Il rilievo apicale delle cure parentali viene ribadito all'art. 31, che attribuisce allo Stato un ruolo di assistenza e sostegno economico-sociale alla formazione delle famiglie e all'adempimento dei relativi compiti, e assicura protezione alla maternità, all'infanzia, alla gioventù.

A scanso di equivoci va osservato che il complesso delle regole costituzionali in materia di genitorialità-filiazione non può essere sottoposto ad una lettura "originalista", analoga a quella che talune correnti di pensiero predicano per il matrimonio dando così vita a un tanto surrettizio quanto criticabile capovolgimento del sistema delle fonti, che giunge a conformare le norme costituzionali con la configurazione che gli istituti familiari avevano nel codice civile negli anni in cui la Carta fondamentale veniva elaborata e approvata<sup>4</sup>. Tutt'al contrario è la Costituzione che detta i principî – uguaglianza, parità, non discriminazione, cura e protezione della prole – cui la regolazione primaria in tema di soggetti e di rapporti familiari deve ispirarsi.

Principî che ben possono adattarsi a governare una genitorialità fondata sull'artificio com'è quella realizzata con tecniche di procreazione medicalmente assistita, e dai quali comunque non è dato ricavare un interdetto al loro ricorso.

Quanto specificamente all'aspirazione alla genitorialità, se questa – come si può correttamente assumere – si configura come (possibile) esplicazione della personalità di ogni individuo, specie quando vive una stabile e profonda relazione amorosa, essa trova copertura costituzionale nell'art. 2, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e nell'art. 3 che richiama, com'è noto, il pieno sviluppo della persona umana quale finalità delle azioni che lo Stato è chiamato a porre in campo a salvaguardia della libertà e dell'uguaglianza dei cittadini. A conforto di tale assunto può richiamarsi la precisazione formulata dalla Consulta in relazione al divieto di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, secondo cui, seppure la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (come è deducibile dalle sentenze n. 189 del 1991 e n. 123 del 1990), «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione»<sup>5</sup>. Nella concezione dell'Alta corte si tratta di una libertà; libertà pur non assoluta e illimitata, ma soggetta – ove necessario – a bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale che eventualmente venissero in rilievo.

Altro principio che presiede alla questione qui scrutinata è quello della *libertà di autodeterminazione* nella sfera privata e familiare, che trova ancoraggio costituzionale negli artt. 2, 3 e 31 della Carta. Com'è noto, pure a questo riguardo i giudici delle leggi hanno formulato delle significative affermazioni chiarendo che tale libertà va ascritta alla sfera intima ed esistenziale di ciascun individuo, all'ambito della

3 Sulla questione della filiazione/genitorialità all'interno delle coppie *same-sex* nel quadro della legge sulle unioni civili e le convivenze cfr. L. Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12/2016, II, p. 1707 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Progetti di procreazione e provvedimenti di adozione*, in Aa.Vv., *Unioni civili e convivenze di fatto*. L. 20 maggio 2016, n. 76, M. Gorgoni (a cura di), Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 143 ss.; M. Gattuso, *L'unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica e assetto costituzionale*, in G. Buffone, M. Gattuso, M.M. Winkler *Unione civile e convivenza*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 38 ss., spec. p. 60 ss.; A. Belleli, *La filiazione nella coppia omosessuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1819 ss.; E. Quadri, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2017, II, p. 566 ss. Per un peculiare punto di vista in relazione al tema dell'adozione da parte delle coppie unite civilmente cfr. V. Barba, *Unione civile e adozione*, in *Famiglia e diritto*, 4/2017, p. 381 ss.. In argomento si v. altresì M. Farina, *L'adozione omogenitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76: ubi lex voluit... tacuit?*, in *Politica del diritto*, 1/2017, p. 71 ss.

4 Per una critica alla lettura originalista dell'art. 29 Cost. cfr. G. Palmeri, M.C. Venuti, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale*, 11 giugno 2014, n. 170 in *materia di divorzio del transessuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, II, p. 553 ss., in part. p. 556 s.

5 Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile-10 giugno 2014, n. 164, in *G.U.*, 18 giugno 2014, n. 26, 1<sup>a</sup> s.s., punto 6 della motivazione.

propria *vita privata e familiare*<sup>6</sup>. Qui, come rilevato da taluni interpreti<sup>7</sup>, non troppo velato è il riferimento alla previsione della CEDU sul diritto al rispetto della vita privata e familiare di ciascuno (art. 8) e a quella, che ne rappresenta l'evoluzione in ambito europeo, dell'art. 7 della Carta di Nizza<sup>8</sup>.

Precipitato dell'ascrizione della libertà di autodeterminazione dell'individuo in ambito procreativo alla sfera esistenziale, alla sua identità, al libero dispiegamento della personalità, è l'esigenza che l'ordinamento, una volta determinato l'ambito della sua rilevanza attraverso il temperamento con eventuali diritti interessi valori confliggenti<sup>9</sup>, vi appresti garanzia di attuazione se non si vuole che il riconoscimento di un diritto sia vana declamazione.

Previsione pure rilevante ai nostri fini è l'art. 3 Cost., la cui precettività antidiscriminatoria va ancora oggi sottolineata: il canone della *pari dignità* sociale del *particulier* e dell'uguaglianza di tutti davanti alla legge senza distinzione di sesso o di condizioni personali e sociali non va obliato e trova semmai maggior forza e aderenza alla questione che ci occupa nelle disposizioni della Convenzione di Roma sul divieto di discriminazione fondato sul sesso o altra condizione (art. 14) e della Carta di Nizza che esplicitamente si riferisce all'orientamento sessuale (art. 21).

Infine, come precisato dalla Consulta, l'aspirazione alla genitorialità, ove non possa trovare naturale realizzazione, può impingere il diritto alla salute negli individui nei quali la frustrazione si traduca in una patologia che ne compromette il benessere psico-fisico<sup>10</sup>.

## 2. Segue

Se, quindi, alla stregua dei principi fondamentali del nostro ordinamento non è ricavabile una limitazione all'esplicarsi della relazione genitori/figli ove questa si sia instaurata, né ancor prima una direttiva di selezione, ovvero di maggiore o minore apprezzamento, oppure di franco disvalore circa i modi in cui la genitorialità può conseguirsi, si fa sempre più consistente il dubbio sulla costituzionalità delle previsioni della legge n. 40/2004 che vietano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ai singoli, alle coppie unite civilmente, alle coppie conviventi omoaffettive.

Non potendo, per comprensibili ragioni di spazio, procedere qui ad un puntuale scrutinio della questione, ci si limita a prospettare talune criticità e ad indicare un possibile rimedio per superare, nel sistema dato, l'*impasse* emergente.

Come detto, nonostante l'impianto originario della legge n. 40/2004 sia stato significativamente inciso dagli interventi della Consulta, che ha proceduto – per quanto a macchia di leopardo date le sue prerogative e agendo in risposta all'impulso dei giudici rimettenti – ad armonizzarla con i principi costituzionali<sup>11</sup>, l'accesso alle tecniche resta variamente precluso. Caduta la barriera nei confronti delle coppie con soggetti portatori di malattie genetiche trasmissibili gravi (secondo i criteri dell'art. 6, l. n.

6 Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile-10 giugno 2014, n. 164, cit., punto 6 della motivazione.

7 U. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 10/2016, II, p. 1360 ss., p. 1364 ss.

8 La Corte costituzionale in tal modo conferma la bontà metodologica di un approccio ermeneutico, già battuto dagli interpreti teorici e pratici, di lettura coordinata delle previsioni costituzionali, di quelle convenzionali (neanche troppo interposte) e della giurisprudenza della Corte Edu, e di quelle dell'Unione europea consegnate alla Carta dei diritti fondamentali.

9 La Corte costituzionale afferma l'esigenza di un *ragionevole bilanciamento* tra la salvaguardia di questo fondamentale diritto degli individui ed eventuali diritti di rango costituzionale che potrebbero subire pregiudizio o compressione, senza che possa essere affermata in astratto la preminenza dell'uno rispetto agli altri e viceversa. I giudici delle leggi sostengono in definitiva che «La libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi *limiti*, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale» (corsivo aggiunto). Quindi il sacrificio della scelta libera e volontaria di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita (di tipo eterologo) può subire dei limiti, ma solo se indispensabile per garantire tutela a interessi di pari rango.

10 Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile-10 giugno 2014, n. 164, cit., punto 7 della motivazione.

11 Principi rintracciati in un sistema multilivello delle fonti del diritto che ricomprende le statuizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e quelle della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Sul punto v. anche nota 8.



194/1978), che possono ora ricorrere alla diagnosi preimpianto<sup>12</sup>, rimane l'interdetto nei confronti del singolo (pure in caso di morte del *partner*), dei *partner* (eterosessuali) non coniugati né conviventi o di cui uno sia minore di età, delle coppie omoaffettive unite civilmente o conviventi, di coloro che presentino cause impeditive della procreazione non qualificabili come sterilità o infertilità e che non siano portatori di malattie genetiche trasmissibili gravi, di coloro, infine, che non siano in età potenzialmente fertile (artt. 1, 4, 5, 12).

La tenuta costituzionale di questo assetto regolamentare appare certamente vacillare con riferimento alle coppie omoaffettive: e ciò non solo a seguito della pronuncia della Consulta che ha rimosso il divieto di ricorrere alle tecniche di tipo eterologo<sup>13</sup> (mentre per la tecnica della surrogazione di maternità – così nel linguaggio del legislatore – continua a vigere il divieto “tombale” di cui all'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2014), ma soprattutto dopo il varo della legge n. 76 del 2016, che esplicitamente riconosce la coppia omoaffettiva alla stregua di formazione sociale di rango costituzionale e la dota della necessaria copertura normativa, sollecitata dalla Corte Edu nella pronuncia sul caso *Oliari et al. c. Italia*<sup>14</sup>.

In altri termini, la legge n. 76/2016, con il formale riconoscimento del rango costituzionale delle unioni civili e delle «convivenze di fatto» ha comportato l'inserimento nel sistema di un segmento nuovo di regole, espressione di principi che si radicano nel sistema valoriale della nostra Costituzione, modificando e ridisegnando la fisionomia del nostro ordinamento nell'ambito dei rapporti familiari.

Ancóra va considerato che la CDFUE (e la Cedu) riconosce il diritto di ogni persona di sposarsi e di costituire una famiglia e ne affida la garanzia di attuazione alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. E che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha ricondotto alla previsione sul diritto al rispetto della vita privata (e familiare) di cui all'art. 8 Cedu (e all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue) il riconoscimento del diritto al rispetto della decisione di avere figli, come di quella di non averne<sup>15</sup>. Nel caso *Dickson c. The United Kingdom*<sup>16</sup> i giudici europei hanno ritenuto altresì che l'art. 8 della Convenzione ricomprenda nel suo spettro di applicazione il diritto al rispetto della decisione della coppia di diventare genitori genetici attraverso il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (necessarie, nella fattispecie, poiché il marito era detenuto in carcere)<sup>17</sup>.

Al riguardo è significativo rammentare che, nell'individuare il contenuto precettivo della norma richiamata, la Corte abbia precisato come, nonostante l'oggetto della salvaguardia apprestata sia in primo luogo la protezione dell'individuo da arbitrarie interferenze delle autorità pubbliche e quindi imponga agli Stati parti obblighi *negativi* di astensione, siano tuttavia configurabili in capo ad essi anche obblighi *positivi* connessi all'*effettivo* rispetto del bene tutelato. Su queste basi si è affermato ai sensi dell'art. 8 Cedu (e dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue) a favore della coppia «*the right to respect for their decision to become genetic parents*»<sup>18</sup>.

- 
- 12 Corte costituzionale, sentenza del 5 giugno 2015, n. 96, in *G.U.*, 10 giugno 2015, n. 23, 1<sup>a</sup> s.s. I giudici costituzionali in questa occasione hanno ridisegnato il profilo dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sotto il profilo del superamento del presupposto delle condizioni di sterilità/infertilità richiesto agli artt. 1 e 4 perché in contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.
- 13 Si tratta della già richiamata Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile-10 giugno 2014, n. 164. A questa stregua è ormai lecita e contemplata dalle linee-guida la cosiddetta doppia eterologa, ad esito della quale il nato non ha alcun legame genetico con i genitori, analogamente a quanto avviene nella filiazione adottiva.
- 14 Corte Edu, IV sezione, 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, *Oliari et al. c. Italia*, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>.
- 15 Corte Edu, Grande Camera, decisione del 22 gennaio 2008, ric. 43546/02, *E.B. c. France*, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>, in part. punto 43: «*The Court has, however, previously held that the notion of “private life” within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which encompasses, inter alia, (...) the right to respect for both the decisions to have and not to have a child*». Corte edu, Grande Camera, decisione del 14 aprile 2007, ric. 6339/05, *Evans c. the United Kingdom*, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>, spec. punto 71 e punto 72, ove si precisa che anche il diritto al rispetto della decisione di diventare genitore in senso genetico rileva ai sensi dell'art. 8 della Convenzione.
- 16 Corte Edu, Grande Camera, decisione del 4 dicembre 2007, ric. 44362/04, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>.
- 17 Punto 66: «*The Court considers that Article 8 is applicable to the applicants' complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives, which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents (see E.L.H. and P.B.H. v. the United Kingdom, nos. 32094/96 and 32568/96, Commission decision of 22 October 1997, DR 91-A, p. 61; Kalashnikov v. Russia (dec.), no. 47095/99, ECHR 2001-XI; Aliev v. Ukraine, no. 41220/98, § 187-89, 29 April 2003; and Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, § 7172, ECHR 2007-I)*».
- 18 Corte Edu, Grande Camera, decisione del 4 dicembre 2007, ric. 44362/04, *Dickson c. The United Kingdom*, cit., punto 70: «*The Court observes that although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference. In addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private and family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private and family life even in the sphere of the relations of individuals between themselves.*»

Le norme sovranazionali, una volta riconosciuto e garantito il diritto di (sposarsi e di) costituire una famiglia, si rivolgono alle leggi nazionali per la regolamentazione del suo esercizio, sicché l'assenza di una specifica disciplina interna costituisce una lacuna nelle condizioni di esercizio di un diritto, che ne paralizza l'operatività. Richiamando qui le parole di Antonio Cicu, secondo le quali «non è possibile distinguere tra godimento ed esercizio del diritto dove la ragione dell'attribuzione del diritto è nel suo esercizio»<sup>19</sup>, la lacuna normativa municipale finisce per tradursi, come la stessa Corte di Strasburgo ha precisato<sup>20</sup>, in una ingerenza dello Stato nell'esercizio di tale diritto fondamentale, di cui va scrutinata l'ammissibilità ai sensi dello stesso art. 8 Cedu.

La previsione, com'è noto, circoscrive la giustificabilità di ingerenze degli Stati parti e delle pubbliche autorità nel diritto al rispetto della vita privata e familiare alla sussistenza di una previsione di legge che la contempra e alla necessità di tale misura per garantire interessi di rango sovra- o pari ordinato a quello limitato, non altrimenti tutelabili. Ma è la stessa Corte Edu ad aver osservato che il margine di apprezzamento concesso agli Stati nel rinvenire il punto di equilibrio tra interessi pubblici e interessi privati in conflitto varia ed è condizionato da diversi fattori (quali la natura delle attività vietate e lo scopo del loro interdetto), ma che, tuttavia, quando viene in rilievo un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità dell'individuo, come la scelta di diventare genitore genetico, tale margine di apprezzamento dovrebbe in via generale essere *limitato*<sup>21</sup>.

In conclusione non pare si possa ragionevolmente trovare fondamento giustificativo per l'ingerenza attuata dallo Stato italiano nei confronti del diritto delle coppie unite civilmente al rispetto della loro vita privata e familiare, nella sua specifica declinazione di diritto alla genitorialità – biologica o adottiva –, dal momento che essa non si profila come unico mezzo per tutelare interessi superiori o di pari rilevanza di altri soggetti. Non è ipotizzabile l'esigenza di una superiore protezione della salute o della morale né, restando nello spettro concettuale dell'art. 8 Cedu, la sussistenza di un supremo diritto della prole a non avere genitori se non eterosessuali e a non nascere se non all'interno di una coppia di genitori eterosessuali. D'altra parte la «protezione dei diritti e delle libertà» di altri soggetti in posizione pariordinata a quella delle coppie omoaffettive, quali possono essere altri adulti chiamati a contribuire alla realizzazione del progetto genitoriale con i propri gameti o con la gestazione per conto altrui, non trova il suo esclusivo e imprescindibile mezzo di tutela nella negazione del diritto al rispetto della scelta di divenire genitori. Come detto, il margine di apprezzamento dello Stato italiano, trattandosi della compressione di rilevante aspetto della personalità dell'individuo, appare ristretto, anche tenuto conto del crescente numero di Stati parti della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (e membri dell'Unione europea) che ammettono la genitorialità delle coppie *same-sex*.

Pertanto, acquisito *per tabulas* al nostro diritto positivo il riconoscimento delle coppie omoaffettive come formazioni sociali intermedie di tipo familiare, ai membri delle stesse va assicurato il riconoscimento e garantita la tutela dei diritti inviolabili che derivano dall'essere parte di detta comunità intermedia e dallo svolgersi in essa della loro personalità<sup>22</sup>.

---

*The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In particular, in both instances regard must be had to the fair balance to be struck between the competing interests (see Odievre v. France [GC], no. 42326/98, § 40, ECHR 2003III, and Evans, cited above, § 75)».*

19 Ricordate da Carlo Esposito nel saggio *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 135 ss., p. 143.

20 Nella rammentata (v. nota 14) decisione sul caso *Oliari et al. c. Italia* occupandosi più in generale del riconoscimento dei diritti delle coppie *same-sex*.

21 Corte Edu, Grande Camera, 14 aprile 2007, ric. 6339/05, *Evans c. the United Kingdom*, cit., punti 77 e 78: «*Since the national authorities make the initial assessment as to where the fair balance lies in a case before a final evaluation by this Court, a certain margin of appreciation is, in principle, accorded by this Court to those authorities as regards that assessment. The breadth of this margin varies and depends on a number of factors, including the nature of the activities restricted and the aims pursued by the restrictions (see Smith and Grady v. the United Kingdom, nos. 33985/96 and 33986/96, § 88, ECHR 1999 VI). Accordingly, where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake (such as the choice to become a genetic parent), the margin of appreciation accorded to a State will in general be restricted*».

22 Benché, invero, la lettera del 1° comma dell'art. 1 della legge sembri attribuire la qualifica di "specifica" formazione sociale solamente all'unione civile tra persone dello stesso sesso, non pare dubbio che – al di là dell'aggettivazione in termini di specificità – entro tale categoria vada sussunta pure la coppia di "conviventi di fatto" di cui al 36° comma dello stesso articolo. Quest'ultima previsione, nel connotare la fattispecie, richiama testualmente quei caratteri di stabilità, serietà, continuità del legame di coppia da cui sorgono rapporti di umana solidarietà e doveri di assistenza morale e materiale, ai quali la giurisprudenza costituzionale e ordinaria ha nel tempo ancorato l'identificazione delle comunità intermedie non coniugali alle quali riconoscere tutela ai sensi degli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale (cfr., ad es., Corte costituzionale, sentenza del 13-18 novembre 1986, n. 237 del 1986, in *G.U.*, 26 novembre 1986, n. 55, 1ª s.s.; Corte costituzionale, sentenza del 24 marzo-7 aprile 1988, n. 404, in *G.U.* n. 15 del 13 aprile 1988, 1ª s.s.; in Corte costituzionale, sentenza del 12-20 dicembre 1989, n. 559, in *G.U.* n.

Per tali coppie l'impossibilità procreativa è strutturale, ontologica, e superabile soltanto negando l'essenza, ossia la omoaffettività delle persone che la compongono. Imponendo, cioè, un radicale mutamento dell'identità dei singoli e della coppia riguardo all'orientamento di genere che ne connota l'individualità. Né, d'altra parte, questa condizione può assimilarsi ad una patologia, medicalmente accertabile, che comporta infertilità o sterilità, come indicato dalla legge in tema di procreazione medicalmente assistita. Nessuna delle due alternative è percorribile nel quadro del sistema costituzionale e convenzionale di tutela dei diritti inviolabili della persona.

In questa sorta di tenaglia normativa si può ritenere plausibile un intervento di ortopedia legislativa che, in omaggio al principio della interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, espunga dal testo dell'art. 5 della l. n. 40/2004 il riferimento alla eterosessualità delle coppie cui è consentito l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. In questo modo si darebbe applicazione al comma 20° dell'art. 1 della legge n. 76/2016 che estende, ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che contengono termini equivalenti a coniuge/i o che si riferiscono al matrimonio allo scopo di «assicurare l'effettività della tutela dei diritti (e il pieno adempimento degli obblighi) derivanti dall'unione civile».

In sostanza, si può tentare la via di un'interpretazione costituzionalmente orientata che, attraverso una *teleologische Reduktion*, espunga il riferimento all'eterosessualità della coppia e alla condizione di infertilità/sterilità in senso naturalistico.

A conforto della soluzione ermeneutica proposta può ricordarsi la lezione di chi osservava che «il senso di un testo può mutare non solo diacronicamente, in via di interpretazione evolutiva determinata dalle trasformazioni sociali e dalla storicità del nostro modo di intendere i valori, ma anche sincronicamente; e in quest'altro senso (...) in [ragione dei] diversi contesti applicativi, secondo le varie modalità e le mutevoli esigenze delle situazioni che volta a volta vengono a concretarsi nell'ambito normativo di un testo»<sup>23</sup>.

Altrimenti, come già sottolineato, l'interdizione alla genitorialità biologica delle coppie *same-sex* unite civilmente o che formano una «convivenza di fatto», trovando la propria ragione nell'orientamento sessuale degli individui che costituiscono siffatta formazione sociale intermedia e in essa vivono ed esplicano la propria personalità, risulterebbe in contrasto con gli artt. 2, 3, 31 e 32 della Costituzione e con le previsioni sovranazionali che affermano il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e art. 8 Cedu), il diritto di costituire una famiglia (art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e art. 12 Cedu), e con il divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale di cui all'art. 21 Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e all'art. 14 Cedu<sup>24</sup>.

### 3. Il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita

Prima di passare alla specifica questione del consenso alle tecniche di pma, pare opportuna una riflessione generale sulla strategia messa in campo e sugli obiettivi perseguiti dal legislatore in siffatta materia.

27 del 27 dicembre 1989, 1<sup>a</sup> s.s., cit.; Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, in *G.U.*, 21 aprile 2010, n. 16, 1<sup>a</sup> s.s.; Corte di cassazione civ., sentenza del 4 aprile 1998, n. 3503, in *Famiglia e diritto*, 4/1998, p. 333 ss., con nota di V. De Paola; Corte di cassazione pen., sez. V, sentenza del 17 marzo 2010, n. 24688, in *Foro italiano*, 2011, II, c. 385 ss.; Corte di cassazione civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, cit., nonché in Corte di cassazione, sez. civ. I, sentenza del 20 giugno 2013, n. 15481, in *Giustizia civile*, 2013, I, p. 1357 ss.; Corte di cassazione civ., sez. sentenza del I, 3 aprile 2015, n. 6855, in *Famiglia e diritto*, 6/2015, p. 553 ss., con nota di G. Ferrando). Salvaguardia che, se in un primo tempo ha massimamente riguardato le coppie eterosessuali, successivamente è stata affermata anche a favore delle coppie *same-sex* a partire dalla fondamentale pronuncia della Corte costituzionale 15 aprile 2010, n. 138, cit.. Il legislatore odierno tutela pure queste ultime, benché con diversa intensità a seconda che i componenti formalizzino il loro legame con la costituzione dell'unione civile ovvero si attestino su livelli di minore evidenza costituendo una «convivenza di fatto», per utilizzare la stravagante definizione normativa. Illustra efficacemente la condizione giuridica delle coppie omosessuali prima della legge n. 76/2016 la Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione sul caso *Oliari et al. c. Italia* (Corte edu, IV sezione, decisione del 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, cit.).

23 L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 22.

24 In altre parole alla luce dei principi e delle regole richiamati, in continuità con la giurisprudenza della Corte Edu sul diritto alla genitorialità anche con tecniche di procreazione medicalmente assistita come interesse fondamentale della persona e della coppia che trova il proprio fondamento normativo del diritto al rispetto della vita privata e familiare, la limitata accessibilità alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie omoaffettive e ai singoli va ritenuta un'irragionevole compressione ai diritti fondamentali di queste persone, in contrasto con il principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, e non giustificata dall'imprevedibile esigenza di tutelare in tal modo altri contrapposti interessi, altrimenti irrimediabilmente conculcati.



La legge n. 40 del 2004 regola la non-naturalità della vicenda procreativa; non-naturalità che si estrinseca in distacchi svariati rispetto al progetto biologico “ordinario”: nei confronti del compimento dell’atto sessuale tra gli aspiranti genitori per definizione espunto nella realizzazione della fecondazione “artificiale”; riguardo alla creazione dell’embrione *in vitro* ammettendo l’apporto di gameti altrui; in ordine alla sequenza procreativa prevedendo la possibilità di interrompere il procedimento con la crioconservazione dei gameti prelevati e dell’embrione eventualmente formato. Essa tenta di neutralizzare l’impatto di tale non-naturalità sia a livello simbolico sia a livello sistematico attraverso l’imposizione del rispetto del paradigma eterosessuale e monogamico della coppia tradizionale e la finzione della corrispondenza del procedimento di fecondazione assistita alla sequenza biologica naturale. Infatti, con una scelta di campo divisiva, la legge (nel suo impianto originario e in larga misura ancora in quello attuale) è volta ad affermare un unico modello di famiglia – quello eterosessuale coniugale o para-coniugale – e uno schema di costituzione del rapporto genitori-figli ricalcato sul canone della *imitatio naturæ*. Militano in questa direzione le previsioni sui requisiti soggettivi di accesso (art. 5), quelle sui divieti e le sanzioni (art. 12), sullo stato giuridico del nato (art. 8), sul divieto di disconoscimento della paternità e di anonimato della madre (art. 9), sull’assenza di legame giuridico con il donatore di gameti (art. 9), nonché, sia pure con qualche incrinatura, quella sul consenso (art. 6).

Volgendoci, quindi, allo studio del tema indicato, vengono in rilievo, oltre all’art. 6 sul consenso informato, gli articoli 8 e 9 relativi alle ricadute del consenso in ordine alla formazione del legame di genitorialità con il nato e al suo stato giuridico.

L’art. 6, cui nella normativa secondaria si riconnette il decreto del Ministro della Giustizia 28 dicembre 2016, n. 265<sup>25</sup>, ha quale caposaldo l’informazione che deve precedere e supportare la formazione di un consenso consapevole da parte di coloro che richiedono l’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>26</sup>.

L’avvio della metodica da parte della coppia richiede l’estremo altamente simbolico dell’*assenso congiunto* dei *partner*; al contrario la revoca può intervenire da parte di ciascuno, titolare di un potere di veto del procedimento eventualmente già avviato. La revoca può essere manifestata *fino al momento della fecondazione dell’ovulo* (comma 3°, ult. p.); sicché successivamente la coppia – e la donna aspirante gestante – non potrebbe sottrarsi alla prosecuzione della procedura fecondativa, dovendo subire l’impianto degli embrioni.

Regola, quest’ultima, lesiva dell’autodeterminazione della donna e della coppia, alla quale si sono opposti i giudici di merito e sulla cui legittimità costituzionale è stato invocato il giudizio della Corte. Sia nella sentenza n. 151 del 2009, sia nella pronuncia n. 84 del 13 aprile 2016 essa ha ritenuto la questione inammissibile. Nella più recente decisione i giudici delle leggi hanno affermato il carattere meramente ipotetico, e non attuale, della sua rilevanza<sup>27</sup>, ritenendo la questione di impatto meramente pratico

25 «Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell’art. 6, comma 3, l. 19 febbraio 2004, n. 40», in *G.U.*, 17 febbraio 2017, n. 40.

26 L’informazione, rilasciata da personale medico, ha ad oggetto vari elementi (metodi, problemi bioetici, effetti collaterali sanitari e psicologici, probabilità di successo e rischi, conseguenze giuridiche, con particolare riguardo allo stato giuridico del nato e al divieto di disconoscimento del padre e di anonimato della madre; possibilità di alternative costituite dall’adozione o dall’affidamento dei minori; costi) e deve essere chiara, dettagliata, analitica, costante.

27 Essa ha osservato che «del resto, il giudice *a quo* – dopo aver sottolineato che la prescrizione di cui all’art. 6 in esame, “già di per sé sprovvista di sanzione per l’ipotesi di violazione, è stata ulteriormente sfumata dalla deroga, introdotta dalla pronuncia della Corte, al divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni, in tutti i casi in cui il medico rilevi fondati rischi per la salute della donna nel procedere al loro impianto” – ammette che gli “aspetti problematici [che] residuano”, in ordine a detta disposizione, prescindono da un concreto collegamento alla vicenda per cui è causa, essendo, a suo avviso su un piano generale, attinenti ad un “profilo pratico-operativo” (evidentemente, di per sé però estraneo alla *quaestio legitimitatis*) e ad un “profilo sistematico”, e cioè a quel “fine di dare coerenza al sistema” in relazione al quale già la sentenza n. 151 del 2009 ha dichiarato manifestamente inammissibile, per difetto di rilevanza, la pressoché identica questione di legittimità costituzionale dell’art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004». Nella fattispecie il dubbio di costituzionalità concerneva un asserito contrasto del 3° comma dell’art. 6 con gli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost. così motivato: «secondo la prospettazione del rimettente, la previsione che il consenso al trattamento di PMA non possa essere revocato dopo la fecondazione dell’ovocita, contenuta in detta norma, rappresenterebbe una palese violazione del principio regolativo del rapporto medico/paziente, poiché il paziente verrebbe espropriato della possibilità di revocare l’assenso al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico-fisica, avuto riguardo anche al momento particolarmente delicato dell’attività medica, atteso che il trattamento, tutt’altro che concluso, verrebbe a trovarsi in una fase intermedia a cui necessariamente seguirebbe il momento essenziale culminante del trasferimento in utero del materiale prodotto. (...) Ad avviso del Tribunale fiorentino – ancorché la ricorrente (dopo iniziale rifiuto) si fosse poi determinata ad effettuare il trattamento di PMA, utilizzando l’ultimo embrione (di media qualità) dei dieci da essa complessivamente prodotti – anche la riferita seconda questione manterrebbe la sua rilevanza, per avere l’interessata manifestato l’intenzione di ripetere il trattamento di PMA (non avendo quello precedente ottenuto l’esito sperato), con riserva, però, di decidere (in quel successivo contesto) se sottoporsi o meno al trasferimento in



(e sistematico) e non significativo ai fini dello scrutinio di costituzionalità. Sia pure incidentalmente hanno sottolineato come la forza precettiva del divieto di revoca del consenso oltre il momento della fecondazione dell'ovulo appaia sbiadita per due ordini di ragioni: l'assenza di sanzione dell'eventuale violazione; la caducazione del divieto di crioconservazione degli embrioni ad opera della sentenza n. 151 del 2009, da cui implicitamente si trarrebbe la sostanziale neutralizzazione della prescrizione.

Tuttavia qualche perplessità sulla irrilevanza – anche operativa – della norma limitativa della revoca del consenso proviene dal citato d.m. n. 265 del 2016 che, tra gli elementi minimi di conoscenza necessari ai fini della formazione del consenso informato per la richiesta di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, riporta (lett. q) proprio l'estremo della «possibilità di revoca del consenso da parte dei richiedenti fino al momento della fecondazione dell'ovulo»: segno inequivocabile della perdurante vigenza, almeno per il Governo, della prescrizione contenuta nella fonte primaria.

Ciò testimonia di un approccio del legislatore che mantiene tratti di invasività e di prescrittività nei confronti degli individui coinvolti e, in particolare, della donna aspirante-gestante. Un approccio poco rispettoso delle sensibilità individuali e di coppia, delle condizioni personali, della libertà di ciascuno di assumere le decisioni relative ai trattamenti sanitari cui sottoporsi e dell'autodeterminazione del singolo e della coppia riguardo alla sfera esistenziale (procreativa, corporea) e allo specifico progetto procreativo diviso.

Nonostante l'esito negativo delle istanze sollevate dai giudici *a quo*, è lecito dubitare della conformità ai principi costituzionali della regola richiamata che limita ad una certa fase del procedimento la revocabilità del consenso<sup>28</sup>.

Al di là di tale contraddittorio aspetto legato all'esegesi dell'art. 6, la disciplina del consenso alla sottoposizione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita merita una particolare attenzione da parte dell'interprete per la peculiare significatività che la manifestazione di volontà acquista nella vicenda generativa e nella formazione del vincolo di filiazione. La sua rilevanza, invero, oltrepassa il pur delicato aspetto dell'assenso alla incisione della corporeità e della salute psico-fisica degli interessati che il trattamento biomedico imprescindibilmente esige connotando l'assunzione della genitorialità in maniera peculiare, che si distacca per molti versi dalla regolamentazione di diritto comune.

Ascrivendo la vicenda procreativa all'artificialità propria della tecnica e del sapere scientifico la legge n. 40/2004 proietta, infatti, la traiettoria del consenso oltre l'ordinario terreno della sottoposizione alla metodica fino ad incidere sul suo esito, sulla generazione. La genitorialità ottenuta tramite procreazione medicalmente assistita si connota in senso eminentemente *volontaristico*.

Come si vedrà meglio in seguito, l'art. 8 stabilisce che i figli nati dalla *coppia* che ha *espresso la volontà* di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita *ai sensi dell'art. 6* acquistano, a seconda della condizione degli ascendenti, lo stato di figli nati nel matrimonio ovvero di figli riconosciuti. L'art. 9 manifesta un'ulteriore ultrattività del consenso alle metodiche, ove nella specie si tratti del ricorso alla procreazione di tipo eterologo, impedendo, rispettivamente, al padre intenzionale l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità o l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, e alla gestante di avvalersi della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita. Così facendo non soltanto si fissa sul consenso a suo tempo espresso l'elemento determinante per l'acquisto della genitorialità, ma altresì si interdice la possibile emersione dell'assenza di coincidenza genetica tra ascendente/i e nato, vieppiù catalizzando e, per così dire, scaricando sulla *scelta* il farsi del rapporto genitore-figlio.

---

utero del materiale prodotto, solo in esito alla indagine genetica preimpianto, sullo stesso, che ne avesse confermato la qualità».

28 I parametri di scrutinio sono gli artt. 2, 13, 32 della Carta costituzionale, e la previsione dell'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che sancisce il rispetto, nell'ambito della medicina e della biologia, del *consenso libero e informato della persona interessata*. Benché l'enunciato prosegua con la precisazione «secondo le modalità definite dalla legge», non vuole con ciò dire che le modalità sancite dal legislatore interno possano giungere a restringere la portata della regola generale di rango apicale al punto da ritenere superfluo il consenso libero e informato dell'interessato ai fini della sottoposizione dell'individuo a trattamento biomedico. La statuizione allude, piuttosto, alla riserva di legge che deve assistere le previsioni che individuano le concrete modalità di espressione della volontà del singolo.

#### 4. Regole di diritto comune e regole di diritto speciale per l'assunzione della genitorialità?

Prima di considerare l'aspetto della responsabilità genitoriale di *single*, conviventi e parti unite civilmente è opportuno volgere l'attenzione su un profilo per così dire intermedio e di sutura dell'indagine, costituito dalle regole che presiedono alla determinazione della genitorialità nel nostro ordinamento al cospetto delle novità impresse dalla legge in materia di unioni civili e convivenze.

La regolamentazione è dislocata su diversi plessi normativi, costituiti dal codice civile, dalla legge in materia di adozione, da quella in tema di procreazione medicalmente assistita. Di detta disciplina si intende qui vagliare in primo luogo l'eventuale comune riconducibilità a criteri direttivi omogenei di cui sono espressione le previsioni codicistiche, ovvero se il rapporto tra le diverse norme si atteggi piuttosto in termini di specialità vs. generalità, risultando esse informate a criteri ispiratori e paradigmi differenti, ovvero se sia ipotizzabile un differente modo di atteggiarsi tra loro. In seconda battuta va verificata l'idoneità del complessivo ordito normativo a ricomprendere l'intera fenomenologia dei rapporti di filiazione in fatto riscontrabili nell'esperienza contemporanea.

Nel codice civile la genitorialità (maternità e paternità) viene contemplata secondo una tassonomia ad andamento binario che si può sintetizzare nella formula "dentro o fuori del matrimonio", modellata sul calco della derivazione biologica e dunque riservata esclusivamente alla dualità uomo/donna. Segnatamente, all'interno del matrimonio si fonda sulla volontarietà presunta, basata sulla supposta corrispondenza genetica per l'uomo e sulla corrispondenza genetica-parto per la donna; al di fuori del matrimonio sulla volontarietà (non presunta ma) manifestata attraverso il riconoscimento, o consegnata alla dichiarazione giudiziale orientata alla corrispondenza genetica per il padre e a quella biologica (non necessariamente genetica) per la madre.

Su questa trama regolamentare, fin troppo nota, non è il caso di soffermarsi se non per alcune considerazioni.

Il meccanismo basato sull'alternativa dentro/fuori il matrimonio risulta oggi insoddisfacente rispetto alla situazione della genitorialità realizzata da coppie eterosessuali conviventi-di-fatto che abbiano siglato un contratto di convivenza ai sensi della l. n. 76/2016. Riguardo ad esse nel silenzio del legislatore speciale dovrebbe essere richiamata la disciplina di diritto comune. Verosimilmente, facendo reagire i due plessi normativi e visto che i genitori non sono uniti in matrimonio, si dovrebbe dar luogo all'applicazione delle previsioni sulla filiazione fuori del matrimonio e dunque richiamare lo strumento del riconoscimento (o della dichiarazione giudiziale di paternità e/o maternità<sup>29</sup>). Ma può dubitarsi della bontà di una simile soluzione che esclude l'operatività della presunzione di paternità, appannaggio della filiazione dentro il matrimonio, specie se si pone mente al fatto che nella fattispecie in esame v'è un *quid pluris* non irrilevante, ossia la conclusione del contratto di convivenza: atto formale necessariamente collegato ad un sistema di pubblicità/opponibilità ai terzi che riguarda anche le vicende del rapporto tra i *partner* e il suo scioglimento. Tenuto conto di ciò sarebbe preferibile applicare *in via analogica* la regola della presunzione di paternità alla prole nata in costanza di contratto di convivenza tra i *partner* (eterosessuali). La diversità di trattamento rispetto alle coppie coniugate può rivelarsi non giustificabile alla luce dell'art. 3 e dell'art. 2 Cost., non emergendo l'esigenza di tutelare interessi confliggenti e di pari o superiore rango intestati a soggetti diversi dalla coppia e dal nato.

Altra riflessione che il sistema codicistico sollecita concerne la disciplina relativa alla filiazione fuori del matrimonio. Come s'è detto, nel codice civile l'attribuzione della paternità si struttura sul paradigma volontaristico del riconoscimento o, in mancanza, sull'attribuzione giudiziale della genitorialità che si orienta sul criterio della corrispondenza genetica tra figlio e padre. Per la maternità, invece, in mancanza del riconoscimento la dichiarazione giudiziale si fonda sulla dimostrazione (della gestazione e) del parto di quel determinato bambino da parte della donna<sup>30</sup>.

29 Per un caso di richiesta in via cautelare della compagna superstite di accesso al materiale biologico del *partner* convivente, deceduto a gravidanza già avviata, per procedere all'accertamento giudiziale della paternità v. Tribunale di Milano, ordinanza del 31 maggio 2016, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 11/2016, I, p. 1473 ss., con nota di R. Siclari, *Dichiarazione anagrafica di convivenza ed accesso del concepito all'accertamento preventivo della paternità*.

30 Il sistema imperniato sul riconoscimento (o, in mancanza, sull'accertamento giudiziale della paternità o maternità) nasce in un'epoca in cui le unioni stabili extramatrimoniali erano fenomeni straordinari sotto svariati profili, sicché criterio affidabile su cui fondare il sistema dell'attribuzione della genitorialità era quello della volontà dell'ascendente. L'accertamento giudiziale della paternità si basava sulla corrispondenza genetica tra ascendente e discendente e conseguiva o in via induttiva tramite la constatazione di fatto della notoria convivenza come coniugi della madre e del presunto padre al tempo del concepimento; o da indiretta evidenza da sentenza; o tramite dichiarazione inequivoca del presunto padre; o su elementi quali il ratto o la violenza carnale al tempo del concepimento; o, ancora, sul possesso di stato di figlio naturale (art. 269 c.c.).

Al riguardo vale la pena di riflettere sulla previsione dell'art. 269 c.c. e, segnatamente, sull'enunciato del 3° comma che contiene la regola appena richiamata sulla prova della maternità. La formulazione ricalca nella sostanza quella del previgente art. 272, il quale richiedeva, com'è noto, la dimostrazione dell'identità tra chi assume di essere figlio e colui che venne partorito dalla donna, la quale «si assume esserne la madre».

A ben vedere all'epoca della formulazione del codice civile v'era piena corrispondenza nei criteri su cui si basava l'accertamento della genitorialità per l'uomo e per la donna in assenza dell'estremo volontario del riconoscimento, ossia la derivazione genetica. Per la donna il dato di evidenza veniva individuato nel parto: elemento inoppugnabile lungo una teoria di secoli nei quali la scienza medica non aveva raggiunto lo stadio di conoscenze e di tecniche su cui si fonda oggi la metodica della fecondazione extracorporea e del successivo trasferimento dell'embrione nell'utero della gestante. Tant'è che la stessa Carta costituzionale all'art. 30, nel dettare la riserva di legge per la disciplina relativa alla ricerca della paternità e per i limiti alla stessa, fa riferimento soltanto alla paternità: così inequivocabilmente attestando la vigenza del brocardo *mater semper certa est* e la incrollabile univoca derivazione di detta certezza dal parto<sup>31</sup>. Infatti secondo la prescrizione del codice non è il parto che va dimostrato, ma l'identità tra il bambino partorito da quella gestante e il soggetto che richiede l'accertamento della genitorialità materna. L'indiscutibilità del nesso biunivoco tra premessa e conseguenza viene confermata, sotto altra prospettiva, dalla regola che ammette la puerpera a manifestare la propria volontà di non essere nominata nella dichiarazione di nascita (art. 30, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396).

Lo scollamento tra gestazione-parto e coincidenza genetica in ordine alla donna è un portato delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di cui il legislatore sembrerebbe non aver preso atto.

La regola scolpita al 3° comma dell'art. 269 comporta l'obliterazione del criterio della corrispondenza genetica tra la gestante e il nato che può verificarsi con l'uso di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, e rispetto alla genitorialità "codicistica" crea una difformità di disciplina con il criterio della corrispondenza genetica applicato all'uomo. La previsione rappresenta, inoltre, un ostacolo indiretto al riconoscimento della maternità genetica in talune ipotesi di gestazione/gravidanza per altri<sup>32</sup> o gestazione/gravidanza d'appoggio (GPA o GDA).

L'insufficienza della prescrizione a dare adeguata tutela a forme di genitorialità "atipica" se si vuole restare ai paradigmi codicistici è evidente. A meno di non voler valorizzare il disposto del 2° comma dell'art. 269 c.c. riferito alla possibilità di dare la prova della maternità (così come della paternità) *con ogni mezzo*.

In altri termini, se lo strumento di prova della maternità (= il parto) non è in relazione biunivoca con l'essenza che intende dimostrare (= chi è madre) poiché tale qualità può essere attestata con strumenti probatori diversi dal parto, il problema si sposta sulla definizione della figura in questione e sugli elementi che valgono a costituirlo nell'ordinamento dato.

Come si è accennato a proposito della rilevanza ed efficacia del consenso alla sottoposizione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e si proverà a dire in seguito scandagliando talune previsioni della legge n. 40/2004, l'irruzione dell'artificialità nel processo generativo ha comportato un mutamento nell'apprezzamento giuridico della maternità e paternità: adesso, dal punto di vista normativo, non più concetti assoluti, ma *relazionali*.

La maternità, in particolare, che finora sembrava esserlo, va anch'essa declinata nei confronti del/la bambino/a di cui si intende accertare il legame giuridico. Detto altrimenti, non è un *a priori*, ma una qualità che acquista a seguito di un procedimento. In esso bisogna valutare la rilevanza del consenso ai fini dell'acquisto della genitorialità e verificare se, nel sistema complessivamente inteso, il *fatto* della procreazione sia considerato come mero impulso per la produzione degli effetti, per il resto demandati alla volontà legislativa, ovvero se abbia rilevanza – in varia intensità – il momento volontaristico. Sul punto si tornerà (§ 6).

31 Per l'affermazione che il 3° comma dell'art. 269 c.c. si basi «sul presupposto della procreazione con mezzi naturali, ove la madre genetica e la gestante non possono che essere la stessa donna», sicché non potrebbe applicarsi al caso della fecondazione eterologa con ovodonazione v. L. Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, cit., p. 1708 (e ivi nota 6).

32 Questa seconda accezione è motivatamente e condivisibilmente preferita da B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismi.it*, 1/2017, II, p. 183 ss., p. 194.

## 5. Segue

Altro plesso normativo da sottoporre a scrutinio è la legge in tema di procreazione medicalmente assistita. In essa l'approccio binario e duale del codice civile (dentro/fuori; uomo/donna) che si fonda sul canone biologico viene per molti versi scardinato dalla *prevalenza dell'elemento volontaristico* su quello biologico, il quale in misura più o meno marcata può assumere carattere recessivo. L'incidenza dell'artificio sulla natura, preponderante nella fase della costituzione del processo generativo, tende poi a richiudersi in un recupero dell'*imitatio naturæ* nella fase della formalizzazione del rapporto di filiazione grazie all'inedita ultrattività del consenso cui s'è accennato.

Due previsioni sono specificamente dedicate al nostro tema. L'art. 8 presenta un enunciato con due diverse chiavi di lettura: la prima è quella di tipo sistematico che riconduce i figli generati tramite procreazione medicalmente assistita ad un ordine binario non pienamente coincidente con quello codicistico (e costituzionale) dei figli nati nel matrimonio o fuori di esso. Invero in questa seconda ipotesi la categoria dei figli nati fuori del matrimonio subisce una torsione in senso finalistico con la metamorfosi *ex lege* di *figli riconosciuti* della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche. Quindi: figli nati nel matrimonio / figli *tout court* riconosciuti. La seconda chiave di lettura è quella, di tipo immediatamente precettivo – anche se disapplicata nella prassi –, per cui la volontà manifestata dalla coppia di persone eterosessuali conviventi di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita – e non revocata – ha una valenza ultrattiva, proiettandosi sul nato come volontà di riconoscimento di quest'ultimo. In certo modo la fattispecie si avvicina a quella del riconoscimento del nascituro di cui all'art. 254 c.c. e all'art. 44, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, con la particolarità di essere stavolta un riconoscimento effettuato *congiuntamente* dai futuri genitori e *prima* che il procedimento fecondativo abbia avvio.

L'art. 9 prende esplicitamente in esame la tecnica che presenta – tra quelle oggi ammesse – il più alto tasso di artificiosità, ossia la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Essa può anche essere bilaterale e quindi avvicinarsi, almeno per ciò che concerne l'aspetto della corrispondenza genetica tra ascendenti e figlio, alla genitorialità adottiva, integralmente fondata sull'elemento volontaristico.

La previsione, il cui tenore letterale non ha subito aggiornamenti a seguito delle riforme intervenute in tema di filiazione né delle pronunce dell'Alta Corte, fa riferimento al consenso *desumibile anche per fatti concludenti* del coniuge o del convivente all'accesso alle tecniche di tipo eterologo, e dunque va oggi corretta interpretativamente, riportando la fattispecie alla regola del consenso espresso e congiunto di entrambi i componenti della coppia, di cui all'art. 6. Il contenuto precettivo che segue è tutto nel segno della prevalenza della scelta di genitorialità a suo tempo assunta nella consapevole deficienza dell'elemento della corrispondenza genetica con il futuro nato: così per il figlio nato all'interno del matrimonio al genitore è interdetta l'azione di disconoscimento della paternità<sup>33</sup>.

Il donatore di gameti<sup>34</sup>, d'altra parte, non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato (verosimilmente nemmeno in caso di esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità da parte del figlio medesimo: art. 244, penult. comma, c.c.; né di contestazione dello stato di figlio: art. 248), non può far valere nei confronti di quest'ultimo alcun diritto, né essere titolare di obblighi (art. 9, ult. comma). *Lo stesso non andrebbe sempre affermato* per l'ipotesi speculare della *donatrice di ovociti*. La soluzione positiva va ribadita qualora costei effettui una donazione altruistica, giacché intende rinunciare al rapporto di genitorialità con il futuro nato a favore della madre gestante/intenzionale<sup>35</sup>. A diversa conclusione dovrebbe *in thesi* pervenirsi in presenza di una sorta di autodonazione, eseguita nel quadro di un percorso procreativo comune con la propria compagna (unita civilmente, convivente): qui si staglia una condotta rilevante ai fini della assunzione della genitorialità e dell'instaurazione del legame di filiazione con il/la nato/a.

Come già ricordato, nei confronti della donna che abbia dato alla luce un figlio facendo ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, sia di tipo omologo sia di tipo eterologo, l'art. 9 pone il divieto di avvalersi della facoltà di non essere nominata nella dichiarazione di nascita.

Altro comparto di regole da richiamare è, infine, quello concernente la genitorialità/filiazione adottiva: anche per esso va vagliata la continuità con le prescrizioni codicistiche. Al riguardo una prima linea di discontinuità appare evidente: l'adozione si fonda sull'elemento volontario e presuppone l'assenza di legami genetici e/o biologici tra genitore e figlio.

33 La cui disciplina non è più quella ancora richiamata dell'art. 235 c.c., abrogato, ma va riportata agli artt. da 243-bis a 247 c.c.

34 In tema cfr. M. Basile, *I donatori di gameti*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, p. 223 ss.

35 In questo senso, puntando l'attenzione sul profilo dell'assenza di responsabilità di chi effettua la donazione del materiale genetico con esclusiva finalità solidaristica, v. A. Sassi, *Azioni di stato*, in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*<sup>2</sup>, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le persone e la famiglia*, 4, Milanofiori Assago, 2018, p. 351 ss., p. 361.



Nell'adozione piena la norma di riferimento è l'art. 27, l. n. 184/1983, che, com'è noto, stabilisce che il bambino adottato acquista lo stato di figlio *nato nel matrimonio* degli adottanti. In questa ipotesi non è il caso di parlare di finzione giuridica, ma di una filiazione nel matrimonio fondata esclusivamente sulla volontà dei genitori adottivi (e acconsentita dal minore nei casi in cui abbia raggiunto l'età di quattordici anni) ritenuta apprezzabile nell'esclusivo interesse del minore da parte del tribunale che pronuncia la sentenza.

Nell'adozione in casi particolari la genitorialità degli adottanti (se coniugati: art. 44, 3° comma) o dell'adottante (nei casi di cui alle lett. a), c), d)) è fondata sull'elemento volontario (con il consenso dell'adottando se quattordicenne, e l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando, in certi casi superabile: art. 46) positivamente apprezzato dal tribunale in vista della realizzazione del miglior interesse del minore.

Qui la possibile mancanza dello stato di coniugato da parte dell'adottante fa sì che si abbia una genitorialità monoparentale volontaria *sui generis*, non rientrante a rigore nella categoria della genitorialità fuori del matrimonio se non in senso meramente e latamente descrittivo, dal momento che non si assiste né a un riconoscimento, né a una dichiarazione giudiziale a mente dell'art. 269 c.c.

Considerando le prescrizioni della legge n. 40/2004 può osservarsi come esse, riguardo al nato, mirino a garantire una indefettibile bigenitorialità (eterosessuale), che si costituisce sin dall'espressione del consenso congiunto di accedere alle tecniche; volontà che può essere revocata soltanto fino al momento della fecondazione dell'ovulo (salvo rifiuto di sottoposizione all'impianto dell'embrione e crioconservazione dello stesso, o *tout court* disapplicazione della regola). In questo senso va intesa la previsione dell'art. 8, che fa ottenere al bambino automaticamente la condizione di figlio riconosciuto, senza bisogno della apposita dichiarazione di ciascuno dei genitori non coniugati. E così pure quelle dell'art. 8 e dell'art. 9 sul divieto di disconoscimento della paternità e di avvalersi della facoltà di non essere nominata della puerpera.

## 6. L'assunzione della genitorialità: prime possibili conclusioni

Provando a tirare le fila del discorso, per quanto concerne gli aspiranti genitori le prescrizioni della legge sull'adozione e quelle della legge in tema di procreazione medicalmente assistita esaminate esibiscono una marcata accentuazione dell'elemento volontaristico rispetto a quello biologico. Nella legge n. 40/2004 la scelta di sottoporsi alle tecniche di fecondazione artificiale viene proiettata nel futuro come se la nascita fosse già avvenuta, superando possibili ripensamenti, specie in caso di ricorso alle tecniche di tipo eterologo. In quest'ultima evenienza addirittura la genitorialità assume una preponderante valenza volontaristica, residuando per la gestante l'estremo "naturale" della gravidanza e del parto che riportano la fattispecie al modello tradizionale su cui si fonda, nel codice civile, la costituzione del legame giuridico con il nato. E va sottolineato come il ritorno alla "naturalità", scandito e determinato dall'avvio della gravidanza, segni per la donna il riaprirsi del potere di scelta sulla gestazione che in certo modo l'accesso alle tecniche restringe significativamente.

Non si deve necessariamente parlare di *finzione giuridica* nel caso della procreazione di tipo eterologo, come se il modello unico fosse quello della derivazione genetica, cui gli altri devono comunque riportarsi, pena l'irrelevanza giuridica. Piuttosto va detto che il sistema della genitorialità nella procreazione medicalmente assistita va – in quanto tale – coordinato a quello codicistico secondo una linea di equiordinazione. Per meglio dire, la genitorialità attuata tramite procreazione assistita si *aggiunge*, con il suo carico di volontarietà, a quella fondata sul canone di derivazione genetico-biologica propria del codice civile e la arricchisce di nuovi contenuti.

All'interno del matrimonio si avrà una genitorialità biologica, una genitorialità volontario-biologica in cui la proporzione dei due elementi è variabile a seconda delle circostanze del caso concreto, e una genitorialità meramente volontaria. Nella legge n. 40/2004 l'elemento volontario è sempre preminente su quello squisitamente naturale pure se si fa ricorso a tecniche di tipo omologo. D'altra parte si potrà dare una filiazione non geneticamente correlata ai genitori (per via di doppia eterologa), ma da ricondurre alla categoria della filiazione all'interno del matrimonio, con un tasso di volontarietà analogo a quello della genitorialità adottiva.

La filiazione fuori del matrimonio può allo stesso modo presentarsi come irrelata geneticamente alle figure parentali e tuttavia essere filiazione "riconosciuta", in quanto frutto di una precisa non revocata volontà di attuare il progetto procreativo comune con il/la *partner*.

In conclusione emerge un sistema basato su un articolarsi plurale di elementi che danno vita alla genitorialità in un *mix* variabile di fattualità e di volontà, di natura e di artificio.

Si può affermare l'esistenza, nell'ordinamento dato, di diversi modi per acquisire la qualità di madre, e quindi *plurimi concetti di maternità*: maternità biologica tradizionale, che coniuga dato genetico e dato gestazionale; maternità adottiva, che prescinde dal dato biologico (genetico e gestazionale) e si fonda sul dato squisitamente volontario; maternità attuata tramite il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Quest'ultima categoria può prevedere sia una maternità biologica tradizionale, sia una maternità solo gestazionale (in caso di fecondazione eterologa, con seme di una donatrice), sia una maternità genetica<sup>36</sup> e volontaria (quando altra donna, ad es. la propria *partner*, porta avanti la gravidanza nel quadro di un progetto procreativo comune; ovvero quando si ricorre alla gestazione per conto altrui con embrione formato con l'ovulo della madre intenzionale), sia una maternità solo volontaria, affine a quella adottiva, che si ha quando si ricorre alla gravidanza per altri e l'embrione è formato con ovulo di una donatrice.

Lo stesso può dirsi per la *paternità*, che può distinguersi in paternità genetica naturale; genetica tramite tecniche di procreazione medicalmente assistita; volontaria tramite tecniche di procreazione medicalmente assistita; volontaria tramite adozione.

Tornando all'interrogativo se le previsioni richiamate rappresentino delle deroghe alle regole generali, di diritto comune, del codice civile, ovvero se esse costituiscano dei microsistemi che esprimono logiche in parte antitetiche rispetto a quelle codicistiche, le quali, pertanto, non sempre sono richiamabili in via estensiva o analogica, l'analisi condotta porta a declinare il rapporto tra le prescrizioni in tema di acquisto della genitorialità non in termini di regola/eccezione, né di diritto comune/diritto speciale, bensì di *coesistenza* di sistemi differenti basati su logiche peculiari, *non riducibili a sintesi unitaria*. Sicché in mancanza di disposizioni in un microsistema non si farà ricorso automaticamente alle previsioni di diritto comune, ma bisognerà vedere di volta in volta se sussistano i presupposti per una loro applicazione in via analogica.

Quanto al secondo interrogativo, emergono lacune non bagatellari.

Manca, come s'è detto, l'attenzione del legislatore per la genitorialità all'interno della coppia eterosessuale convivente con contratto di convivenza, che dovrebbe essere assimilata, per le ragioni già dette, alla coppia coniugata rispetto alla formalizzazione del rapporto di genitorialità realizzato sia *in vivo* sia *in vitro*. E forse anche per quella della coppia (eterosessuale) convivente con registrazione anagrafica della comune residenza.

Manca, ancor di più, la genitorialità "sommersa" delle coppie omoaffettive, da quelle ufficializzate con la celebrazione dell'unione civile a quelle a formalizzazione via via digradante con contratto di convivenza, con residenza anagrafica comune, conviventi *de facto*<sup>37</sup>.

Manca la considerazione degli effetti della gestazione/gravidanza per altri (GPA) o gestazione/gravidanza d'appoggio (GDA)<sup>38</sup>.

Il giurista, tuttavia, registra l'esistenza di famiglie e legami genitoriali sommersi che reclamano riconoscimento e tutela.

Si pone in tutta la sua asprezza la questione se non dell'*an* comunque dei modi per l'acquisizione alla giuridicità e la formalizzazione di legami di genitorialità/filiazione *atipici* nella loro genesi, nelle modalità realizzative, nella loro configurazione concreta. Una prassi che non intende scardinare il paradigma binario (biologico) tradizionale, ma ottenere uguale dignità senza dover essere costretta entro lo schema di una mono-genitorialità formale che copre una genitorialità *plurale*.

36 Per l'affermazione che la lettura dell'art. 269, 3° comma, c.c., come norma dalla valenza probatoria e non costitutiva può condurre a riconoscere la maternità soltanto genetica tramite dichiarazione giudiziale cfr. L. Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, cit., p. 1714, p. 1717. Cfr. altresì S. Stefanelli, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Famiglia e diritto*, 1/2017, p. 83 ss., spec. p. 95 s.; *Ead.*, *Procreazione e diritti fondamentali*, e *Grado di accertamento e titoli costitutivi*, entrambi in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, nel *Trattato dir. civ.*, diretto da R. Sacco, *Le persone e la famiglia*, 4, Milanofiori Assago, 2018, rispettivamente p. 93 ss., e p. 221 ss.; A. Sassi, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, e *Azioni di stato*, anch'essi in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*<sup>2</sup>, cit., p. 3 ss., e p. 351 ss.

37 Su tali profili nel contesto antecedente all'emanazione della legge 20 maggio 2016, n. 76, sia consentito rinviare al nostro *Coppie sterili o infertili e coppie same-sex. La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2015, p. 203 ss.. Per una panoramica centrata sul dato normativo aggiornato v. A. Arceri, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 958 ss.

38 Sul punto oltre al suggestivo saggio di B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, cit. (nota 31), si v. M. Gattuso, *La surrogazione di maternità o gestazione per altri (GPA)*, in G. Buffone, M. Gattuso, M.M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, cit., p. 271 ss.

## 7. La responsabilità genitoriale di single, conviventi, coppie unite civilmente, ovvero la responsabilità parentale nelle famiglie atipiche e/o sommerse

Il divieto di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per singoli e per le coppie ad orientamento omoaffettivo, al di là dei dubbi di costituzionalità che solleva, determina l'esistenza di rapporti genitoriali costituiti all'estero ove tali pratiche sono ammesse. Essi faticosamente, a volte in maniera intermittente, ottengono riconoscimento nel nostro ordinamento o attraverso la trascrizione dell'atto di nascita costituito all'estero che intesta la genitorialità ai due *partner* della coppia gay o lesbica, ovvero tramite l'adozione: o pronunciata direttamente dalle corti interne a mente dell'art. 44, lett. d), l. adoz., ovvero ammettendo che nel nostro ordinamento si producano gli effetti del provvedimento straniero. Per la articolata illustrazione di tali questioni si rimanda alle riflessioni svolte dagli altri relatori.

Nei molti casi in cui ciò non si realizza, il rapporto con la prole trova riconoscimento formale in capo al genitore geneticamente o biologicamente correlato al bambino, e si svolge in via di puro fatto con l'altro. Si assiste ad una mono-genitorialità formale che si sovrappone a una genitorialità *plurale* che rappresenta la realtà della vita del bambino e della coppia, ma alla quale l'ordinamento stenta a dare riconoscimento, lasciandola mutilata.

L'esigenza di dare copertura giuridica a tali rapporti per salvaguardare il superiore interesse del minore<sup>39</sup> alla protezione e alla cura necessari per il suo armonico sviluppo, per garantire la coincidenza tra vissuto e identità personale giuridicamente affermabile in ogni contesto dell'esistenza del bambino, per tutelarlo dal punto di vista successorio, previdenziale, socio-sanitario, scolastico, della rete di parenti e affini, e via discorrendo, è affermata dalla Corte EDU in numerose decisioni che danno rilievo ai rapporti familiari di fatto (*de facto family ties*)<sup>40</sup> e che mettono in primo piano il diritto del minore alla sua vita privata e familiare, al riconoscimento e al consolidamento formale della sua identità personale nei diversi contesti sociali e familiari in cui si svolge la sua personalità<sup>41</sup>.

Tralasciando lo scrutinio delle strategie seguite dalle nostre Corti per conseguire o quantomeno avvicinarsi a tale risultato, tema oggetto di altre relazioni, ci si limita a mettere in evidenza alcuni *leit-motiv* che emergono nel dibattito odierno, e rispetto ai quali si può nutrire qualche perplessità.

Il canone della bigenitorialità viene, ad esempio, inteso di frequente in senso assoluto sia dal punto di vista biologico che da quello giuridico, e lo spettro delle figure parentali insuscettibile di aprirsi alla rilevanza giuridicamente apprezzabile di soggetti che abbiano partecipato al progetto procreativo (come nel caso di genitorialità realizzata, all'interno di una coppia eterosessuale, mediante il ricorso alla GPA, con ovulo della madre sociale) e/o che condividano l'esperienza genitoriale. Titolarità ed esercizio della responsabilità genitoriale sembrano non potersi allargare oltre la dualità della coppia.

Si tratta di un approccio ideologico alla questione, basato sul paradigma eterosessuale delle relazioni affettive e familiari – sia in senso orizzontale, sia nel suo sviluppo verticale – e sulla ineluttabile binarietà del modello genitoriale (due *partner* eterosessuali, due genitori), semmai riducibile in senso monogenitoriale, ma mai espandibile in senso plurale.

Sottostante è il pregiudizio naturalistico: la biologia nella sua primigenia strutturazione, non sfiorata da alcun progresso scientifico, e assunta così com'è, in presa diretta, come dato grezzo, non accompagnata da adeguata riflessione sul suo senso e sulla sua portata una volta che l'uomo, essere senziente,

39 Sulle possibili declinazioni della clausola generale del superiore interesse del minore v. di recente le riflessioni di L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2016, p. 86 ss.

40 Così, ad es., Corte Edu, decisione del 13 giugno 1979, ric. 6833/74, *Marckx c. Belgio*, § 31; Corte Edu, decisione del 27 ottobre 1994, *Kroon et al. c. Paesi Bassi*, § 30; Corte Edu, Grande Camera, decisione del 22 aprile 1997, ric. 21830/93, *X, Y e Z c. Regno Unito*, §§ 36, 37; Corte Edu, decisione del 12 luglio 2001, ric. 25702/94, *K. e T. c. Finlandia*, § 150; Corte Edu, Sezione II, decisione del 1° giugno 2004, ric. 45582/99, *L. c. Paesi Bassi*, § 35; Corte Edu, Grande Camera, decisione del 19 febbraio 2013, ric. 19010/07, *X et al. c. Austria*, §§ 95, 96; Corte Edu, Sezione II, decisione del 27 gennaio 2015, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, § 67; Corte Edu, Grande Camera, decisione del 24 gennaio 2017, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, §§ 148, 149, tutte reperibili su <http://hudoc.echr.coe.int>.

41 Cfr., ad es., Corte Edu, V sezione, decisione del 26 giugno 2014, ric. 65192/11, *Mennesson c. France*, punto 80; Corte Edu, V sezione, decisione del 26 giugno 2014, ric. 65941/11, *Labassee c. France*, punto 56, entrambe reperibili su <http://hudoc.echr.coe.int>.

In dottrina offre una disamina, condotta sotto lo spettro della salvaguardia del preminente interesse del minore, della situazione della prole all'interno delle coppie unite civilmente e di quelle conviventi "di fatto" secondo la legge n. 76/2016 E. Quadri, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, cit., spec. p. 571 ss.

razionale, evoluto, entra in contatto e governa, per molti versi, la natura, così come avviene nella progredita società contemporanea.

Seppure il modello della bigenitorialità sia prevalente e ad esso vada il *favor* del legislatore e degli interpreti, tuttavia non se ne dovrebbe trarre un dogma.

Per un verso la realtà si incarica di ricordarci che esiste ed è diffusa una genitorialità monoparentale. Per altro verso alcune linee di faglia nella (asserita) compattezza del sistema fanno propendere per l'ammissibilità di una pluralità di figure genitoriali dal lato materno e da quello paterno sia nel senso di una co-maternità o una co-paternità, sia nel senso di un possibile incremento di figure genitoriali oltre il paradigma binario.

Tenuto conto che il principio-guida è quello della cura e della protezione del minore, come si ricava dalla Costituzione, non è da ipotizzare una preclusione aprioristica a dette soluzioni, la cui ammissibilità va valutata caso per caso in funzione dell'atteggiarsi della situazione concreta e in vista della realizzazione del migliore interesse della prole.

Un superamento del paradigma binario delle figure parentali si ha nella disciplina dell'adozione dei minori, nell'ipotesi dell'art. 44, lett. b), qualora il figlio abbia entrambi i genitori biologici e venga adottato dal coniuge di uno di essi. Vero è che la responsabilità parentale si concentra sulla coppia dei coniugi (art. 48, l. adoz.), ma ai sensi dell'art. 316 c.c. al genitore che non esercita la relativa responsabilità compete sempre il potere di vigilare sull'educazione, istruzione, e sulle condizioni di vita del figlio. Ed è pure ammesso che l'esercizio della responsabilità venga ripreso dal genitore ove cessi quello dell'adottante (art. 50). La legge n. 184/1983, d'altra parte, salvaguarda la continuità delle relazioni affettive consolidate tra il bambino e la famiglia affidataria sia quando il minore rientri nella famiglia d'origine, sia quando venga adottato da altra famiglia, in vista della protezione e della salvaguardia della posizione del bambino («se rispondente all'interesse del minore»): art. 4, comma 5-ter.

Nel silenzio del legislatore – il ddl S. 1320 sulla delega all'esercizio della responsabilità genitoriale<sup>42</sup> non è mai arrivato all'esame del Parlamento o delle Commissioni e certamente non sarà approvato in questo ultimo scorcio di legislatura – è tuttavia ammissibile il ricorso all'autonomia privata e si possono ipotizzare dunque negozi di tipo familiare con cui il o i genitori legali diano vita con il genitore degli affetti ad accordi analoghi a quelli ammessi in Francia con la cosiddetta *délégation partagée*<sup>43</sup>.

In definitiva nel sistema dato sta alla sensibilità dell'interprete riuscire a fornire risposte duttili e adeguate ai bisogni di tutela che emergono in questo frastagliato scenario.

Viene in evidenza un panorama familiare *reale* mortificato dall'ingabbiamento in regole inchiodate su un modello di genitorialità che si vuole statico, immutabile, inscalfibile e non scalfito dall'emersione di interessi individuali e di coppia, che si pongono in più o meno marcato dissenso rispetto a paradigmi valoriali imposti autoritativamente.

42 Di iniziativa dei senatori Manconi, Palermo, Lo Giudice, del 19 febbraio 2014, prevede l'introduzione di un titolo VII-bis nel libro I del codice civile relativo alla *delega all'esercizio della responsabilità genitoriale*, comprendente tre nuovi articoli, dal 290-bis al 290-quater. Nel primo, in particolare, è contemplato che «I genitori congiuntamente, ovvero il solo genitore esercente la responsabilità in caso di morte, decadenza dall'esercizio della responsabilità o mancato riconoscimento da parte dell'altro genitore, possono, con ricorso e secondo la procedura di cui al secondo comma, richiedere al tribunale nella cui circoscrizione risiede il minore, di delegare una persona maggiorenne, che non si trovi nelle condizioni di cui all'articolo 330 e che vi consenta, all'esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti del medesimo minore. La dichiarazione di volontà del genitore può essere espressa anche mediante testamento. (...)».

43 Art. 377-1 *code civil*: «La *délégation*, totale ou partielle, de l'autorité parentale résultera du jugement rendu par le juge aux affaires familiales. Toutefois, le jugement de *délégation* peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers *délégitaire*. Le *partage* nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. La présomption de l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les *délégitants* et le *délégitaire*. Le juge peut être saisi des difficultés que l'exercice *partagé* de l'autorité parentale pourrait générer par les parents, l'un d'eux, le *délégitaire* ou le ministère public. Il statue conformément aux dispositions de l'article 373-2-11».