

RIVISTA CRITICA

DEL

Anno XLII - 1
Marzo 2024
Trimestrale

DIRITTO PRIVATO

ISSN 1123-1025

Estratto

JOVENE EDITORE NAPOLI

Libertà e autodeterminazione nei nuovi orizzonti del diritto di famiglia

Federico Azzarri*

...l'interessante della vita è sempre stato proprio nelle differenze

J. Saramago, *Storia dell'assedio di Lisbona*

SOMMARIO: 1. Artificialità del diritto di famiglia. – 2. *Queer as Law*. – 3. Famiglie multigenitoriali e filiazioni per accordo. – 4. Adozioni aperte. – 5. La *Verantwortungsgemeinschaft*: un nuovo istituto (anche) per le unioni poliaffettive? – 6. Il riconoscimento dello *status* dei nati all'estero da gestazione per altri e l'equivoco metodologico italiano. – 7. I diritti riproduttivi. – 8. Una premessa lessicale e giuridica a un discorso sulla gestazione per altri. – 9. Problematizzare la *commodification*, oltre la mistica della dignità.

1. L'esplorazione di modi dello stare insieme nuovi e, almeno per alcuni, «più abitabili» di quelli a cui il canone giuridico o sociale ha conferito il crisma della normalità induce a rivedere le precomprensioni e i pregiudizi che spesso ipotecano il dibattito sui contenuti e i limiti degli schemi codificati dal diritto, oltre che sul pluralismo stesso delle esperienze familiari¹.

Simili questioni, infatti, come ha osservato un'attenta sociologa, appartengono a tal punto ai fenomeni di lunga durata, e ai tratti distintivi di una cultura e di una società, che «ciò che viene sperimentato più spesso è la loro ovvietà»: col risultato che ogni scostamento dai consolidati paradigmi finisce per sembrare «innaturale e rischioso»², perché capace di mettere in discussione strutture che, tuttavia, in sé non hanno niente di “naturale”, essendo, anzi, frutto di precise edificazioni normative. Dovrebbe, infatti, essere ormai acquisito come sia la norma – sociale, religiosa, giuridica – a costruire la famiglia, senza recepire nel sistema una regola preesistente allo stesso, ma, viceversa, selezionando, di volta in volta, «cosa della “natura” è considerato socialmente legittimo [...] e ciò che non lo è»³.

Eppure, è ancora molto forte, per non dire sicuro, il rischio che l'argomento naturalistico, nell'interpretazione delle categorie e delle regole del diritto delle persone e della famiglia, venga adoperato per le-

* La consultazione delle fonti straniere è stata resa possibile dall'ospitalità della Biblioteca del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht di Amburgo, alla quale va il ringraziamento dell'autore.

¹ È la prospettiva su cui invita a riflettere, ancorché da un'angolazione non strettamente giuridica, M. Murgia, *Dare la vita*, a cura di A. Giammei, Milano, 2024, 14 s.

² C. Saraceno, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2012, 28.

³ C. Saraceno, *op. cit.*, 22.

gittimare esiti retrivi⁴, autoritari e, non di rado, oppressivi dei gruppi che, ponendosi al di fuori di un presunto ordine naturale delle cose, non rientrano nei modelli precettivi dominanti⁵.

Da tale rischio non è del resto immune nemmeno lo stesso art. 29 C., il quale solo attraverso una raffinata lettura⁶ può salvarsi dall'insidiosa contraddizione – richiamata anche da Calamandrei in Assemblée costituente⁷ – di descrivere la famiglia come una «società naturale» salvo poi ravvisarne, al contempo, il fondamento nel matrimonio, ossia in un istituto positivo che presenta una conformazione contingente e mutevole, a seconda della regolamentazione che il legislatore può, di volta in volta, apprestargli in vista di uno specifico disegno di politica del diritto⁸.

E proprio con riguardo al matrimonio, si pensi al frusto tentativo di giustificare la negazione del diritto di sposarsi delle coppie dello stesso sesso facendo leva sulla potenziale finalità procreativa che sarebbe insita soltanto nell'unione tra persone di sesso diverso. Tale motivazione, giuridicamente inconsistente e ormai anche materialmente oppugnabile, grazie alle tecnologie riproduttive, deve infatti la sua lunga e immeritata fortuna⁹ alla surrettizia capacità di offrire, attra-

⁴ Ancora impeccabile resta, in tal senso, la critica di M. Bessone, *Art. 29, in Comm. Cost.* a cura di G. Branca, Art. 29-34, Bologna-Roma, 1976, 8 ss., a quelle malintese letture giusnaturaliste dell'art. 29 C. volte a patrocinare, a livello costituzionale, disegni di politica del diritto caratterizzati da «autoritarismo maritale e paterno, indissolubilità del matrimonio inteso come forma esclusiva di “società naturale” giuridicamente protetta, discriminazioni della prole illegittima e una opposizione radicale a qualsiasi modalità di integrazione *ab externo* dei contenuti dell'educazione familiare». Sul punto, v. anche S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, 117 ss.

⁵ In tema, v. A. Röthel, *Natur als Normbegründung. Familienrechtliche Fallstudien und Folgerungen*, in A. Röthel, B. Heiderhoff (Hrsg.), *Geschlecht im Familienrecht - eine überholte Kategorie?*, Frankfurt am Main, 2023, 222, che parla di “retorica del naturale” a proposito dell'espedito di motivare la validità di certe norme del diritto di famiglia adducendone un preteso fondamento naturalistico, sì da rendere in tal modo la natura stessa “rappresentante” dell'ordinamento giuridico: se nonché, come si evince anche dai casi di studio passati in rassegna dall'A., il sistema che si vorrebbe per quella via delineare non rispecchierebbe, in realtà, alcun ordine fisico, antropologico o universale destinato, in quanto tale, a imporsi agli esseri umani, esprimendo, piuttosto, nient'altro che un ordine sociale, e dunque “etico”, il quale, però, in forza della sua pretesa naturalità, aspirerebbe nondimeno a restare immune a ogni cambiamento e a essere difeso anche contro la libertà individuale e l'eguaglianza delle persone.

⁶ Quale, specialmente, quella di M. Bessone, *op. cit.*, *passim*.

⁷ *Atti Ass. Cost.*, seduta del 23 aprile 1947, p. 3283. Sulla genesi della previsione costituzionale, v. l'attenta ricerca di P. Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della “società coniugale” in Italia*, Milano, 2011, 501 ss.

⁸ V. Calderai, E. Stradella, *Genere e Costituzione italiana: la famiglia*, in V. Bonini, V. Calderai, E. Catelani, A. Sperti, E. Stradella, *Diritto e genere nella prospettiva europea*, Napoli, 2021, 30.

⁹ Basti pensare che essa compare, oltre che in alcune trattazioni recenti della dottrina, pure nella celebre decisione Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in «Foro it.», 2010, I, 1361, con note di R. Romboli e di F. Dal Canto.

verso il dato biologico, una veste apparentemente laica, e dunque teoricamente accettabile da tutti, a una concezione del matrimonio, invece, ancora profondamente incardinata nella dimensione confessionale, ove tale consorzio è appunto creduto ordinato «per sua natura» alla generazione ed educazione della prole (can. 1055)¹⁰.

Ma utilizzi impropri delle suggestioni naturalistiche, onde schermare visioni conservatrici, affiorano perfino in alcune recenti decisioni della Corte costituzionale, la quale, chiamata a esprimersi sulla legittimità delle norme che tuttora impediscono alle coppie formate da due donne di accedere alla fecondazione eterologa, ha sorprendentemente ritenuto «non [...] arbitraria o irrazionale» l'idea che «una famiglia *ad instar naturae*» – ossia, principalmente, formata da genitori eterosessuali – «rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato», salvo poi dover evidentemente ammettere come tale opinione sia, in realtà, del tutto slegata da «certezze scientifiche» o anche solo da «dati di esperienza»¹¹.

Siffatti condizionamenti, peraltro, non affliggono solo i titoli formali dei rapporti di famiglia – come vedremo di nuovo a proposito dello *status* dei nati all'estero da gestazione per altri – ma ne investono pure gli assetti concreti. Per esempio, ricordando una controversa iniziativa che ambiva a contrastare la denatalità in Italia, è stato sottolineato come, a tal fine, si sarebbero piuttosto rese necessarie energie politiche pubbliche realmente capaci di agevolare l'indipendenza economica e la condizione occupazionale delle donne che decidono di avere figli, sì da smettere di considerarle, invece, come «pezzi del welfare» in quanto istintivamente votate alla cura di bambini e anziani¹².

¹⁰ Sui fondamenti del matrimonio canonico, v. J. Hahn, *The Catholic Concept of 'Family' in the Secular State*, in N. Dethloff, K. Kaesling (eds.), *Between Sexuality, Gender and Reproduction. On the Pluralisation of Family Forms*, Cambridge, 2023, 95 ss.

¹¹ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in «Nuova giur. civ. comm.», 2020, I, 548, con nota di I. Barone; Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, in «Nuova giur. civ. comm.», 2021, I, 362, con commento di G. Ferrando, *ivi*, II, 417. Tornano qui in mente le parole con cui P. Bonfante, *Riforma del diritto ereditario*, in Id., *Scritti giuridici vari*, I, *Famiglia e successione*, Torino, 1916, 564, proponendo una riduzione dei gradi di parentela rilevanti ai fini della successione *ab intestato*, auspicava che, in tal modo, la legge divenisse «lo specchio della vita, anziché delle nostre tradizioni e delle nostre superstizioni».

¹² M. Murgia, *op. cit.*, 7 s.; e, in tal senso, v. già S. Rodotà, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in «Pol. dir.», 1975, 662 s. In questa “privatizzazione” del lavoro di cura (v. nt. seguente), e nella sua prevalente allocazione in carico alla donna, si ravvisano altresì i cascami di una visione istituzionale della famiglia, ancora non del tutto accantonata, secondo cui le norme che la riguardano, e gli assetti che determinano, sarebbero, anzitutto, rivolti al perseguimento di finalità di tipo pubblicistico e trascendenti lo stesso gruppo familiare. L'esponente più autorevole di tale impostazione, che culminava non a caso con l'enfaticizzazione dell'indole pubblicistica del diritto di famiglia, era stato Antonio Cicu, che l'aveva illustrata compiutamente nella prolusione maceratese del 1914 (*Lo spirito del diritto familiare*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, II, Milano, 1965, 123 ss.), conferman-

La notazione, che coglie senz'altro nel segno, può essere letta anche alla luce delle più sensibili analisi dedicate al lavoro domestico dentro la famiglia, il cui scarso regime legale, oltre a disconoscere il valore produttivo del lavoro di cura, e a rappresentare uno dei tratti emblematici della specialità del diritto di famiglia, disvela, invero, tutti i limiti di una dogmatica alimentata dalla coriacea trasmissione di consuetudini e stereotipi di genere che, nella loro parvenza di naturalità, finiscono tacitamente per sovrastare i principi informativi stessi del vincolo coniugale, quali la solidarietà e la consensualità dell'indirizzo della vita comune, anche rispetto all'equa ripartizione dei carichi all'interno della coppia, inducendo, così, ad assumere come implicito un dato, invece, tutto da verificare, ossia quello dell'esistenza «dentro e fuori la famiglia» di un potere di negoziazione delle donne sempre e comunque realmente paritario¹³.

2. Se la *queerness* è la «scelta di abitare sulla soglia delle identità [...], accettando di esprimere di volta in volta quella che si desidera e che promette di condurre alla più autentica felicità relazionale»¹⁴, anche la struttura dei rapporti familiari può, allora, esserne rivisitata, poiché le identità che vi partecipano non sono soltanto quelle riconducibili alla soggettività individuale (come l'identità di genere o l'orientamento sessuale), ma anche quelle che traspaiono dal legame instaurato con altre persone al di là dei «ruoli binari dettati dai poteri della legge (marito-moglie, estinto-erede) e del sangue (genitore-prole, fratello-sorella)»¹⁵.

done poi i tratti essenziali anche in occasione del passaggio dalla codificazione ottocentesca a quella del 1942 (Id., *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, ivi, 145 ss.; Id., *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, ivi, 157 ss.), e facendoli ancora risuonare pure nelle riflessioni più propriamente tecniche, come quelle sul fondamento dell'indissolubilità del matrimonio (Id., *Sull'indissolubilità del matrimonio*, ivi, 233 ss.) e sul valore costitutivo della pronuncia dell'ufficiale di stato civile nella celebrazione delle nozze (Id., *Ancora sulla natura giuridica dell'atto di celebrazione del matrimonio civile*, ivi, 289 ss.).

¹³ M.R. Marella, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, in «Pol. dir.», 2023, 379; e, più diffusamente, Ead., *Lavoro domestico nella famiglia*, in «Enc. dir. I Tematici», IV, *Famiglia*, diretto da F. Macario, Milano, 2022, 660, 657, che individua, tra le leve per un'analisi giuridica del tema, da un lato, la consueta divisione sessuale del lavoro domestico all'interno dei nuclei familiari, la quale tende pertanto a riproporre quelle dinamiche di discriminazione di genere che gravano sullo *status* economico di chi, tradizionalmente, lo svolge in prevalenza, ossia le donne; e, da un altro lato, la duplice circostanza per cui l'attività di accudimento, oltre a essere totalmente «privatizzata», ossia affidata per intero alle famiglie, con inevitabili effetti sulla produzione della ricchezza familiare, è altresì essenziale alla riproduzione della società, denotando così un «fatto sociale di importanza capitale, che il diritto non può ignorare senza per ciò stesso perpetuare le distorsioni che la sua naturalizzazione (e marginalizzazione) genera». Per alcuni riferimenti, v. anche J. Long, *Donne e diritto civile*, in questa «Rivista», 2023, 97 ss.

¹⁴ M. Murgia, *op. cit.*, 28 s.

¹⁵ M. Murgia, *op. cit.*, 35.

Le potenzialità del discorso *queer* nello scardinamento dell'*identity politics* e del normativismo che ne discende sono peraltro da tempo note alla dottrina più vigile nello sconfessare le mitologie naturalistiche della famiglia e nell'evidenziare le angustie di dispositivi legali imperniati sulle combinazioni diadiche uomo/donna ed eterosessuale/omosessuale. Al contempo, la tentazione di un drastico rigetto di ogni indice di standardizzazione, funzionale all'elaborazione e all'applicazione delle regole giuridiche, non è priva di contraddizioni e controindicazioni.

In effetti, se la teoria *queer*, da un lato, ha reso visibili coloro che non si rispecchiano in codici binari che si collocano sullo sdruciolevole crinale del binomio regola/eccezione, e, per questa via, ha altresì evidenziato l'inadeguatezza delle norme che su tale contrapposizione invece si fondano, dall'altro lato, però, essa non sfugge nemmeno a qualche ambiguità operativa, là dove il rifiuto degli schemi e degli strumenti del diritto, pur mosso dalla sfiducia verso una legittimazione della sessualità affidata allo Stato, non dovesse tenere conto che quegli schemi e quegli strumenti sono nondimeno gli unici, in astratto, capaci, attraverso regole promozionali o tutelanti, di contrastare le discriminazioni e di assicurare l'effettività delle posizioni soggettive e relazionali¹⁶.

Più incoraggiante, allora, si rivela la prospettiva di chi, muovendo dalla constatazione della non unidirezionalità delle dinamiche sociali e culturali, intravede, semmai, la possibilità che sia proprio l'agnizione delle identità fin qui escluse, per quanto magari inizialmente imperfetta o addirittura insoddisfacente per gli interessati¹⁷, ad

¹⁶ A. Lorenzetti, *Diritto e queer: spunti di riflessione*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2019, 383 ss. Per un quadro di sintesi delle correnti della *queer theory* v. anche S. Falcetta, *Il ruolo del diritto nell'elaborazione teorica del movimento omosessuale occidentale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2016, 195 ss.

¹⁷ Si pensi alla vicenda dell'emersione, nel diritto tedesco, di una terza voce, sui registri dello stato civile, rappresentativa dell'identità delle persone intersessuali (su cui sia consentito rinviare al nostro *Identità sessuale e stato civile*, in questa «Rivista», 2018, 419 ss.). Dapprima, con una legge del 2013, tale istanza era stata infatti accolta semplicemente con la previsione che l'atto di nascita del minore intersessuale potesse non indicarne l'appartenenza al genere maschile o femminile (c.d. *Offenlassen*: § 22 III PStG a.F.). In seguito, grazie a una sentenza del Tribunale costituzionale del 2017, il legislatore aveva invece introdotto l'ulteriore possibilità, per la persona intersessuale, di avvalersi di una terza voce (*divers*) alternativa a *weiblich* e *männlich* (§ 22 III PStG), circoscrivendo, tuttavia, tale diritto alle sole ipotesi in cui l'intersessualità fosse non solo "percepita", ma attestata da vere e proprie varianti dello sviluppo sessuale (§ 45b PStG a.F.) (dovendo, altrimenti, il soggetto che volesse rimuovere o mutare il proprio genere anagrafico ricorrere alla procedura prevista dal *Transsexuellengesetz*). Infine, queste innovazioni, per quanto incomplete, hanno comunque contribuito a promuovere un'intera riforma della materia, avvenuta con un recentissimo provvedimento – il *Selbstbestimmungsgesetz* (SBGG) del 19 giugno 2024 – che ha abrogato il *Transsexuellengesetz* e introdotto una più semplice procedura unitaria, di tipo amministra-

aprire una prima (ancorché parziale e insufficiente) breccia nel sistema onde propiziare, poi, più ampi processi di riforma *queer* degli istituti giuridici¹⁸.

Anche una famiglia *queer*, del resto, non può fare probabilmente a meno del diritto (o meglio: di una rivendicazione normativa), se vuole sottrarre alle complicazioni della quotidianità, oltre che all'ingiusto stigma dell'equivocità e del sospetto, le sue "filiazioni d'anima", ossia quei legami di fatto, dai contenuti – di cura, accudimento, sostegno – analoghi a quelli idealmente tipici delle filiazioni codificate, che possono instaurarsi con persone diverse dai genitori legali sul presupposto della libera e reciproca scelta di tutti i soggetti coinvolti, della concretezza, anche economica, dell'impegno genitoriale e, primariamente, dell'interesse dei figli rispetto all'ipotesi di avere più di due genitori¹⁹.

tivo, onde consentire alle persone transessuali, intersessuali e non binarie, mediante una dichiarazione da rendere all'ufficio dello stato civile, di modificare la loro registrazione anagrafica di genere e il loro nome sulla base, soltanto, del principio di autodeterminazione, ossia senza che vengano a tal fine richieste attestazioni mediche o trattamenti sanitari di alcun tipo.

¹⁸ M.R. Marella, «Queer Eye for the Straight Guy». *Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, in «Pol. dir.», 2017, 407, che immagina, per esempio, che i «*ménages* same-sex possano condurre allo stravolgimento e alla cancellazione dei ruoli di genere in rapporto alla divisione del lavoro di cura», oltre che, più in generale, contribuire a una ridefinizione del regime giuridico del matrimonio (anche eterosessuale) tale da renderlo «più "erotico" e meno destinato alla procreazione» (essendo in quell'ottica che, storicamente, se ne spiegano taluni tratti regolativi, a cominciare dalla tralatizia ricostruzione dell'obbligo di fedeltà in termini di fedeltà sessuale).

In effetti, anche all'indomani della legge italiana sulle unioni civili, ampia parte della dottrina notò come i più rilevanti scollamenti che il legislatore aveva (talora goffamente) impresso al nuovo istituto, onde marcarne una pretesa differenza ontologica dal matrimonio, rappresentassero, in realtà, un sensibile miglioramento dello *status* della coppia unita civilmente, rispetto a quello della coppia coniugata, senza, tuttavia, offuscare in alcun modo la piena comunanza assiologica tra le due formazioni. Non a caso, fu generalmente auspicato dai commentatori che venissero estese anche al matrimonio talune scelte legislative – come quelle in materia di età minima per contrarre l'unione, di cognome, di obblighi personali e di scioglimento – che apparivano più moderne e consone a un vincolo che dovrebbe trarre la propria legittimazione unicamente dalla sua attitudine a soddisfare le reciproche aspettative dei coniugi circa il benessere e l'appagamento che credono di poter trarre dalla vita in comune. Cosicché, oggi, la giusta rivendicazione per l'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali – prospettiva, a nostro avviso, non preclusa al legislatore né semplicemente rimessa alla sua discrezionalità, bensì, invero, costituzionalmente necessaria – non dovrebbe, comunque, accontentarsi soltanto di una mera rimozione della discriminazione basata sull'orientamento sessuale, ma dovrebbe, piuttosto, necessariamente puntare anche a una contestuale e più estesa riforma dell'istituto matrimoniale che recepisce almeno le più avanzate soluzioni che avevano caratterizzato le unioni civili, posto che, altrimenti, il "prezzo" dell'eguaglianza e della pari dignità, per le coppie omosessuali, consisterebbe nel passare da una formazione "riservata" a una formazione irragionevolmente meno libera di quella di cui dispongono attualmente.

¹⁹ M. Murgia, *op. cit.*, 37 ss.

Ora, l'eventualità di un'apertura del diritto italiano a una disciplina della filiazione che possa contemplare la condivisione della posizione genitoriale tra più di due persone appare, al momento, assai poco realistica, non tanto, o non solo, per le rilevanti questioni tecniche che richiederebbe di affrontare, quanto, prima ancora, per le intuitivi forti resistenze che essa susciterebbe in sede legislativa²⁰.

Altrove, però, il tema trova già qualche riscontro ordinamentale, e invita quindi l'interprete a una necessaria riflessione²¹.

3. È il caso degli Stati Uniti, dove, sebbene le *Multi-Parent Families* siano ancora una realtà alquanto circoscritta, la letteratura ha da qualche anno iniziato a interessarsene in misura crescente. In parte, la maggior attenzione al fenomeno, e la tendenza ad associarlo alle famiglie LGBTQ+, è dipesa dall'espansione delle tecnologie riproduttive, la cui attuazione può, in alcuni casi, indurre la coppia che vi fa ricorso a tributare il ruolo di terzo genitore al soggetto che ha reso possibile la nascita del figlio, ossia il donatore o la donatrice di gameti, nella fecondazione eterologa, o la gestante, nella gestazione per altri; senza contare, poi, che, ove sia stata intrapresa la particolare tecnica della terapia sostitutiva mitocondriale (*mitochondrial replacement therapy*), il figlio già alla nascita avrà tre genitori biologici.

A ben vedere, però, la multigenitorialità è suscettibile di connotare un più ampio raggio di ipotesi, nelle quali rientrano sia le famiglie che, di solito per le ragioni anzidette, vogliono includere, fin dalla loro formazione, più di due genitori, sia le famiglie nelle quali, invece, è solo nel corso del tempo che compaiono altri soggetti candidati ad assumere, anche giuridicamente, la qualificazione genitoriale. Infatti, le *Multi-Parent Families* «may exist when a child has two legal parents and one or more additional individuals who assert claims based on functional parent doctrines²² – that is, doctrines that extend parental

²⁰ Segnalano R. Probert, R. Pimm Smith, L. Smith, J. Harwood, *Cretney and Probert's Family Law*, 11. ed., Sweet & Maxwell, 2023, 215 s., come il tema suscitò «considerable disagreement» tra, da un lato, coloro che ritengono che le discipline ordinarie della filiazione rappresentino «a restricted and conservative view of parenthood that is rooted in and reflects the limitations of heterosexual reproduction, which necessarily involves only two people», e, da un altro lato, coloro che, invece, temono che la multigenitorialità possa preludere a una serie di conflitti suscettibili di ripercuotersi negativamente sui minori.

²¹ Per una prima panoramica, v. J. Heaton, A. Kemelmajer, *Family Forms and Family's Functions - A Comparative Perspective*, in J. Heaton, A. Kemelmajer (eds.), *Plurality and Diversity in Law. Pluralité et diversité en droit. Family Forms and Family's Functions. Formes familiales et fonctions de la famille*, Cambridge, 2023, 1 ss.

²² Sulle *functional parent doctrines*, v. l'ampio studio, corredato da numerosi dati statistici, di C.G. Joslin, D. NeJaime, *How Parenthood Functions*, in «Columbia Law Review», 2023 (vol. 123), 319 ss.; e, degli stessi Autori, *Social Parenthood in the United States*, in C. Huntington, C.G. Joslin, C. von Bary (eds.), *Social Parenthood in Comparative Perspective*, New York, 2023, 116 ss., dove si mette in luce

rights to an individual based on the conduct of having formed a parent-child relationship and functioned as a parent, regardless of whether the person is a biological or adoptive parent»²³.

La legislazione di diversi Stati nordamericani consente espressamente alle corti di fondare vincoli di filiazione che facciano capo a più di due genitori: il Connecticut, per esempio, ammette che i giudici possano stabilire che un figlio debba avere più di due genitori quando il mancato riconoscimento di tale rapporto cagionerebbe un pregiudizio al minore – ipotesi, quest’ultima, che si verifica specialmente là dove risulti dannoso l’allontanamento del bambino dal soggetto con cui ha convissuto stabilmente e che, per un periodo significativo, ha provveduto ai bisogni materiali e psicologici, di cura e di affetto, dello stesso²⁴. Una corrispondente previsione, tra l’altro, la si trova poi, a seguito di un emendamento del 2013, anche alla lettera (c) del § 7612 del California Family Code, mentre l’eventualità che le corti possano costituire la filiazione anche in capo a chi sia «*de facto parent*» di un minore che pure abbia già due genitori legali è del pari prevista, ispirandosi ad analoghe normative del Delaware e del Maine, dal § 609 dell’Uniform Parentage Act (2017), allorquando siano integrati i seguenti requisiti: che il richiedente abbia regolarmente convissuto nell’ambiente domestico del minore per un periodo rilevante; che si sia impegnato in maniera significativa nella cura dello stesso; che abbia assunto appieno e stabilmente le responsabilità genitoriali senza alcuna attesa di un compenso economico; che abbia trattato il minore come fosse un figlio proprio; che abbia intrattenuto col minore un legame assimilabile, per intensità e contenuti, a quello che vi è tra genitori e figli naturali; che tale legame sia stato incoraggiato o supportato da un altro genitore del minore; che la prosecuzione di questo rapporto, infine, risponda al miglior interesse del minore²⁵.

La letteratura evidenzia la varietà dei frangenti in discorso.

Di base, può esservi, come anticipato, la volontà della coppia (etero od omosessuale) che accede a una tecnica di riproduzione assistita di estendere il rapporto genitoriale alla persona che, avendo donato i gameti o assunto la gravidanza, abbia permesso la nascita del figlio. Non di rado, poi, la multigenitorialità ha una valenza in un certo senso rimediabile, contribuendo a riparare all’assenza, o addirittura agli abusi e alle mancanze, dei genitori legali, e rendendo così più stabili e

come la domanda di riconoscimento di *social parents* sia strettamente connessa ad alcuni indicatori demografici che segnalano il numero significativo di figli che nascono da genitori non sposati o che comunque in seguito hanno divorziato.

²³ C.G. Joslin, D. NeJaime, *Multi-Parent Families, Real and Imagined*, in «*Fordham Law Review*», 2022 (vol. 90), 2561 ss., 2565 s.

²⁴ *Conn. Gen. Stat.*, § 46b-475 (c).

²⁵ Si tratta di un documento elaborato dall’Uniform Law Commission, un ente non-profit che, attraverso le sue proposte di legislazione su varie materie, promuove l’uniformità del diritto statale tra i vari Stati della Federazione.

meno conflittuali le vite dei minori interessati²⁶. Altre volte, invece, la multigenitorialità consente al genitore naturale di instaurare un rapporto di filiazione con un proprio figlio biologico che, però, sia nato da una donna coniugata e risulti pertanto, sulla base delle presunzioni legali, anche figlio del marito di quest'ultima; in simili circostanze, infatti, le corti appaiono riluttanti a rimuovere la paternità di colui che, pur non essendo padre biologico del minore, si sia nondimeno comportato come tale, avendo convissuto a lungo con lo stesso e avendone provveduto alla cura e al mantenimento. Ancora, la multigenitorialità può poi permettere al nuovo partner o al nuovo coniuge del genitore di un minore, che abbia già un secondo genitore, di divenirne, anche giuridicamente, terzo genitore, allorquando, magari, i due abbiano condiviso per anni lo stesso ambiente familiare e l'adulto se ne sia a tal punto occupato da meritare un simile riconoscimento. In altri casi, invece, la multigenitorialità può servire ad ampliare il vincolo di filiazione a un soggetto (di solito, un parente o un amico di famiglia) che, pur non essendo coniuge o partner di uno dei due genitori, svolga nondimeno un ruolo di primo piano nell'accudimento e nel mantenimento del minore, come avviene in alcune comunità in cui i nonni si fanno in larga parte carico della crescita e del sostentamento dei nipoti. In altre situazioni, ancora, la multigenitorialità può invece accompagnarsi alle unioni poliamorose, là dove i due genitori concordino di crescere il figlio assieme ai loro comuni partner. E, infine, la multigenitorialità rappresenta un'opzione anche allorquando si voglia consolidare e mantenere il legame stabilitosi con qualcuno, per esempio un affidatario, che sia intervenuto in maniera significativa, a supporto morale e

²⁶ V. ancora C.J. Joslin, D. NeJaime, *Multi-Parent Families*, cit., 2575 ss., che hanno esaminato nel dettaglio le pronunce emesse dalle corti dello Stato della Virginia occidentale, il quale, agli occhi degli Autori, acquisisce una specifica valenza di caso di studio, non avendo recepito l'Uniform Parentage Act, né prevedendo una legislazione esauriente in tema di riproduzione assistita, laddove la giurisprudenza sulle famiglie omogenitoriali risulta poi alquanto scarsa; inoltre, il precedente *Clifford K. v. Paul S.* [619 S.E.2d 138 (W. Va. 2005)] della Suprema Corte statale accoglie una *functional parent doctrine*, imperniata sul concetto di *psychological parent*, che si presta particolarmente a essere riferita alle famiglie multigenitoriali, tant'è che, delle ventotto pronunce analizzate, ben ventisette concernono minori con più di due genitori. In estrema sintesi, il quadro che ne emerge è il seguente: dei ventisette casi vagliati, soltanto uno riguardava una famiglia omogenitoriale, mentre non è chiaro in quanti casi il minore fosse nato mediante riproduzione assistita (circo- stanza non precisata nemmeno nell'unica decisione relativa al minore cresciuto da una coppia omosessuale); in un primo gruppo di casi (sette), uno dei genitori biologici e legali era morto, ma solo in un caso il terzo genitore assumeva la custodia del minore dopo tale evento, mentre in altri cinque il minore aveva già in precedenza tre o più genitori; in un secondo gruppo di casi (diciassette), i genitori legali avevano contatti coi figli, pur senza vivere con loro e senza esercitarne la custodia fisica o legale; in un terzo gruppo di casi (quattordici), i genitori legali erano stati accusati di maltrattamenti o di negligenza (solo in due casi, invece, le accuse investivano, assieme ai genitori legali, anche quelli sociali), sì da rendere preferibile il collocamento del minore presso un terzo soggetto divenuto così *functional parent*.

materiale del minore, in tutte quelle ipotesi in cui l'adozione dello stesso, e la rottura dei vincoli con la famiglia d'origine, apparirebbe nondimeno un esito eccessivo²⁷.

Sempre guardando alle esperienze straniere, poi, di grande interesse si mostra pure quella canadese.

Il Family Law Act della British Columbia (Part 3, § 30), intanto, prevede che un rapporto di filiazione tra un minore e più di due genitori possa essere costituito finanche per accordo stipulato prima che il figlio sia concepito attraverso tecniche di riproduzione assistita. In particolare, detto accordo è suscettibile di essere concluso: tra il genitore o i genitori d'intenzione e colei che partorisce, la quale acconsente a divenire genitore del nato assieme ai primi (è il caso della gestazione per altri); oppure, tra colei che partorisce e il proprio coniuge o convivente, da un lato, e, da un altro lato, il donatore di gameti, che acconsente a sua volta a divenire genitore del nato assieme ai primi (si pensi, per esempio, al patto, in tal senso, tra una coppia di donne e il donatore di sperma).

Ma ancor più innovativa è l'impostazione seguita dal Children's Law Reform Act dell'Ontario²⁸, a cominciare dalla distinzione di fondo, effettuata dal § 1 (1), tra "riproduzione assistita", con la quale si intende un metodo di concepimento diverso dal rapporto sessuale, e "inseminazione attraverso un donatore di sperma", con cui si intende, invece, il tentativo di concepire un figlio mediante rapporto sessuale con una persona che però non assumerà il ruolo di genitore: l'elemento di novità non sta, tuttavia, nella formalizzazione di questa duplice possibilità, quanto nel serbare all'autonomia privata un inedito margine regolativo.

Infatti, là dove il concepimento avvenga attraverso un rapporto sessuale, la legge dà ora la facoltà alle parti di stabilire preliminarmente per iscritto che il prestatore dei gameti maschili non intende essere genitore del figlio che nascerà [§ 7 (4) CLRA], in questo modo disattivando l'automatismo di cui al § 7 (1) CLRA e lasciando che la filiazione si instauri solo con la madre che voglia crescere da sola il figlio²⁹

²⁷ J. Feinberg, *The Boundaries of Multi-Parentage*, in «SMU Law Review», 2022 (vol. 75), 323 ss.

²⁸ Per una panoramica sul diritto canadese, v. N. Cammu, *Intent to parent is what makes a parent? A comparative analysis of the role of intent in multi-parenthood recognition*, in «Canadian Journal of Family Law», 2019, vol. 32, 307 ss.; M. Giroux, L. Langevin, *Vers la reconnaissance juridique de la diversité des familles. Portrait québécois dans le contexte canadien*, in J. Heaton, A. Kemelmajer (eds.), *Plurality and Diversity in Law*, cit., 193 ss.

²⁹ Invero, la legge dell'Ontario, anziché di *birth mother* (come fa quella della British Columbia), parla, invece, di *birth parent*, formula che indica, «in relation to a child, the person who gives birth to the child» [§ 1 (1) CLRA]. La scelta semantica di sostituire il termine madre con quello neutro di genitore [nonché il termine padre con «the person whose sperm resulted in the conception of a child conceived through sexual intercourse»: § 7 (1) CLRA] può apparire politicamente molto sen-

[§ 6 (1) CLRA³⁰]. Inoltre, vengono adesso disciplinati anche i *pre-conception parentage agreements*, ossia gli accordi scritti con i quali due o più parti convengono di divenire genitori del figlio che ancora deve essere concepito [§ 9 (1) CLRA]. Tali patti, ai sensi del § 9 (2) CLRA, possono essere stipulati al massimo da quattro persone, tra cui quella che darà alla luce il bambino (che non deve essere una gestante per altri³¹), l'eventuale coniuge della stessa (quando il concepimento sia av-

sibile e prestarsi a vivaci contestazioni. In realtà, pur essendo un'opzione senza dubbio culturalmente e simbolicamente notevole, a essa non debbono per forza esserle ascritti significati sospetti.

Parte della dottrina tedesca, per esempio, ha proposto di modificare il § 1591 BGB, che attualmente stabilisce che "la madre di un figlio è la donna che lo ha partorito", sostituendo la parola "madre" con "genitore" e la parola "donna" con "persona", unicamente al fine, per un verso, di coordinare il lessico del diritto della filiazione con le regole sul mutamento anagrafico di sesso e sulle registrazioni dello stato civile, e, per altro verso, di garantire il diritto generale della personalità della *gebärende* e della *geborene Person* [v. M. Wiepen, *Der Frauenbegriff des § 1591 BGB*, in «NZFam», 2024, 97 ss. Secondo C. Schmidt, *Selbstbestimmungsgesetz und Abstammungsrecht*, in «NZFam», 2024, 50, però, un simile cambiamento potrebbe andare a discapito dell'interesse del nato a conoscere lo specifico apporto riproduttivo dei suoi genitori, il quale è stato dalla giurisprudenza già ritenuto prevalente rispetto alla volontà della persona transessuale che, avendo generato, previa conservazione del seme, un figlio poi nato dopo il provvedimento definitivo che ne attestava il passaggio dal genere maschile a quello femminile, chiedeva di essere giuridicamente considerata come madre anziché come padre: BGH, 29 novembre 2017, in «NJW», 2018, 471 (spec. Rn. 17)]. In questo senso, v. anche la proposta di riforma del diritto svedese della filiazione, la quale prevede che col termine "genitore" si indichi sia la "persona che ha partorito il figlio", sia il coniuge di quest'ultima o la persona che ha riconosciuto il figlio o che è stata giudizialmente accertata come genitore: v. R. Giesen, *Gleich- und transgeschlechtliche Elternschaft in Skandinavien*, in «StAZ», 2024, 75.

Un'altra soluzione, tuttavia, potrebbe essere rappresentata da quella introdotta nel codice civile del Québec a seguito di un'azione intentata da un gruppo di genitori trans e non binari onde ottenere il riconoscimento delle loro realtà familiari. Dopo che un Tribunale di prima istanza ha ingiunto al legislatore l'utilizzo di una terminologia inclusiva, infatti, si è avuta una riforma che ha previsto, tra l'altro, sia di affiancare, in tutta la legislazione, il termine «parent» a quelli di «père» e «mère» (v., in particolare, gli artt. 111, 115 e 116 CcQ), sia la modifica retroattiva dell'atto di nascita del nato (art. 132 CcQ) allorquando il genitore abbia mutato l'indicazione della propria identità di genere sui registri dello stato civile (art. 71 CcQ: mutamento che, precisa la norma, non può essere subordinato alla necessità che il soggetto si sottoponga a trattamenti medici o chirurgici): M. Giroux, L. Langevin, *op. cit.*, 199 s.

³⁰ Il § 7 (1) CLRA stabilisce, infatti, che «the person whose sperm resulted in the conception of a child conceived through sexual intercourse is, and shall be recognized in law to be, a parent of the child», mentre il § 6 (1) CLRA conferma il principio per cui «the birth parent of a child [i.e.: «the person who gives birth to the child»] is, and shall be recognized in law to be, a parent of the child»; principio, quest'ultimo, che trova tuttavia una deroga in presenza di un accordo di surrogazione gestazionale.

³¹ Il *pre-conception parentage agreement* si distingue, infatti, dal *surrogacy agreement*, concluso tra la gestante e i genitori d'intenzione (anche qui, non più di quattro), in quanto col secondo la gestante si impegna a rinunciare alla maternità del nato a favore dei genitori d'intenzione [§ 10 (1) CLRA], mentre col primo as-

venuto mediante riproduzione assistita o inseminazione attraverso un donatore di sperma), salvo che vi rinunci, e, infine, quando il concepimento sia avvenuto mediante rapporto sessuale, il prestatore dei gameti maschili che non abbia preventivamente rinunciato al ruolo di genitore ai sensi del rammentato § 7 (4) CLRA. Attraverso questi patti, dunque, la filiazione può essere imputata anche a soggetti che non hanno alcun legame biologico col minore, e magari alcun rapporto giuridico di tipo familiare con gli altri genitori: il § 9 (4) CLRA prevede, infatti, che, al momento della nascita del figlio, assieme a ciascuna parte dell'accordo che sia considerata genitore per effetto di disposizioni legali (ossia, per i §§ 6, 7 e 8: la partoriente, il prestatore di gameti e il/la coniuge della prima che non abbiano rinunciato alla genitorialità), saranno altresì riconosciute come genitori anche le restanti parti che altrimenti per legge non acquisirebbero tale posizione.

Infine, la multigenitorialità ha fatto ingresso anche nel recente Codice cubano delle famiglie (Código de las Familias), il quale – dopo aver individuato le fonti della filiazione nella procreazione naturale, nel provvedimento giuridico di adozione, nella volontà di ricorrere alle tecniche di riproduzione assistita e nel riconoscimento giudiziale dei vincoli socioaffettivi di filiazione (art. 50) – prevede che, eccezionalmente, una persona possa avere anche più di due genitori, sia per cause originarie, sia per cause sopravvenute, e finanche indipendentemente dai legami biologici e genetici con costoro (art. 56).

Le cause originarie della *multipartentalidad* risiedono in un accordo sulla *voluntad procreacional* delle persone coinvolte, il quale si forma in sede extragiudiziale e fornisce il titolo per l'iscrizione della filiazione nel registro dello stato civile. Tale patto può concludersi sia in occasione del ricorso alle tecnologie riproduttive, potendo la persona che dona i gameti o (nella gestazione per altri) la gestante, d'accordo con la coppia dei genitori d'intenzione, anche assumere l'ulteriore paternità o maternità del nato; sia in ogni altro caso in cui, sulla base di un progetto di vita in comune, si preveda di concepire un figlio da parte di più di due persone (art. 57)³².

sume anch'essa, assieme ai genitori d'intenzione (e a un'eventuale quarta parte), il ruolo di genitore. Peraltro, il § 11 (1) CLRA contempla anche l'ipotesi che un accordo di surrogazione indichi più di quattro genitori d'intenzione, in contrasto col limite stabilito dal § 10 (2) par. 3 CLRA: in questo caso, ciascuna parte dell'accordo può adire il giudice, dopo la nascita del figlio ed entro un anno dalla stessa, onde ottenere la costituzione della filiazione, e la corte si pronuncerà tenendo conto del miglior interesse del minore.

³² Si tratta dell'ipotesi in cui la coppia, al di fuori della via istituzionalizzata del ricorso a una tecnologia riproduttiva, si avvalga, con l'accordo di tutti i soggetti, del contributo di una terza persona che direttamente apporta i gameti o assume la gravidanza: ammettere la *multipartentalidad* solo quando la riproduzione sia intermediata dalla tecnica, e non anche quando il coinvolgimento della terza persona avvenga invece per vie naturali, sarebbe, infatti, «contradictorio»: L.B. Pérez Gallardo, *La multipartentalidad en el derecho familiar cubano: una opción*

Le cause sopravvenute, invece, sono generalmente riconducibili alla *socioafectividad*, ma qui la filiazione multiparentale non si fonda, come nel caso precedente, sulla sola volontà delle parti, ma richiede, piuttosto, un accertamento giudiziale, subordinato ai principi del superiore interesse del figlio e del rispetto della realtà familiare, al quale

posible, in C.A. Agurto Gonzáles, S.L. Quequejana Mamani, B. Choque Cuenca (a cura di), in *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago - Chile, 2022, 208.

È appena il caso di accennare che anche nel diritto austriaco, a seguito di una sentenza del Tribunale costituzionale (VfGH, 30 giugno 2022, G-230/2021, in «iFamZ», 2022, 229, con nota di U. Pesendorfer), è stata recentemente riformata, dall'*Abstammungsrechts-Anpassungsgesetz 2023* (AbAG 2023), la disciplina codicistica della filiazione onde regolarvi pure l'eventualità di una riproduzione non-medicalmente assistita (*nicht-medizinisch unterstützte Fortpflanzung*: § 154a ABGB). Le nuove regole prevedono, tra l'altro, che quando un terzo, mediante donazione della provetta o rapporto sessuale, presti consapevolmente il proprio seme al fine di permettere la gravidanza, la filiazione non si instauri nei suoi confronti, bensì verso il/la coniuge (o il/la partner dell'unione civile) della madre, qualora, prima del concepimento, tale secondo soggetto vi avesse acconsentito (§ 148 IIIa, V ABGB). Non si è, tuttavia, avuta alcuna apertura alla multigenitorialità. Sulla riforma, v. U. Pesendorfer, *Das Abstammungsrechts-Anpassungsgesetz 2023* (AbAG 2023), in «iFamZ», 2023, 304, e C. Fischer-Czermak, *Neuerungen im Abstammungsrecht. Abstammungsrechtliche Folgen der nicht-medizinisch unterstützten Fortpflanzung*, in «EF-Z», 2024, 54 s., la quale mette però in evidenza diversi profili critici dell'intervento normativo, dovuti sia alla latitudine del medesimo (maggiore di quanto sarebbe stato strettamente necessario), sia alla mancanza di un'adeguata ponderazione in sede legislativa delle implicazioni sistematiche che ne sarebbero derivate, soprattutto rispetto alle azioni di stato. Con riferimento alla riproduzione non-medicalmente assistita, in particolare, viene poi osservato come la legge – a differenza di quanto vige per la riproduzione assistita di tipo eterologo (v. § 152 ABGB, §§ 11 e 12, 18 e 20 FMedG) – non prescriva né l'onere della forma notarile (o di alcuna altra forma) per il consenso della persona coniugata o unita civilmente con la madre, né l'obbligo di svolgere verifiche sanitarie sui donatori, sì da evitare che l'impiego dei loro gameti possa comportare rischi per la salute della madre e del figlio, né, infine, l'obbligo di raccogliere i dati del donatore onde garantire il diritto del nato alla conoscenza delle sue origini biologiche, diritto il cui esercizio non è stato del resto qui espressamente regolato.

Il tema degli accordi sulla genitorialità (*Eliernschaftsvereinbarungen*) è peraltro attuale pure nel diritto tedesco, rientrando tra i punti centrali della prossima riforma della filiazione annunciata, a inizio anno, dal Ministro della Giustizia. Nell'*Eckpunktepapier zur Reform des Abstammungsrechts* si precisa però come anche il futuro diritto voglia mantenersi fedele al principio della bigenitorialità, pur intendendo, tra l'altro, sia far sì che il minore che nasca all'interno di una coppia omosessuale femminile possa, già alla nascita, risultare figlio della partner della donna che lo ha partorito, senza che la stessa debba più ricorrere a un procedimento adottivo; sia rendere giuridicamente più sicuro lo *status* dei nati in occasione di una *private Samenspende*, rafforzando, al contempo, il diritto degli stessi alla conoscenza delle loro origini mercé l'inclusione, nel registro ufficiale dei donatori di gameti maschili, anche dei dati di quei donatori che non depositino i loro gameti in una *Samenbank* ma li rendano disponibili in occasione di una "donazione privata" (c.d. *Becherspende*). Sulla proposta di riforma, v. Th. Kischkel, U. Sachenbacher, *Das Eckpunktepapier des Bundesministeriums der Justiz für eine Reform des Kindschaftsrechts - zu wenig Kind, zu wenig Praxis, zu kurz gesprungen*, in «FamRZ», 2024, 411 ss.; S. Schamberg, *Elternschaft durch Vereinbarung*, in «FamRZ», 2024, 748 ss.

consegue l'instaurazione di un nuovo rapporto di filiazione che si affianca, senza sostituirsi, ai vincoli naturali o adottivi già in essere (art. 58). In concreto, le cause sopravvenute possono risiedere o nel possesso di stato o nell'*adopción por integración*.

Quest'ultima ipotesi corrisponde all'adozione del figlio del coniuge o del convivente, la quale, mirando appunto a ratificare un legame socioaffettivo già esistente tra l'adottato e l'adottante, non determina la cessazione dei rapporti di filiazione e di parentela preesistenti (artt. 103 ss.). La prima ipotesi, invece, postula il concorso dei requisiti indicati dall'art. 59, ossia: il necessario ascolto del minore, tenuto conto della sua maturità e autonomia, onde verificare la sussistenza o meno del possesso di stato; la notorietà e la stabilità del possesso di stato (*fama*), ossia il fatto che tra il minore e il genitore sociale si abbia un legame che, agli occhi dei terzi, rispecchi i contenuti tipici delle relazioni parentali; la circostanza (*tractatus*) che il padre o la madre sociale abbiano diligentemente adempiuto i doveri propri della filiazione (art. 138) come se fossero i genitori legali del minore; la prolungata volontà, infine, comprovata dal comportamento, del padre o della madre sociale di rivestire, anche formalmente, la qualifica di genitore³³.

Orbene, già questa breve rassegna di riferimenti legislativi mostra come la pluralità delle fonti costitutive della filiazione sia un dato che caratterizza oggi anche ordinamenti marcatamente diversi tra loro per storia e cultura giuridica.

Pure nel diritto italiano, invero, il vincolo di filiazione è suscettibile di originare, oltre che dalla biologia, dall'accoglienza (nell'adozione), o dalla stabilizzazione di un rapporto di fatto (nell'adozione in casi particolari), o, ancora, dalla "scelta", ossia dall'assunzione di responsabilità derivante dall'intraprendere un progetto familiare comune attraverso le tecnologie riproduttive (nella fecondazione assistita e in quella eterologa: artt. 8 e 9 l. 40/2004). Nel nostro ordinamento, tuttavia, da un lato, la pluralità delle fonti della filiazione resta comunque circoscritta all'interno di un'articolazione genitoriale rigorosamente binaria, tant'è che è espressamente esclusa per i donatori di gameti la possibilità di interessare una qualche relazione parentale con il nato, o di acquisire nei suoi confronti diritti e obblighi (art. 9, comma 3, l. 40/2004); da un altro lato, poi, anche quando trova spazio il criterio dell'assunzione anticipata di responsabilità verso il nato, esso viene ammesso solo a fronte di pratiche suppletive della generazione naturale come, per l'appunto, la fecondazione assistita ed eterologa. Diversamente, al di fuori del disegno imitativo del paradigma binario-naturalistico, resta, invece, del tutto sconosciuta l'eventualità di dar vita, convenzionalmente o per via giudiziale, a schemi parentali alternativi

³³ L.B. Pérez Gallardo, *op. cit.*, 208 ss.

e/o più estesi di quelli vigenti, i quali, pur riflettendo situazioni magari non comuni, e finanche non da tutti ritenute per sé accettabili, sarebbero nondimeno caratterizzati da una piena consonanza di valori e contenuti, rispetto ai modelli attuali, tale da rendere ininfluenti le modalità di formazione del vincolo e il superamento del dogma del dualismo genitoriale³⁴.

Con ciò, insomma, il nostro diritto è ancora convinto che la paternità e la maternità siano quasi sempre (o meglio: che debbano quasi sempre essere) un processo naturale, laddove, invece, la comparazione mostra come tali esperienze siano sempre più anche un «processo sociale e giuridico», basato sulle decisioni assunte dai partecipanti nella piena consapevolezza «delle conseguenze che le loro azioni provocano in tutti gli ambiti»³⁵: ossia, in altri termini, una manifestazione di libertà, pluralismo e responsabilità individuale che i pubblici poteri, nel rispetto delle scelte personali e dell'interesse dei minori, dovrebbero proteggere e non reprimere od ostacolare³⁶.

4. Qualche segnale di una cauta e contingente rimeditazione dei tradizionali confini della genitorialità può, nondimeno, essere colto pure

³⁴ Pur credendo che anche in futuro l'*Elternschaftsrecht* debba seguire a ispirarsi allo "Zwei-Eltern"-Prinzip, Ph.M. Reuß, *Moderne Familienstrukturen aus abstammungsrechtlicher Perspektive - Probleme und Möglichkeiten*, in W. Bayer, J.D. Harke (Hrsg.), *Moderne Familienstrukturen*, Baden-Baden, 2024, 157, ritiene nondimeno che possa essere plausibile la condivisione, tra più di due genitori, di singole prerogative (con riferimento, per esempio, alla cura del minore, al mantenimento, alle relazioni personali e finanche in materia successoria).

Ma, proprio sul possibile superamento del principio di bigenitorialità nel diritto tedesco, deve segnalarsi una pur contingente apertura, in questo senso, da parte del Bundesverfassungsgericht, che, in una recente decisione, ha stabilito l'illegittimità di due norme del codice civile (§ 1600 I e III S. 1 BGB) relative alla disciplina dell'azione di annullamento della paternità promossa dal padre biologico, onde rimuovere la filiazione in precedenza instauratasi tra il figlio e il padre legale, in quanto, per la loro severità, ritenute lesive di quel diritto fondamentale alla cura e all'educazione dei figli, e dunque all'assunzione della responsabilità genitoriale, che l'art. 6 II S. 1 GG garantisce anche ai genitori naturali. Senza potersi qui soffermare sulla corposa pronuncia, è sufficiente evidenziare come, al fine di bilanciare i diritti del padre biologico e quelli del padre legale, e di realizzare, al contempo, il miglior interesse del minore, la Corte, rivedendo l'orientamento tenuto in passato, arrivi ora a mettere in discussione il radicato dogma secondo cui ogni persona dovrebbe avere due genitori soltanto: dogma che appunto – viene sottolineato adesso – non deve più considerarsi costituzionalmente imposto, sebbene pure il suo abbandono, da parte del legislatore, non possa nemmeno reputarsi costituzionalmente necessario (BVerfG, 9 aprile 2024, in «FamRZ», 2024, 846, con nota di Ph.M. Reuß, su cui, per ulteriori ragguagli, sia consentito rinviare ad alcune nostre osservazioni, dal titolo *Il Tribunale costituzionale tedesco e il terzo genitore: a proposito di una recente sentenza in tema di impugnazione della paternità*, pubblicate sul portale www.diritticomparati.it).

³⁵ L.B. Pérez Gallardo, A.M. Álvarez Tabío Albo, *Motivi e caratteri del nuovo Código de las familias de Cuba*, in «Fam. e dir.», 2023, 1166.

³⁶ L.B. Pérez Gallardo, *op. cit.*, 218 s.

nel nostro ordinamento, grazie a quel fecondo laboratorio rappresentato dal diritto dell'adozione: il quale, dovendosi non di rado confrontare con dinamiche familiari complesse e assetti relazionali articolati e divergenti, nella loro esplicazione, da quelli presupposti dall'ordinamento nella formulazione delle norme generali e astratte, ha conosciuto letture e ripensamenti che hanno dischiuso scenari inediti e abbattuto dogmi che si erano rivelati in contrasto con il fine primario della stessa disciplina legale, ossia quello di realizzare al meglio il diritto del minore a una famiglia.

Si pensi, in particolare, al noto orientamento giurisprudenziale che, infrangendo la secca bipartizione tra adozione e affidamento alla base della l. 184/1983³⁷, ha permesso ai giudici di pervenire, mercé un'accorta interpretazione dell'art. 44, comma 1, lett. *d*, anche a un'adozione «mite», capace, cioè, di favorire, in presenza di uno stato di semiabbandono permanente³⁸, il collocamento del minore presso un nucleo familiare più idoneo a provvederne alla cura, all'educazione e al mantenimento, senza, tuttavia, che all'instaurazione del nuovo vincolo di filiazione consegua altresì la completa interruzione di quei rapporti – ancorché solo di fatto³⁹ – con la famiglia d'origine che, per quanto instabili e insufficienti a provvedere appieno alle necessità del figlio, mantengono pur sempre per lo stesso dei risvolti relazionali positivi, la cui rimozione, oltre a non essere indispensabile, apparirebbe finanche potenzialmente dannosa⁴⁰. E tuttavia, perché l'adozione mite abbia un esito virtuoso e non conflittuale, è al contempo necessario che vengano appunto almeno in parte riconsiderati i consueti confini dei vincoli familiari che si ritrovano così, in qualche misura, a convivere: il successo di questa prospettiva, infatti, dipende principalmente dalla circostanza che tutte le parti siano consapevolmente inclini a collaborare tra loro, dovendo essere gli adottanti disposti ad accettare la compresenza della famiglia d'origine nella vita dell'adottato, e dovendo, a sua volta, la famiglia d'origine accettare, però, l'idea che il minore sia ormai, anzitutto, figlio degli adottanti⁴¹.

³⁷ L. Lenti, *Diritto della famiglia*, in «Tratt. dir. priv.» diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2021, 1040.

³⁸ C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, VII ed., a cura di M. Bianca e P. Sirena, Milano, 2023, 526 s.

³⁹ Sebbene non sia del tutto pacifica in dottrina, la conclusione che i doveri e i poteri tipici della responsabilità genitoriale debbano, anche nelle adozioni in casi particolari, interamente spettare ai genitori adottivi appare quella più in linea con la disciplina positiva.

⁴⁰ V., da ultimo, Cass., 19 settembre 2023, n. 26791, in «DeJure»; Cass., 1° marzo 2023, n. 6188, in «Fam. e dir.», 2024, 42, con nota di C. Sartoris.

⁴¹ Lo ricorda L. Lenti, *op. cit.*, 1044 s. Alcuni studiosi denunciano peraltro un'«esonazione» dell'adozione mite, registrando come, nella pratica, si tenda a preferire questa forma di adozione anche in assenza delle condizioni ricordate nel testo; v. P. Morozzo della Rocca, *Adozioni chiuse, moderatamente aperte, o decisamente aperte, purché attente alle esigenze del minore*, in «Pol. dir.», 2023, 263.

La vicenda dell'adozione mite ha poi sospinto altre importanti affermazioni giurisprudenziali del pari caratterizzate dall'«incessante ricerca [delle] soluzioni più aderenti alla complessità del reale»⁴².

Si rammenti la sentenza con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 55, l. 184/1983, nella parte in cui, rinviando all'art. 300, comma 2, c.c., stabiliva che l'adozione in casi particolari, non recidendo la parentela con la famiglia d'origine, non facesse nemmeno sorgere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Pur essendo questa decisione occasionata da una vicenda che riguardava l'adozione promossa dal partner del padre biologico di una minore nata all'estero attraverso la gestazione per altri, la Corte ne ha nondimeno esteso gli effetti a tutte le fattispecie di adozione semplice previste all'art. 44 l. 184/1983, ivi comprese quelle in cui al minore faccia già capo un duplice ramo parentale, con ciò superando, sulla scorta di persuasive motivazioni, il dogma formalistico dell'esclusiva appartenenza di ciascuno a una famiglia formata da due linee parentali soltanto (nonché altri dogmi usualmente ascritti al diritto delle adozioni⁴³), in favore dell'effettività del principio dell'unicità dello *status* di figlio e del diritto di tutti i minori «a crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni»⁴⁴.

Ancor più recentemente, poi, la medesima Corte è stata chiamata a esprimersi sulla praticabilità dell'adozione «aperta», ossia caratterizzata, malgrado il precedente stato di abbandono del minore, dalla possibilità di preservare alcune relazioni socio-affettive dello stesso con quei componenti della famiglia biologica con i quali egli abbia avviato e mantenuto positive relazioni personali.

Il problema si era posto alla luce dell'art. 27, comma 3, l. 184/1983, il quale, com'è noto, stabilisce che con l'adozione (piena) cessino i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, con l'eccezione dei divieti matrimoniali. Invero, le controindicazioni sistematiche di una lettura della norma che imponesse, in ogni caso, la cessazione anche dei rapporti affettivi tra il figlio e la famiglia di provenienza erano già state messe in luce da attenta dottrina, che aveva altresì rimarcato i connotati ideologici del convincimento, ispiratore di una simile opzione ermeneutica, che la famiglia adottiva dovesse, essenzialmente, incarnare «una “imitazione”, ovviamente meno perfetta, della famiglia biologica»⁴⁵. Adesso, anche il Giudice delle leggi,

⁴² Come osserva Corte cost., 28 settembre 2023, n. 183, in «Fam. e dir.», 2024, 121, con nota di M. Dogliotti.

⁴³ Su tali profili, sia consentito rinviare al nostro *L'adottato in casi particolari e l'unicità dello stato di figlio: riflessi sistematici del tramonto di un dogma*, in «GenIUS», 2022/2, 188 ss.

⁴⁴ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in «Nuova giur. civ. comm.», 2022, I, 1021, con nota di M. Cinque.

⁴⁵ M.R. Marella, *Adozione*, in «Dig. disc. priv.», sez. civ., agg., I, Torino, 2000, 18.

pur avendo ravvisato a fondamento della regola, nella sua generalità e astrattezza, la presunzione, di per sé non irragionevole, che corrisponda all'interesse del minore la recisione dei legami di fatto con la famiglia biologica che ne abbia determinato lo stato di abbandono⁴⁶, ha, però, sottolineato come l'attribuzione a siffatta presunzione di un valore assoluto finisca, in maniera inaccettabile, per segnare «un punto di rottura con i principi costituzionali posti a difesa degli interessi del minore», e segnatamente con la tutela della sua identità (artt. 2 e 30 C.): la quale, infatti, abbracciandone anche il passato e le radici individuali, importa, nei limiti del possibile, la preservazione di quel vissuto relazionale che sia ancora capace di giocare un ruolo utile nella crescita e nella formazione del soggetto, in linea anche con le direttrici sul rispetto della vita familiare, da parte dei poteri pubblici, che si ricavano dall'art. 8 CEDU secondo l'applicazione che ne dà la Corte di Strasburgo. Una simile esigenza, pertanto, non è compatibile con l'acritica fedeltà a «presunzioni assolute [e] insensibili alla complessità delle situazioni personali [suscettibili] in concreto [di] smentire la "generalizzazione posta a base della presunzione stessa"», divenendo così ineludibile, anche sulla scorta degli indici normativi ricordati nella sentenza, accedere a un'interpretazione dell'art. 27, comma 3, l. 184/1983 che permetta al giudice, innanzi a un preciso e preminente interesse del minore in tal senso, di «contrarre» il riferimento ai «rapporti», compiuto dalla disposizione in discorso, restringendolo, soltanto, a quelli di tipo giuridico-formale⁴⁷.

5. Opponendosi a un'«idea cementizia della persona umana»⁴⁸, il pensiero *queer* ha contribuito altresì a rimeditare le relazioni familiari

⁴⁶ Essendo una simile cesura funzionale, da un lato, a permettere l'allontanamento del minore da un passato frequentemente doloroso, e, dall'altro lato, ad assicurare ai genitori adottivi quell'autonomia e quella serenità educativa indispensabili a un equilibrato svolgimento dei (qui ancor più delicati) compiti genitoriali.

⁴⁷ Corte cost., 28 settembre 2023, n. 183, cit. In tema, v. anche P. Morozzo della Rocca, *op. cit.*, spec. 272 ss., con riferimento ai nuovi assetti che potrebbero instaurarsi, a seguito della decisione della Consulta, tra adozioni piene ma aperte e adozioni (miti) in casi particolari.

Invece, per alcuni cenni alla peculiare figura nordamericana della *open adoption*, riconducibile a un'adozione «privata» basata su un accordo, poi validato da un giudice, tra i genitori del minore e gli adottanti, v. B.H. Bix, *Families by Agreement. Navigating Choice, Tradition, and the Law*, Cambridge, 2023, 110 ss., che segnala come oggi la maggioranza delle adozioni inizi proprio per iniziativa dei genitori naturali, che regolano le modalità della loro presenza futura nella vita del minore (incontri personali, messaggi di posta elettronica, regali nelle occasioni festive...) attraverso appositi *contact agreements* stipulati con gli adottanti.

Sul tema dei contatti tra il minore e la famiglia d'origine, con riferimento al contesto inglese, v. M. MacDonald, *Post-adoption contact*, in N. Lowe, C. Fenton Glynn (eds.), *Research Handbook on Adoption Law*, Cheltenham-Northampton, 2023, 248 ss.

⁴⁸ M. Murgia, *op. cit.*, 53.

di tipo orizzontale, non solo per liberarle dal peso di dogmi, come l'indissolubilità o una certa visione ancestrale della fedeltà, invero già ridimensionati pure da larga parte della dottrina italiana, e, in qualche misura – ancora non sufficiente –, dallo stesso diritto positivo e dalle sue interpretazioni giurisprudenziali, ma anche per contestare un radicato fondamento dogmatico delle discipline istituzionali correnti (del matrimonio, delle unioni civili e delle convivenze di fatto) quale quello della necessità della «costruzione diadica» basata sulla coppia⁴⁹.

Senza indugiare sul dibattito⁵⁰, fors'anche un po' ozioso, circa le contrapposte premesse teoriche del discorso giuridico sul poliamore, implicanti, da un lato, la tensione verso il riconoscimento pubblico, e le tutele che ne deriverebbero, e, da un altro lato, il rifiuto, invece, di ogni prospettiva normativistica che possa irreggimentare tali relazioni, confermando al contempo il potere statale di legittimazione della sessualità⁵¹, è qui sufficiente segnalare come, già alla stregua del diritto vigente, sia stata invero sostenuta la possibilità di abbozzare uno statuto minimo delle unioni poliaffettive, malgrado le differenze, anche notevoli, che, nella realtà, sono suscettibili di caratterizzarne le diverse manifestazioni.

In particolare, si è ragionevolmente proposto di estendere a tali legami, anzitutto, i diritti che, prima della l. 76/2016, la legislazione e la giurisprudenza avevano attribuito alle coppie di fatto, e che la nuova regolamentazione ha soltanto riepilogato, senza circoscriverli alle sole convivenze rispettose dei requisiti di cui all'art. 1, comma 36, l. 76/2016⁵²: il fondamento costitutivo di tali posizioni, infatti, risiederebbe non tanto nel dato strutturale della formazione diadica a cui la legge ora le riferisce, quanto, piuttosto, in quello sostanziale-funzionale, che caratterizza anche le unioni poliaffettive, della stabilità del rapporto e dei suoi contenuti di vicendevole sostegno morale e materiale. Per quanto attiene, invece, ai diritti che sono stati conati *ex novo* dalla l. 76/2016, l'impossibilità di assegnarli immediatamente ai

⁴⁹ A. Lorenzetti, *op. cit.*, 388 s.

⁵⁰ ...il quale, a ben vedere, sembra una "riedizione" di quello a suo tempo emerso attorno alle prime rivendicazioni verso il matrimonio egualitario di alcuni settori del movimento omosessuale americano.

⁵¹ Sul punto, v. ancora A. Lorenzetti, *op. cit.*, 393 s. Sul rilievo pratico che potrebbe avere una regolamentazione giuridica delle unioni poliaffettive, ancorché in un altro ordinamento (quello canadese), v. K. Beazer, E. Cameron, S. Simpson, "Put Bluntly", *We Need to Contemplate Polyamory*, in «Canadian Family Law Quarterly», 2022-2023, vol. 41, 99 ss.

⁵² Il problema del carattere riepilogativo o meno della l. 76/2016, rispetto ai diritti già riconosciuti dal sistema alle coppie di fatto, si era posto, soprattutto, innanzi all'eventualità che il requisito dell'assenza di vincolo matrimoniale o di unione civile (art. 1, comma 36), anziché essere riferito alle parti tra loro, come invero sembra preferibile, fosse invece inteso come se richiedesse la libertà di stato delle medesime.

consorzi poliamorosi non dovrebbe, tuttavia, automaticamente precluderle pure un'eventuale estensione affidata, a seconda dei casi, all'autonomia negoziale o all'interpretazione estensiva o analogica delle norme interessate: interpretazione che dovrebbe, come di consueto, essere in primo luogo guidata dagli indici costituzionali di volta in volta rilevanti, stante l'appartenenza anche di queste formazioni sociali al novero di quelle meritevoli di tutela secondo l'art. 2 C.⁵³.

De iure condendo, però, un possibile modello regolativo (anche per le unioni affettive di più di due persone potrebbe essere rappresentato – al netto di alcune precisazioni – dalla *Verantwortungsgemeinschaft*: un istituto, per certi aspetti “rivoluzionario”⁵⁴, in via di elaborazione nel diritto tedesco, che intende consentire l'assunzione di reciproche responsabilità all'interno di quelle esperienze familiari insuscettibili di rientrare negli schemi bilaterali del matrimonio e della convivenza di fatto⁵⁵.

Secondo quanto anticipato in un documento del Ministero della Giustizia, questa “comunione di responsabilità” potrà essere conclusa da due fino a un massimo di sei persone che abbiano tra loro un rapporto di stretta vicinanza (*Näheverhältnis*): la tipologia e i contenuti di

⁵³ Per queste e più ampie considerazioni, v. A. Vercellone, *Più di due. Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore*, in questa «Rivista», 2017, 610 ss. Al tema delle unioni poliaffettive è dedicata anche la raccolta di saggi *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, a cura di E. Grande, L. Pes, Torino, 2018.

⁵⁴ Così K. Duden, *Verantwortungsgemeinschaft: Regelungsvorhaben und rechtsvergleichende Impulse*, in «FamRZ», 2023, 1840, sottolineando fin qui la mancanza, non solo nel diritto tedesco, ma anche in un'ottica comparatistica, di «Vorbildern für gleichberechtigte, familienrechtliche Partnerschaften von mehr als zwei Personen». Diversamente, invece, T. Kischkel, U. Sachenbacher, *Die Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz für die Verantwortungsgemeinschaft - Much Ado About Nothing? Eine vorläufige Einschätzung*, in «NZFam», 2024, 481 ss., contestano la necessità di introdurre un nuovo istituto, ritenendo che la maggior parte dei suoi scopi possa essere già raggiunta attraverso le norme codicistiche sui negozi giuridici e i contratti.

⁵⁵ L'istituzione della *Verantwortungsgemeinschaft* era stata prevista nel contratto di coalizione tra SPD, Verdi e FDP stipulato dopo le elezioni politiche del 2021 (in tema, v. anche H. Grziwotz, „Lebensabschnittsvertrag“ für die Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft?, in W. Bayer, J.D. Harke (Hrsg.), *Moderne Familienstrukturen*, cit., 72 ss.).

La proposta di introdurre una “comunione di responsabilità”, tuttavia, era stata già avanzata nel gennaio 2020 al Bundestag dal gruppo liberale (BT-Drucks. 19/16454). Secondo i lineamenti di quella proposta, la *Verantwortungsgemeinschaft* avrebbe potuto essere costituita da due o più persone maggiori di età, senza vincoli tra loro di coniugio, unione civile o parentela in linea retta, attraverso la scelta tra due livelli di regolamentazione: uno basilare, limitato essenzialmente all'attribuzione di diritti di informazione e di rappresentanza sanitaria; e uno, invece, più complesso e idoneo a far nascere anche reciproci obblighi di natura personale e patrimoniale (come quello di assistersi in caso di malattia o di sostenersi economicamente), oltre che possibili conseguenze patrimoniali a seguito dello scioglimento del rapporto, evento per il quale sarebbe, in ogni caso, bastata una dichiarazione unilaterale che, comunque, non avrebbe pregiudicato la partecipazione dei restanti soggetti.

tali rapporti, però, sono volutamente lasciati indeterminati, sì da rendere la *Verantwortungsgemeinschaft* in grado di adattarsi a una molteplicità di situazioni, rispetto alle quali è espressamente escluso ogni potere di indagine e controllo da parte dello Stato⁵⁶. Quest'ultima precisazione, per quanto probabilmente superflua, stante la difficile praticabilità di una diversa soluzione, è peraltro significativa: perché, se da un lato il nuovo istituto sembra invero pensato, come ora si vedrà, per accompagnare soprattutto esperienze di vita in comune non connotate da *Liebesbeziehungen*, dall'altro lato, però, la rinuncia (inevitabile) dell'ordinamento a investigare la natura dei legami in questione rende, allora, del tutto indifferente quale sia l'indole degli stessi, così ammettendo, di fatto, che per questa via possano altresì trovare una propria veste giuridica anche quelli poliaffettivi⁵⁷.

Gli effetti della *Verantwortungsgemeinschaft* – sempre stando agli *Eckpunkte* ministeriali – dovrebbero articolarsi su due livelli, la cui scelta è rimessa alle parti dell'accordo costitutivo. Al primo livello vi sono gli effetti minimi, confinati prevalentemente alle scelte in materia sanitaria o in vista di una diminuzione dell'autonomia individuale (si pensi alla designazione dell'amministratore di sostegno). Al secondo livello, invece, si trovano gli effetti più strutturati, i quali, però, restano comunque circoscritti soltanto a quelli tipizzati all'interno di quattro moduli, e, in ogni caso, non contemplano alcuna conseguenza sul piano della filiazione, del nome e del diritto successorio. Inoltre, la comunione di responsabilità non dovrebbe beneficiare di alcuna agevolazione fiscale, né dare agli stranieri alcuna aspettativa in vista del permesso di soggiorno o di lavoro.

⁵⁶ Quanto ai requisiti personali, si prevede che gli stipulanti debbano essere maggiorenni e capaci di agire, e che una persona non possa essere al contempo parte di più di una *Verantwortungsgemeinschaft*. Inoltre, i coniugi non possono concludere una *Verantwortungsgemeinschaft* tra loro, ma possono farlo, singolarmente o assieme, con altre persone; fermo restando che, in ogni caso, non ne saranno intaccati i rapporti giuridici che dal matrimonio derivano. A tutela delle parti si prevede poi che il contratto di *Verantwortungsgemeinschaft* sia concluso mediante certificazione notarile, mentre non dovrebbe essere richiesta alcuna registrazione presso lo stato civile (v. gli *Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz für die Verantwortungsgemeinschaft*, reperibili sul portale del Ministero).

⁵⁷ L'assenza di *Liebesbeziehungen* tra i partecipanti, infatti, si profila (al pari della convivenza) semplicemente come un elemento non necessario, essendo sufficiente, al fine della formazione di una *Verantwortungsgemeinschaft*, l'esistenza di un *Näheverhältnis*: K. Duden, *op. loc. cit.* E del resto, un'interpretazione restrittiva non sarebbe nemmeno giustificata, atteso che la possibile problematicità sistemica delle unioni poliamorose non è rappresentata dal superamento della struttura diadica della coppia, quanto, invece, dall'eventuale asimmetria che dovesse caratterizzare le relazioni al loro interno. Ma, là dove i componenti abbiano ognuno verso l'altro gli stessi diritti e gli stessi obblighi, e ognuno abbia lo stesso potere nella gestione del *ménage*, un simile rischio appare scongiurato (N. Dethloff, *Familienrecht in Europa - Quo vadis?*, in «NJW», 2018, 26), e, da questo punto di vista, la disciplina della *Verantwortungsgemeinschaft* non sembra che possa in alcun modo favorire una situazione giuridicamente asimmetrica.

In particolare, anche al secondo livello, dalla *Verantwortungsgemeinschaft* non deriverà alcun obbligo personale, quanto, al più, l'estensione ai partecipanti di alcuni dei vantaggi riservati dalla legislazione sociale ai parenti (congedi lavorativi e aiuti economici), oltre che l'attribuzione di un diritto di rappresentanza in ambito sanitario, per il caso di necessità, sulla falsariga di quello spettante ai coniugi (§ 1358 BGB). Pure sul fronte patrimoniale, poi, non è contemplata la nascita di alcun obbligo, bensì, in caso di convivenza, una regola relativa all'abbandono della casa comune a seguito della fine del rapporto (anch'essa sulla scia di quella prevista nel matrimonio dal § 1361b BGB) e la facoltà di compiere, con effetto vincolante per tutti i partecipanti, atti minuti della quotidianità domestica necessari alla vita in comune, come l'acquisto di generi alimentari o di articoli per la casa, salva l'eventuale ripartizione convenzionale di tali spese. Sarà tuttavia possibile, per le parti che siano solo due e non siano sposate con terzi, aderire al regime della comunione degli incrementi patrimoniali (*Zugewinnngemeinschaft*), senza, tuttavia, godere al contempo dei benefici fiscali riservati ai coniugi⁵⁸.

Da queste anticipazioni, insomma, emerge come la *Verantwortungsgemeinschaft* sia invero più orientata a supportare dinamiche di reciproca assistenza, soprattutto per le persone sole in età avanzata⁵⁹, favorendo la formazione di unioni che rendano meno solitaria e onerosa la quotidianità, che non, piuttosto, a dare veste giuridica ai *ménage* non bilaterali o a quelli delle coppie che cercassero un'alternativa al matrimonio. Tale configurazione appare dettata (oltre che da una certa ritrosia di fondo ad aprire espressamente in questo senso) soprattutto dalla volontà di evitare una disciplina che, dal punto di vista sostanziale e del regime complessivo, si avvicini eccessivamente a quella matrimoniale: una simile evenienza, infatti, si teme che possa non essere compatibile con quella "speciale protezione" che l'ordinamento tedesco garantisce al matrimonio ai sensi dell'art. 6 I GG⁶⁰.

⁵⁸ L'originaria proposta liberale (v. nt. 55), invece, non escludeva del tutto che la *Verantwortungsgemeinschaft* potesse avere anche una rilevanza sul piano tributario, atteso che gli eventuali benefici fiscali per le parti potevano trovare una loro giustificazione nel potenziale alleggerimento che il sistema della sicurezza sociale avrebbe ricevuto da una diffusione dell'istituto (K. Duden, *Die Verantwortungsgemeinschaft: rechtsvergleichende Ansätze für ein neues Institut im Familienrecht*, in C. von Bary (Hrsg.), *Aktuelle Reformen im Familienrecht - ein interdisziplinärer Blick*, München, 2023, 79). Inoltre, le linee generali di quella proposta sembravano propense a permettere l'attribuzione convenzionale anche di diritti e obblighi personali e patrimoniali.

⁵⁹ Si immagina, infatti, che la figura possa rivolgersi anzitutto agli abitanti delle *Senioren-Wohngemeinschaften* (case in cui convivono più anziani) e alle persone che frequentano i *Mehrgenerationenhäuser* (luoghi di incontro e condivisione tra persone di età e provenienze diverse), ma anche ad amici stretti, a persone o genitori single, a parenti lontani...

⁶⁰ La preoccupazione, oltre a emergere dai lavori preparatori iniziali, viene

Invero, detta preoccupazione risulta forse eccessiva, atteso che la regolamentazione che si profila appare, comunque, molto lontana dal realizzare quella completa parificazione alla disciplina matrimoniale che è la sola preclusa dal *besonderer Schutz* di cui gode la *Ehe*⁶¹. Inoltre, a ben vedere, un problema di “concorrenzialità” col matrimonio si porrebbe, semmai, solo per le *Verantwortungsgemeinschaften* composte da due persone.

Ad ogni modo, pur scontando una certa timidezza, che impedisce di riconoscere maggior spazio alle determinazioni dei partecipanti, e ne restringe gli effetti essenzialmente alla dimensione privatistica, la figura in parola rappresenta, nondimeno, un modello di sicuro interesse anche per gli altri legislatori europei, tributando dignità giuridica a quelle costellazioni familiari fin qui più note alle indagini sociologiche che non alle norme giuridiche.

Al netto del tratto strutturale dirompente, il nuovo istituto conferma poi come l'assunzione di responsabilità verso coloro che, per le più varie ragioni (indole, affetto, attrazione, empatia...), si avvertono più vicini, esprime, con il carico di attenzioni, cure, sollecitudini che porta con sé, il minimo comune denominatore, e un ineludibile elemento fondativo, di tutte le formazioni familiari⁶²: da quelle più inquadrate, riunite nel matrimonio (e in precedenza nelle unioni civili), a quelle più libere, che si esplicano nella convivenza di fatto, fino a quelle “affinità elettive” o *chosen family* che sfuggono a una geometria fissa e a un programma comune, nascendo, invece, dall'imprevedibilità e accidentalità delle cose umane⁶³.

Certo, la dimensione tecnico-normativa di un modello così inedito e “trasversale” non è, almeno di primo acchito, facilmente defini-

confermata dai primi commentatori: v. N. Dethloff, A. Timmermann, F. Leven, *Verantwortungsgemeinschaften im Recht*, in «NJW», 2022, 3059.

⁶¹ G. Robbers, *Art. 6 Abs. 1*, in H. v. Mangoldt, F. Klein, Chr. Starck, P.M. Huber, A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, I, 7. Aufl., München, 2018, Rn. 50.

⁶² L'idea di (*Beistands- und*) *Verantwortungsgemeinschaft* è, del resto, anche alla base del matrimonio, esprimendo a tal punto la ragione della tutela costituzionale dell'istituto (art. 6 I GG), e il «gemeinsames Prinzip» delle sue molteplici modalità di esplicazione, da essere poi stata espressamente richiamata, dalla riforma dell'*Eheschließungsrecht* del 1998, nel § 1353 BGB, ove si prevede appunto che i coniugi «tragen füreinander Verantwortung» (A. Roth, § 1353, in «Münchener Kommentar zum BGB», 9, 9. Aufl., München, 2022, Rn. 22). Un'analoga previsione compariva, del pari, nella disciplina delle unioni civili (§ 2 LPartG): ed è stato anche in virtù di questa comunanza funzionale tra i due modelli che si è pervenuti al superamento del dualismo e all'apertura del matrimonio anche alle coppie dello stesso sesso mercé una semplice modifica del codice civile (F. Brosius-Gersdorf, *Die Ehe für alle durch Änderung des BGB. Zur Verfassungsmäßigkeit der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare*, in «NJW» 2015, 3558 ss.). E ancora, pure le convivenze di fatto, secondo la giurisprudenza costituzionale, integrano una *Verantwortungs(- und Einstehens)gemeinschaft*: BVerfG, 17 novembre 1992, in «NJW», 1993, 643; N. Dethloff, *Familienrecht. Ein Studienbuch*, 33. Aufl., München, 2022, 261 s.

⁶³ K. Duden, *Verantwortungsgemeinschaft*, cit., 1839.

bile, e senz'altro opportuna si rivela l'idea di graduare l'estensione delle responsabilità che si intendono assumere in più livelli a disposizione dei partecipanti.

Nella dottrina tedesca, invero, ne sarebbero stati suggeriti tre: il primo, e più limitato, dovrebbe riguardare i casi in cui l'assunzione di responsabilità (per esempio, tra fratelli) avviene al fine di provvedere meglio allo svolgimento delle attività domestiche e di consentire ai partecipanti di prendersi cura di loro reciprocamente o unilateralmente, soprattutto con riguardo alla sfera sanitaria; il secondo livello, intermedio, pensato invece per coloro che condividano il medesimo alloggio, pur senza avere instaurato una convivenza, dovrebbe, piuttosto, focalizzarsi sulle regole patrimoniali relative alla tutela dell'immobile e alla contribuzione e alla responsabilità per le spese inerenti ai bisogni comuni, sulla scia di quanto prevede la disciplina belga della *cohabitation légale*; il terzo livello, infine, dovrebbe invece rivolgersi a coloro che, diversamente, non solo condividano l'ambiente domestico, ma abbiano intrapreso pure una vita in comune, sicché sarebbe pensabile che fossero previsti alcuni obblighi personali e patrimoniali come nel matrimonio, ancorché in misura meno stringente o estesa che in quel caso, e che la posizione dei partecipanti fosse in qualche settore (come nella legislazione sociale o tributaria) assimilata a quella dei coniugi, secondo quanto avviene anche con i PACS del diritto francese⁶⁴.

È singolare, da ultimo, come la prospettiva dischiusa dalla *Verantwortungsgemeinschaft* fosse stata, in qualche modo, anticipata da quell'autorevole dottrina italiana che, agli inizi degli anni Duemila, interrogandosi su quale modello regolativo destinare alle unioni omosessuali, aveva invero suggerito di affidare la disciplina di tutte le isole dell'«arcipelago familiare» a un istituto unitario che avrebbe dovuto ispirarsi proprio ai PACS d'Oltralpe. L'idea di fondo era che tutte le unioni diverse da quella matrimoniale, rappresentando altrettanti rapporti «parafamiliari», fossero appunto suscettibili di stare sotto una medesima regolamentazione: la quale, però, a differenza di quella francese, sarebbe dovuta divenire accessibile anche ai parenti e affini in linea retta, e ai parenti in linea collaterale, e avrebbe dovuto essere poi modellata «oltre la dimensione [...] della coppia». Perché vietare – si chiedeva Francesco Busnelli – il patto di convivenza a tre fratelli celibi che magari continuino a vivere nell'abitazione paterna?⁶⁵

⁶⁴ K. Duden, *op. ult. cit.*, 1845 s.

⁶⁵ F.D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in «Riv. dir. civ.», 2002, I, 527 ss. Sul punto, v. anche A. De Vita, *Note per una comparazione*, in *Matrimonio, matrimonii*, a cura di F. Brunetta d'Usseaux, Ant. D'Angelo, Milano, 2000, 172, che, oltre vent'anni fa, si chiedeva se tra le unioni giuridicamente protette non dovesse rientrare anche quella tra due – o più – persone «che decidessero di vivere insieme durevolmente, scambiandosi affetto, assistenza morale e materiale, per non subire la solitudine o maggiori ristrettezze economiche, senza implicazioni di carattere sessuale»: ossia, proprio l'idea anzitutto alla base della *Verantwortungsgemeinschaft*.

Invero, l'Autore (che certo non pensava alle unioni poliamorose) muoveva da un'interpretazione strettamente originalista dell'art. 29 C., sicché la sua proposta era volta a promuovere, per le coppie omosessuali, un istituto non solo alternativo al matrimonio, ma che, anzi, dovesse marcatamente distinguersene, attraverso anche una "diluizione" di quei fondamentali caratteri identificativi che attengono al divieto di nozze tra parenti e alla struttura diadica del vincolo. In quest'ottica, la tesi in parola, se forse poteva non apparire eccessivamente conservatrice nel contesto italiano dell'epoca, si sarebbe, però, inevitabilmente dimostrata di retroguardia (oltre che inadeguata a descrivere compiutamente l'esperienza emotiva ed esistenziale della coppia omosessuale) alla luce dell'evoluzione, a favore del matrimonio egualitario, che, negli anni successivi, avrebbero poi intrapreso pressoché tutti gli ordinamenti occidentali (al netto, beninteso, dell'Italia).

Tuttavia, oggi, di fronte a quella «variegata gamma» di situazioni familiari che non rientrano nei crismi del matrimonio, dell'unione civile o della convivenza di fatto (così come stabiliti dalla l. 76/2016), l'intuizione di quella dottrina, per quanto almeno in parte probabilmente al di là delle sue intenzioni⁶⁶, recupera un'inattesa attualità, e si rivela preziosa nell'isolare i principi a cui una legislazione in materia, anche sulla scorta dell'iniziativa tedesca sulla *Verantwortungsgemeinschaft*, dovrebbe ispirarsi: libertà dei contraenti di individuare «le modalità del loro impegno a un "aiuto mutuo e materiale"»; solidarismo delle regole legali relative ai profili patrimoniali dell'unione; indifferenza (tendenziale) del sistema rispetto al numero dei partecipanti e alla natura dei rapporti che li uniscono, privilegiandone, piuttosto, una considerazione strettamente funzionale⁶⁷.

6. Da alcuni anni, la gestazione per altri è al centro, in Italia, di un animato dibattito giuridico e politico⁶⁸.

⁶⁶ Un "paradosso" simile viene ravvisato da N. Palazzo, *The Strange Pairing: Building Alliances Between Queer Activists and Conservative Groups to Recognize New Families*, in «Mich. J. Gender & L.», 2018, vol. 25, 161 ss., nel contesto nordamericano, dove l'introduzione a livello statale, sostenuta da gruppi politici conservatori, di modelli familiari alternativi al matrimonio, in risposta alle rivendicazioni verso questo istituto invece avanzate dalle coppie omosessuali, ha finito (soprattutto una volta che tali rivendicazioni hanno poi avuto successo) per offrire un'alternativa proprio a quelle nuove famiglie che non rientravano o non si rispecchiavano nello schema – «pre-arranged and state-approved» – del matrimonio, con ciò contribuendo tali iniziative, involontariamente, proprio a una ridefinizione in senso *queer* del diritto di famiglia.

⁶⁷ F.D. Busnelli, *op. locc. citt.*

Anche a tal proposito, appare allora condivisibile l'interrogativo di S. Patti, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in «Riv. dir. civ.», 2022, 518, che si chiede se non sia ormai il momento di abbandonare la metafora dell'arcipelago per ritornare a «un'unica isola, quella della famiglia, che, in quanto comunità di amore e di affetti presenta un comune denominatore», al di là delle sue concrete e mutevoli manifestazioni.

⁶⁸ Si pensi, da ultimo, alla proposta, approvata in prima lettura alla Camera

La vivacità della discussione, però, non dipende da un'improvvisa domanda sociale di legalizzazione della pratica, o dalla (peraltro plausibile) contestazione della legittimità costituzionale del suo assoluto divieto, bensì deriva, piuttosto, dal contenzioso originato dalla richiesta di dare pieno riconoscimento, nel nostro paese, allo *status* dei minori che siano nati all'estero attraverso questa tecnica, mercé la trascrizione sui registri di stato civile di quei provvedimenti stranieri di origine giudiziale che istituiscono la filiazione del minore non solo verso il genitore naturale, ma anche verso quello non biologico.

Si tratta, dunque, di prospettive molto diverse, le quali, però, sono state impropriamente sovrapposte da una parte della dottrina e, soprattutto, dalla giurisprudenza.

Com'è noto, infatti, le Sezioni unite e la Consulta hanno respinto la possibilità di trascrivere, nella loro interezza, gli atti di nascita dei minori venuti alla luce con la surrogazione gestazionale, ritenendoli contrari all'ordine pubblico internazionale e individuando, quale strada alternativa, onde recuperare il vincolo di filiazione tra il nato e il genitore sociale, quella dell'adozione in casi particolari.

Alla base di questo indirizzo, tuttavia, vi sono, come accennato, valutazioni che (per quanto, a nostro avviso, opinabili) sarebbero, eventualmente, apparse più pertinenti qualora a essere messa in dubbio fosse stata, per l'appunto, la permanenza del divieto, di cui all'art. 12, comma 6, l. 40/2004, di "realizzare, organizzare o pubblicizzare in qualsiasi forma la surrogazione di maternità", oppure qualora si fosse preteso di far valere, innanzi a un tribunale italiano, un contratto di gravidanza per altri.

Viceversa, il tema del riconoscimento della filiazione legalmente instauratasi all'estero tra il minore e il genitore non biologico avrebbe dovuto svolgersi, in maniera più corretta, in un orizzonte necessariamente più circoscritto, ponendo un interrogativo di natura schiettamente internazionale-privatistica⁶⁹: ovvero, se l'atto fondativo dello *status* del minore fosse suscettibile di produrre in Italia «effetti contrari all'ordine pubblico» (art. 64, lett. g, l. 218/1995)⁷⁰.

(C. 306), volta a estendere la sanzione penale prevista dalla legge italiana anche alla gestazione per altri che sia avvenuta all'estero: in tema, v. A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in «GenIUS», 2024; M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in «Dir. pen. cont.», 2021/2, 30 ss.

⁶⁹ In questo senso, v. la giurisprudenza belga, che, nell'escludere il contrasto con l'ordine pubblico degli atti di nascita stranieri, rileva esattamente come «[le tribunal] ne peut procéder à la révision du fond de l'affaire et ne peut donc analyser le contrat de gestation pour autrui soumis à la juridiction américaine»: Trib. fam. Liège, 20 novembre 2020, in «Rev. trim. dr. fam.», 2021, 185. Similmente, v. anche App. Liège, 30 luglio 2020, ivi, 138, e App. Mons, 2 novembre 2020, ivi, 153, con nota di G. Mathieu, J. Mary; Trib. fam. Namur, 28 febbraio 2018, in «Rev. trim. dr. fam.», 2018, 609.

⁷⁰ Per una critica analoga, v. V. Barba, *L'ordine pubblico internazionale*, in «Rass. dir. civ.», 2018, 409 ss., 435 s.; Id., *Ordine pubblico e gestazione per sostitu-*

Orbene, se le nostre più alte magistrature si fossero limitate – come altre corti supreme europee, quali quella tedesca⁷¹ e austriaca⁷²,

zione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019, in «GenIUS», 2020/2, 31 s.; D. Giunchedi, *La genitorialità intenzionale tra legalità violata, dignità della donna ed intenti dissuasivi* (Nota a margine delle SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162), in questa «Rivista», 2023, 211 s.; e, rispetto a un altro sistema, H. Al-Dabbagh, *La réception au Québec des gestations pour autrui délocalisées: la filiation post-tourisme procréatif en mal d'institution*, in «Canadian Journal of Family Law», 2022, vol. 34, 61.

⁷¹ BGH, 12 gennaio 2022, in «NJW», 2022, 2273, Rn. 12. In particolare, la dottrina segnala come, al fine di verificare se l'ordine pubblico internazionale precluda il riconoscimento del provvedimento istitutivo della filiazione del nato all'estero mediante gestazione per altri, il giudice nazionale non debba ragionare come se dovesse applicare in Germania, ai sensi dell'art. 6 EGBGB, le norme di diritto straniero che regolano la gestazione per altri e la conseguente attribuzione della filiazione sia verso il genitore biologico sia verso quello intenzionale, e dunque chiedendosi se quelle norme avrebbero potuto produrre, nell'ordinamento interno, il risultato che hanno originato nell'ordinamento straniero. Piuttosto, il giudice tedesco è invece chiamato a verificare che quello specifico risultato (ossia: l'instaurazione della filiazione verso entrambi i componenti della coppia) non contraddica a tal punto i fondamenti sistematici e valoriali dell'ordinamento interno da apparirne insostenibile la conciliazione con gli stessi e dunque il suo recepimento (§ 109 I Nr. 4 FamFG); M. Frank, § 109, in H.-J. Musielak, H. Borth, M. Frank, M. Grandel, *Familiengerichtliches Verfahren*, 1, 7. Aufl., München, 2022, Rn. 8, che segnala appunto come l'*anerkennungsrechtlicher ordre public* (internazionale) sia perciò inevitabilmente più liberale (*großzügiger*) del *kollisionsrechtlicher ordre public* (nazionale). Tale posizione è condivisa dalla letteratura maggioritaria: v. anche J. Antomo, K. Duden, A. Dutta, T. Helms, C. Mayer, *Internationales Abstammungsrecht - eine Einführung*, in «StAZ», 2023, 301 ss.; R. Hepting, A. Dutta, *Familie und Personenstand. Ein Handbuch zum deutschen und internationalen Privatrecht*, 4. Aufl., Frankfurt am Main-Berlin, 2022, 417. Per una diversa opinione, invece, v. C. Thomale, *Mietmutterchaft. Eine international-privatrechtliche Kritik*, Tübingen, 2015, 41 ss.

⁷² VfGH, 11 ottobre 2012, B 99/12, in «IPRax», 2013, 271; VfGH, 14 dicembre 2011, B 13/11-10, ivi, 275, secondo cui sono impedimenti rilevanti, ai fini del vaglio comportato dall'ordine pubblico, la violazione, da parte del provvedimento straniero, dei principi costituzionali della libertà personale, della parità di trattamento, del divieto di discriminazioni fondate sulla nascita, sulla razza o sull'appartenenza confessionale, della libertà matrimoniale, del principio monogamico, dell'età matrimoniale fissata alla maggiore età e, non per ultimo, di quel principio di tutela del benessere del minore che, nei casi di specie, sarebbe semmai stato violato proprio dal mancato riconoscimento della filiazione verso il genitore non biologico (tant'è che, nella seconda pronuncia, la Corte rimproverava espressamente alle pubbliche autorità di "aver disconosciuto la condizione giuridica del minore trascurando del tutto la tutela del suo interesse"). Viceversa, entrambe le decisioni chiariscono come le norme interne in materia di riproduzione assistita e le correlative disposizioni sullo *status* dei nati "non integrino né un valore fondamentale dell'ordinamento austriaco, né – perfino quelle che vietano la gestazione per altri – regole costituzionalmente necessarie". Sul punto, v. M.S. Beck, *Kindschaftsrecht. Entscheidungen - Anmerkungen - Lösungsansätze*, 3. Aufl., Wien, 2021, 22. Anche in Austria, infine, la dottrina prevalente esclude che il riconoscimento della decisione giurisdizionale straniera istitutiva della filiazione tra il nato e il genitore non biologico possa dirsi contrario all'ordine pubblico, venendo qui ugualmente in gioco il *verfahrensrechtlicher* (§ 91 a II 1 AußStrG: la norma si riferisce al riconoscimento dei provvedimenti stranieri di adozione, ma si ritiene comunque applicabile in via analogica) e non il più rigoroso *materiell-rechtlicher ordre public* (§ 6 IPRG) (men-

oltre che alcune corti di merito italiane⁷³ – a esaminare unicamente questo punto, le loro conclusioni avrebbero dovuto essere, molto probabilmente, di segno opposto, atteso che, nei casi di specie, gli effetti in parola, comportando il recepimento nel sistema interno della filiazione tra il minore e il padre non biologico, non avrebbero certo potuto essere reputati contrari all'ordine pubblico, né per la mancanza del legame genetico tra i due soggetti, né per il fatto di attribuire al minore un secondo padre. Quanto al primo aspetto, infatti, l'ordinamento, come ricordato, già conosce e tutela rapporti di filiazione non originati dalla genetica, ma sorti sulla base di criteri alternativi, tra cui quello, nella riproduzione assistita, dell'assunzione della responsabilità genitoriale verso il nato a seguito della decisione della coppia di intraprendere un progetto familiare comune attraverso le tecnologie riproduttive. Quanto, invece, al secondo aspetto, la giurisprudenza sui provvedimenti stranieri di adozione a favore di due uomini⁷⁴, o istitutivi della filiazione di due donne (delle quali una sola sia la madre genetica e biologica)⁷⁵, ha escluso in maniera inequivoca che l'omosessualità della coppia possa essere un elemento in qualche modo ostativo alla loro trascrizione⁷⁶. Inoltre, può del pari dirsi consolidato sia l'indirizzo che nega, ai fini dell'affidamento, che l'orientamento sessuale sia, di per sé, suscettibile di incidere in modo negativo sulla decisione del giudice⁷⁷, sia l'indirizzo favorevole all'adozione in casi particolari del figlio del partner all'interno di una coppia dello stesso sesso⁷⁸.

E però, diversamente, la giurisprudenza di legittimità e costituzionale, in linea con una parte della dottrina, ha invece stavolta ritenuto di non poter ignorare «quel che è a monte dell'istanza di trascrizione del titolo [di filiazione]»⁷⁹, facendo così discendere da un giudi-

tre è controverso se possano essere recepiti anche i semplici certificati di nascita o le mere registrazioni dello stato civile): T. Schoditsch, *Leihmutterchaft in Österreich? Über die Möglichkeit dessen, was nicht sein darf*, in «EF-Z», 2024, 7 s.; B. Verschraegen, *Leihmutterchaft. Zum Recht auf Elternschaft*, in «iFamZ», 2019, 269.

⁷³ Per esempio, App. Firenze, 28 gennaio 2020, in «GenUS», 1/2020, 182.

⁷⁴ Cass., 31 marzo 2021, n. 9006, in «Nuova giur. civ. comm.», 2021, I, 797, con nota di L. Tormen.

⁷⁵ Cass., 23 agosto 2021, n. 23319, in «DeJure».

⁷⁶ Per un'analoga considerazione rispetto all'ordinamento dei Paesi bassi (ove la gestazione per altri è, a certe condizioni, già possibile ed è altresì in discussione una regolamentazione relativa ai rapporti di filiazione che possano derivarne), v. G.-R. de Groot, *Internationales Abstammungsrecht in den Niederlanden*, in K. Duden, A. Dutta, T. Helms, C. Mayer (Hrsg.), *Eltern in ganz Europa. Perspektiven eines einheitlichen Internationalen Abstammungsrecht in Europa*, Frankfurt am Main, 2023, 111 s.

⁷⁷ Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in «Giust. civ.», 2013, I, 2508.

⁷⁸ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in «Nuova giur. civ. comm.», 2016, I, 1135, su cui v., nella II parte, il commento di G. Ferrando, 1213.

⁷⁹ V. Calderai, *La dignità umana, legal irritant del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2023, II, 671.

zio di netta incompatibilità della gestazione per altri con le coordinate di fondo del nostro ordinamento – e segnatamente col principio della dignità umana – il ripudio anche dell’atto di nascita che si sia formato a esito della pratica.

Ora, una simile premessa non sarebbe nemmeno, di per sé, completamente inverosimile⁸⁰, ma diventa sospetta nel momento in cui si presta a un utilizzo pregiudizialmente ideologico, rifiutando, cioè, di confrontarsi con i contesti ordinamentali e normativi che, di volta in volta, stanno proprio “a monte” della singola vicenda, e rinunciando, in tal modo, a distinguere tra discipline nazionali improntate a principi e regole liberaldemocratiche e discipline nazionali che non apprestano, invece, garanzie sufficienti alla libertà e alla salute della gestante⁸¹.

Si potrebbe, per contro, ribattere che la gestazione per altri sia una tecnica in ogni caso altamente deplorabile, e tale da non poter essere redenta da alcuna regolamentazione, dando sempre luogo, anzi, all’irricevibilità degli atti di nascita che ne siano seguiti.

Ma anche questa conclusione susciterebbe alcune riserve.

Intanto, per un rilievo non solo di economia giuridica, ma che investe la stessa coerenza dell’indirizzo delle supreme magistrature. Non si comprende, infatti, se non in un’inaccettabile logica puramente sanzionatoria degli adulti che si siano avvalsi della pratica⁸², quale sia il

⁸⁰ ...tant’è che pure la giurisprudenza tedesca non contempla alcun automatismo, ai fini del riconoscimento del provvedimento straniero, ma lo subordina, oltre alla circostanza che tra il nato e uno dei committenti, a differenza che per la gestante, vi sia un legame genetico, al riscontro di ragionevoli garanzie sostanziali e procedurali inerenti al rispetto della libertà di autodeterminazione della donna e ai contenuti dell’accordo di surrogazione (innanzi ai quali non rappresenta un impedimento la circostanza che alla gestante sia stato corrisposto un compenso per l’attività svolta); M. Frank, *op. cit.*, Rn. 11; BGH, 12 gennaio 2022, cit., Rn. 12 e 21; BGH, 5 settembre 2018, in «DNotZ», 2019, 54, Rn. 18 s. Sul punto, v. S.-M. Humbert, *Legalisierung der Leihmutterchaft*, in «ZRP», 2023, 71.

⁸¹ La nostra giurisprudenza, a differenza di quella tedesca, non dà nemmeno alcuna importanza alla circostanza che l’atto straniero di stato civile derivi da un provvedimento giurisdizionale, anziché da semplici dichiarazioni anagrafiche. Viceversa, in Germania, pur ammettendosi che l’*anerkenntnisfähige Entscheidung* di cui al § 109 FamFG possa consistere, oltre che in una pronuncia dell’autorità giudiziaria, anche nel provvedimento emesso da altra autorità statale funzionalmente assimilabile a un tribunale, in nessun caso, tuttavia, si ritiene che detta “decisione” possa essere integrata dalle risultanze di una mera iscrizione anagrafica nel registro delle nascite; al riguardo, e anche rispetto all’eventualità di determinare la filiazione secondo l’art. 19 EGBGB, v. N. Kvit, A. Spickhoff, *Leihmutterchaft in der Ukraine und gewöhnlicher Kindesaufenthalt*, in «FamRZ», 2023, 657 ss.; in giurisprudenza, v. OLG Celle, 23 gennaio 2023, in «NZFam», 2023, 784, con nota di M. Löhnig; BGH, 20 marzo 2019, in «NJW», 2019, 1608.

⁸² Discorre giustamente di «logica ritorsiva in danno del genitore di intenzione e soprattutto del minore» D. Giunchedi, *op. cit.*, 220, sebbene le Sezioni Unite neghino che il mancato riconoscimento della filiazione risponda a una «finalità dissuasiva di una pratica penalmente sanzionata» dal nostro diritto (Cass., sez.

senso di non ammettere la piena trascrizione dell'atto di nascita straniero e poi predisporre, per il genitore non biologico, la via dell'adozione in casi particolari, precisando, al contempo, come tale procedura debba ispirarsi a un criterio di celerità e di pienezza degli effetti senza che sul suo esito possano avere alcuna influenza la tecnica procreativa intrapresa e l'orientamento sessuale dei committenti⁸³. Alla fine, il risultato, per il figlio e il genitore, non potrà che essere il medesimo: lo si sarà reso solo un po' più macchinoso e accidentato, a discapito soprattutto del minore, mentre la presunta ferita inferta alla dignità della gestante resterà comunque aperta⁸⁴.

Inoltre, vi è poi un rilievo preliminare di cui tenere conto. Infatti, quando un problema di diritto internazionale privato richiede di concretizzare, per la soluzione del caso specifico, principi e clausole generali, come quelli della dignità umana e dell'ordine pubblico, non si dovrebbe fare affidamento su un'interpretazione unilaterale di tali direttive, occorrendo, piuttosto, ponderare la considerazione che il materiale normativo della cui compatibilità col nostro sistema si dubita trova in ordinamenti a noi comparabili per tradizioni culturali e valori di riferimento. Diversamente, vi è il rischio di instillare nel discorso giuridico quelle convinzioni morali, religiose o paternalistiche individuali che, per quanto finanche profondamente sentite, non raggiungono la soglia di tutela espressa dalla dignità umana, e non dovrebbero dunque essere imposte a tutti i consociati⁸⁵. Orbene, da questo punto di vista, malgrado l'orientamento proibizionista in tema di gestazione per altri sia ancora alquanto diffuso presso i sistemi occidentali, tuttavia, le significative eccezioni che pure si rinvencono, oltre

un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in «Fam. e dir.», 2023, 408, con note di M. Sesta, G. Recinto, M. Dogliotti, A. Spadafora). Ma invero, al di là delle declamazioni di principio, che la soluzione del Supremo Collegio finisca proprio per assecondare detta finalità è difficilmente contestabile, anche alla luce della giurisprudenza di altri paesi europei che, avendo invece avuto più presente un simile rischio, lo ha espressamente evitato: v. BGH, 10 dicembre 2014, in «NJW», 2015, 479, Rn. 56; App. Mons, 2 novembre 2020, cit., 3.1.2.

⁸³ V. Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in «Fam. e dir.», 2021, 684, con note di M. Dogliotti e di G. Ferrando.

⁸⁴ G. Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2023, II, 382 ss. (anche per la superabilità dell'obiezione, invero poco pertinente, per cui solo la via dell'adozione garantirebbe che l'instaurazione della filiazione corrisponda all'interesse del minore); similmente, v. anche M. Komuczky, *Dogmatische Einordnung von ausländischen Leihmutterchaften in Österreich*, in «IPRax», 2018, 285. Sul punto, v. poi M.C. Venuti, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale*, in questa «Rivista», 2022, 590 ss.; M. Di Masi, *Spunti critici in tema di gpa e minori*, in questa «Rivista», 2023, 173 ss.

⁸⁵ K. Duden, *Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts*, Tübingen, 2015, 160, che ritiene pertanto necessaria una «restriktive Handhabung» della dignità.

che le non univoche posizioni della stessa dottrina – italiana⁸⁶ e straniera⁸⁷ –, non consentono, a nostro avviso, di rinvenire qui quella lezione «certa e condivisa» della dignità umana che autorizza, e anzi esige, «la tecnica legislativa e interpretativa del divieto»⁸⁸.

Tantopiù che, come anticipato, vi sono sistemi, indubbiamente democratici e rispettosi dei diritti fondamentali, come quello tedesco, austriaco e belga, nei quali, pur essendo vietata la gestazione per altri, le corti hanno comunque stabilito, in linea di principio, la riconoscibilità dei vincoli di filiazione che siano sorti all'estero in conseguenza della pratica, confermando, con ciò, la correttezza di un'impostazione metodologica che evita di sovrapporre la dimensione interna a quella internazionalprivatistica. Non a caso, l'affermazione di questi orientamenti ha talvolta indotto i legislatori che intendevano contrastarli a intervenire in maniera più o meno diretta e con soluzioni tecnicamente discutibili.

Si pensi, in particolare, a una norma, della cui legittimità si è appunto dubitato, introdotta in Austria nel 2013 (§ 7 III StbG), la quale, escludendo per i nati all'estero l'acquisto della cittadinanza austriaca allorquando abbiano acquisito attraverso lo *ius soli* (come negli Stati Uniti) già la cittadinanza del paese di nascita, è sembrata, invero, espressamente tesa a conferire maggior effettività al divieto interno di gestazione per altri, proprio alla luce della posizione più liberale espressa, invece, dal Verfassungsgerichtshof⁸⁹. Oppure, si rammenti la modifica apportata in Francia nel 2021 all'art. 47 del codice civile, il quale stabilisce ora che la *réalité* dei fatti dichiarati negli atti di stato civile formati all'estero debba essere «appréciée au regard de la loi française». La norma è stata pensata proprio al fine di impedire la tra-

⁸⁶ V., per esempio, S. Patti, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta*, in «Riv. dir. civ.», 2023, 614; Ang. Federico, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in «Giust. civ.», 2020, 670 s.; V. Scalisi, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in «Riv. dir. civ.», 2017, 1097.

⁸⁷ È sufficiente rinviare all'opinione, pressoché unanime, della dottrina costituzionalistica tedesca, che esclude appunto che la gestazione per altri sia intrinsecamente contraria alla dignità umana: H.D. Jarass, *Art. 1*, in H.D. Jarass, M. Kment, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 18. Aufl., München, 2024, Rn. 24; Ph. Kunig, M. Kotzur, *Art. 1*, in I. von Münch, Ph. Kunig, J.A. Kämmerer, M. Kotzur (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 1, 7. Aufl., München, 2021, Rn. 53; Chr. Starck, *Art. 1 Abs. 1*, in H. v. Mangoldt, F. Klein, Chr. Starck, P.M. Huber, A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, cit., Rn. 97; H. Dreier, *Art. 1 Abs. 1*, in H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 3. Aufl., Tübingen, 2013, Rn. 157; M. Herdegen, *Art. 1 Abs. 1*, in T. Maunz, G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz, M. Herdegen, H.H. Klein (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, I, München, 2009, Rn. 104.

⁸⁸ Così, in generale, G. Vettori, *La fecondazione assistita fra legge e giudici*, in «Persona e mercato», 2016, 19.

⁸⁹ J. Pierer, *Abstammung*, in A. Deixler-Hübner (Hrsg.), *Handbuch Familienrecht*, 2. Aufl., Wien, 2020, 256.

scrizione degli atti di nascita stranieri istitutivi della filiazione tra il minore (nato da gestazione per altri) e il genitore non biologico, essendo stata questa soluzione infine ammessa dalla Cour de cassation a esito di una “saga” giurisprudenziale lunga e tortuosa⁹⁰. Senonché, è stato subito osservato, da un canto, come la nuova regola risulti foriera di disparità di trattamento, tra i figli delle coppie omosessuali maschili e quelli (del pari nati da gestazione per altri) delle coppie omosessuali femminili e delle coppie eterosessuali⁹¹; e, da un altro canto, come essa poggi, invero, su un’evidente forzatura, quale quella di trattare un problema di diritto internazionale privato alla stregua di un problema di diritto interno, tant’è che ci si è chiesti se la Cassazione francese «cédera-t-elle à cette injonction du législateur ou la “neutralisera”-t-elle en considérant que les renvois à la loi française ne vise que le droit international privé français»⁹².

Simili tendenze a riversare sugli *status* personali legittimamente acquisiti all’estero il disvalore espresso dalle norme nazionali che proibiscono la surrogazione gestazionale finiscono, allora, per dar luogo a una duplice distonia sistematica, che investe tanto il diritto internazionale privato, quanto il diritto della filiazione: il primo, perché la prevalenza della valutazione politica rispetto alla valutazione tecnica riflette, invero, un’inclinazione operativa poco compatibile col senso stesso della disciplina⁹³; e il secondo, perché il diritto della filiazione

⁹⁰ La riassume V. Égéa, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, 2022, 448 ss.

⁹¹ L. Schlürmann, *Ausländische Geburtsurkunden im französischen Abstammungsrecht - Fort- und Rückschritte eines Anerkennungsprinzips im IPR*, in «StAZ», 2022, 262; C. Bidaud, *La force probante des actes de l’état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique: du sens à donner à l’exigence de conformité des faits à la réalité «appréciée au regard de la loi française»...*, in «Rev. crit. DIP.», 2022, 45 s. La disparità di trattamento deriva dal fatto che, nell’ipotesi del figlio di due donne o di una coppia eterosessuale, l’atto di nascita straniero supererebbe verosimilmente il filtro dell’art. 47 c.c. fr., atteso che il diritto francese, avendo ammesso anche le coppie femminili alla fecondazione assistita di tipo eterologo, contempla dunque la possibilità che siano formati atti di nascita in cui risulti indicata come madre la donna che non ha partorito né ha magari legami genetici col nato. Il punto è parzialmente colto anche da Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, 8^e éd., Paris, 2023, 712 s., pur ritenendo che (in mancanza di un auspicato strumento convenzionale sul modello della Convenzione de l’Aja del 1993) resti comunque preferibile la via dell’adozione, essendo la sola che possa consentire un controllo minimo delle condizioni in cui la gestazione per altri sia avvenuta – sebbene, a nostro avviso, ciò finisca invero per snaturare profondamente la funzione stessa della procedura adottiva.

⁹² C. Byk, *Loi relative à la bioéthique. Révision et changement de cap de la politique publique*, in «Sem. jur.», éd. gén., 2021, 1745. Critica il nuovo testo dell’art. 47 c.c. fr. anche A. Gouttenoire, *L’accès à la parenté pour toutes. La révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021*, ivi, 1717, per le ricadute che esso comporta sul diritto all’identità del minore.

⁹³ S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l’épreuve de l’impératif de reconnaissance des situations*, Paris, 2022, 325 s. Peraltro, prosegue l’A., se la tecnica ha senza dubbio i suoi costi in termini di frustrazione, potendo talvolta apparire esageratamente formalista o rigida, essa presenta, tuttavia, pure il

non ha lo scopo di sanzionare i genitori che infrangano i tradizionali *Familienbildern*, quanto, piuttosto, quello di assicurare al minore opportunità di crescita e sicurezza nel quadro di rapporti familiari giuridicamente stabili⁹⁴.

7. Non è peraltro nemmeno chiaro su quali basi il diritto possa «decidere chi è figlio e chi non lo è, chi è genitore e chi non lo è», dando

grande vantaggio, anche sul piano sociale, di non esacerbare certi scontri: «Lorsque les valeurs que font intervenir la perspective de l'accueil d'une situation étrangère ne sont pas excessivement antagonistes, il est préférable de rechercher une solution sur le registre de la technique plutôt que d'exhumer les valeurs au risque d'aiguiser leurs différences. Le contraste avec une approche accentuant la dimension politique est très frappant, car l'affirmation d'une contrariété à l'ordre public, l'affirmation de ce que les bornes de la tolérance du for ont été franchies, a quelque chose de radical, de brutal au point de sembler infamant» (328). In effetti, i toni gravi ed enfatici adoperati dalle nostre supreme magistrature, onde stigmatizzare la gestazione per altri, si prestano facilmente a trasferire lo stigma dal piano della normativa straniera (oltretutto, nei casi di specie, certamente rispettosa dei principi liberaldemocratici) a quello del comportamento di coloro che se ne sono avvalsi, ai quali finisce così per essere più o meno direttamente imputabile l'asserita violazione della dignità umana della gestante.

Da un altro punto di vista, tuttavia, è stato invece osservato come anche le decisioni giurisprudenziali favorevoli al riconoscimento delle decisioni straniere sui nati da gestazione per altri abbiano, a loro volta, una connotazione politica, come del resto, in senso lato, ogni altra decisione del Bundesgerichtshof, in virtù della *maßstabsetzende Funktion* che gli è istituzionalmente attribuita e che si esplica con l'applicazione e la concretizzazione della norma generale al caso concreto. Senonché, scrive C. Thomale, *op. cit.*, 77 ss., vi sono questioni – tra cui quelle etiche e quelle che riguardano le tecnologie riproduttive – la cui estrema complessità richiederebbe di essere sciolta solo dal legislatore parlamentare, in quanto depositario della rappresentanza del pluralismo degli interessi e delle opinioni presenti nella società: cosicché, innanzi a tali problemi, le corti dovrebbero allora limitarsi a tradurre il “verdetto del legislatore” anche nella dimensione internazionalprivatistica, senza, invece, “rimpiazzarlo” con una propria e più benevola valutazione.

Il presupposto da cui muove l'A., onde giustificare l'ipoteca interpretativa che il diritto interno dovrebbe vantare anche sulla definizione delle controversie di diritto internazionale privato, è quello secondo cui il divieto di gestazione per altri, e la conseguente impossibilità di istituire la filiazione con il genitore d'intenzione, non sarebbero in alcun modo lesivi dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. Senonché, è proprio una simile premessa che appare a nostro avviso opinabile, sia alla luce dell'incidenza negativa che il divieto assoluto della pratica ha rispetto ai diritti riproduttivi delle persone che sono altrimenti impossibilitate a generare (J. Taupitz, *Assistierte Befruchtung bei homosexuellen Paaren und alleinstehenden Frauen*, in «NJW», 2021, 1434), sia perché la rimozione del rapporto di filiazione sorto all'estero tra il nato e il genitore d'intenzione rappresenta, in ogni caso, una lesione, per il primo, dei diritti che dallo *status* discendono (BGH, 10 dicembre 2014, cit., Rn. 54), e, per il secondo, della titolarità di un legame costituzionalmente protetto (art. 6 II GG: quest'ultimo punto non è invero pacifico, ma sembra nondimeno plausibile alla luce della recente giurisprudenza costituzionale, v. S.L. Gössl, *Grundrechte und IPR. Von beidseitigem Desinteresse zu höflicher Aufmerksamkeit und zu angeregtem Austausch?*, in «RebelsZ», 2023, 745).

⁹⁴ Così K. Duden, *Mehr Freiheit wagen im Familienrecht. Freiheit und Verantwortung im Abstammungsrecht*, in A. Dutta, C. Heinze (Hrsg.), „*Mehr Freiheit wagen*“. *Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow*, Tübingen, 2018, 108.

allo Stato «la possibilità di discriminare le persone in base ai corpi e alle loro funzioni, definendo cosa è normale e cosa è marginale, cosa può essere legittimato e cosa si può perseguire»⁹⁵.

Con riferimento all'adozione piena, invero, l'originaria limitazione dell'istituto alle sole coppie sposate appare ormai messa irreversibilmente in crisi dagli importanti contributi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità sull'adozione in casi particolari⁹⁶, la quale può essere domandata anche dalle persone singole, dal convivente e dalle coppie non coniugate (unite civilmente o no)⁹⁷, indipendentemente dall'orientamento sessuale dei componenti, e solo sulla base della loro adeguatezza e idoneità allo svolgimento dei compiti genitoriali. Il diritto vivente, infatti, ha ormai eroso le differenze più significative tra le due adozioni, collocando i residui scollamenti su un piano secondario e, da un punto di vista ricostruttivo, non dirimente⁹⁸, cosicché l'affermazione per cui anche l'adottato in casi particolari «ha lo *status* di figlio» non appare più revocabile in dubbio⁹⁹, sollecitando, semmai, una riforma complessiva della materia che non potrebbe (dovrebbe) esimersi dal recepire siffatte acquisizioni, a meno di non voler insistere in una regolamentazione, quale quella odierna, «ideologica e discriminatoria»¹⁰⁰.

Con riferimento, invece, alle condizioni di accesso alla procreazione medicalmente assistita, e al divieto di gestazione per altri, il discorso diviene più complesso, ma è comunque possibile una considerazione preliminare, alla luce, stavolta, di quella giurisprudenza che, da un lato, si è mostrata contraria al completo riconoscimento dello *status* dei nati all'estero da gestazione per altri¹⁰¹, e, da un altro lato, ha invece confermato la legittimità della preclusione per le coppie formate da due donne della possibilità di accedere in Italia alla fecondazione eterologa¹⁰².

Al di là delle più ampie riflessioni che queste pronunce susciterebbero, è qui sufficiente rimarcare la sorprendente assenza nel dialogo tra le nostre corti, e invero anche nel dibattito dottrinale, del

⁹⁵ M. Murgia, *op. cit.*, 58.

⁹⁶ G. Iorio, *Le adozioni in Italia fra diritto vivente e prospettive di riforma*, in «*Famiglia*», 2022, 508 ss.

⁹⁶ Con riguardo alle coppie non coniugate, v. N. Cipriani, *Adozione in casi particolari*, in «*Enc. dir. I Tematici*», *Famiglia*, cit., 39.

⁹⁷ R. Senigaglia, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*, in «*Nuove leggi civ. comm.*», 2022, 1343 ss.

⁹⁸ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit.

¹⁰⁰ V. Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in «*Nuova giur. civ. comm.*», 2017, I, 994.

¹⁰¹ Cass., 21 settembre 2023, n. 26967, cit.; Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in «*Fam. e dir.*», 2019, 653, con note di M. Dogliotti e di G. Ferrando; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.

¹⁰² Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

tema dei diritti riproduttivi, e in particolare di quelli delle persone omosessuali e delle persone singole, i quali, nella migliore delle ipotesi, sono un po' grossolanamente derubricati alla stregua di meri "desideri" di genitorialità¹⁰³, dimostrandosi così anche una certa inconsapevolezza del quadro – invece fortemente indicativo – che offrirebbe proprio la comparazione con altri sistemi giuridici, europei e non¹⁰⁴. Eppure, è assai difficile comprendere come l'aspirazione a generare un figlio proprio, certamente di rilievo e intensità non inferiori ad altre vicende che attraversano nondimeno dimensioni fondamentali della vita umana, e che attengono, variamente, ai diritti – inviolabili – di libertà e ai diritti sociali, non possa rivendicare una decorosa copertura costituzionale, nel solco, per esempio, di quel *Recht auf ein eigenes Kind* che nell'ordinamento tedesco, sulla base di coordinate sistematiche simili alle nostre, si configura non, evidentemente, come una situazione a contenuto positivo, bensì come un *abwehrrechtlicher Anspruch*, consistente nel diritto di respingere le ingiustificate ingerenze dello Stato nella realizzazione di un progetto genitoriale che, indipendentemente dalle condizioni e dal genere dell'interessato, possa avvalersi anche di tecnologie riproduttive e del contributo di terze persone al fine di far nascere un figlio con i propri gameti¹⁰⁵.

La categoria dei diritti inviolabili, infatti, integra un *genus* dotato di una «capacità espansiva autopoietica» suscettibile di attuarsi mediante un'interpretazione guidata tanto dalla similitudine con altri interessi che già vi siano penetrati, quanto dalla *ratio* dell'invulnerabilità e «dalla consapevolezza che ogni nuovo diritto si inserisce con una carica di conflittualità nella categoria»¹⁰⁶.

Orbene, in merito al primo profilo, la comunanza di *ratio* è invero testimoniata già sia dalle motivazioni con cui la Consulta aveva meritoriamente abbattuto il divieto di fecondazione eterologa per le coppie eterosessuali – in nome della «fondamentale e generale» libertà di autodeterminazione riproduttiva e del diritto alla salute psichica –

¹⁰³ V., per esempio, Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.

¹⁰⁴ Per alcuni richiami, sia consentito rinviare al nostro «*Status*» *civilistici e cittadinanza europea*, in questa «Rivista», 2022, 136 s.

¹⁰⁵ M. Wellenhofer, § 1591, in «Münchener Kommentar zum BGB», 10, 9. Aufl., München, 2024, Rn. 54 ss.; C.F. Majer, *Die Vermietung des eigenen Körpers - Verträge über Leihmutterschaft und Prostitution*, in «NJW», 2018, 2295 s. Per un'ampia teorizzazione dei diritti riproduttivi come diritti fondamentali, alla luce del sistema convenzionale europeo e dell'ordinamento tedesco, v. H. Dahlkamp, *Das Recht auf Zugang zur Elternschaft. Eine rechtsdogmatische und -philosophische Begründung auf supranationaler und nationaler Ebene*, Baden-Baden, 2023, *passim*. Per una proposta regolativa della gestazione per altri in Germania, v. la *Stellungnahme* del 2019 dell'Accademia Nazionale delle Scienze Leopoldina *Fortpflanzungsmedizin in Deutschland - für eine zeitgemäße Gesetzgebung*, p. 86.

¹⁰⁶ E. Navarretta, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in «Resp. civ. prev.», 2004, 9 s.

(conclusioni poi sorprendentemente accantonate, a detrimento delle coppie omosessuali femminili, nella decisione n. 221/2019)¹⁰⁷; sia dalla constatazione empirica per cui la generazione e la nascita di un figlio rappresentano un evento che produce, sulla vita di chi lo provi, un profondo e irripetibile impatto, emotivo e materiale, almeno pari o, più probabilmente, superiore – certo non inferiore – a quello apportato da altre esperienze che pure contrassegnano intimamente l'esistenza individuale e trovano, per l'appunto, protezione nell'alveo dei diritti inviolabili, in virtù delle insopprimibili epifanie della personalità umana di cui sono foriere (si pensi, per esempio, alla realizzazione che il singolo può conseguire attraverso lo studio, il lavoro, l'associazionismo ideale e politico, la libertà di circolazione e di domicilio, la professione di una fede, l'affermazione del proprio orientamento sessuale, l'esercizio di un'arte...).

Quanto al secondo profilo, invece, l'eventualità che i diritti riproduttivi vengano correttamente inquadrati tra i diritti inviolabili non ne implicherebbe, meccanicamente, anche il superamento di ogni potenziale conflittualità con altri interessi che, in teoria, potrebbero talora frapporsi al loro esercizio, sprigionando un'analoga carica giuridica e assiologica: tale conflittualità, semmai, andrebbe risolta attraverso la tecnica del bilanciamento, la quale, com'è noto, può portare a ritenere prevalente, all'interno dello specifico conflitto, una determinata posizione senza, al contempo, sconfessare la natura di diritto inviolabile della posizione contrapposta¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in «Nuova giur. civ. comm.», 2014, I, 802, su cui v., nella II parte, il commento di G. Ferrando, 393.

¹⁰⁸ E. Navarretta, *op. cit.*, 10. Per esempio, la circostanza che, a fronte di determinati presupposti, il diritto alla riservatezza possa soccombere rispetto al diritto di cronaca non mette certo in dubbio l'appartenenza della riservatezza tra i beni protetti dai diritti inviolabili, ma ne segnala, piuttosto, i limiti recessivi innanzi a quei consolidati indici reputati idonei, dalla giurisprudenza, a far pendere il bilanciamento dal lato dell'interesse pubblico alla conoscenza di una data notizia. Con più puntuale riguardo al nostro tema, invece, può immaginarsi che l'ordinamento, pur riconoscendo l'invioabilità dei diritti riproduttivi, e dunque dell'aspirazione ad accedere alle tecnologie riproduttive per coloro che siano impossibilitati a generare naturalmente, possa comunque talora precludere o condizionare l'esercizio di tali diritti in nome della difesa di altri interessi ritenuti prevalenti. Emblematica potrebbe essere proprio l'ipotesi della gestazione per altri, non tanto là dove venisse confermata l'opinabile idea che questa pratica comporti, in ogni caso, un inaccettabile attacco alla dignità della donna, sì da doverne sempre affermare il divieto assoluto, quanto, piuttosto, qualora trovasse invece spazio una più meditata posizione, volta cioè a promuoverne una regolamentazione equilibrata e consapevole anche dei rischi e dei diritti della gestante, i quali, inevitabilmente, concorrerebbero così a definirne i presupposti di ammissibilità e i limiti. In questo senso, v. B. Heiderhoff, *Art. 6*, in I. von Münch, Ph. Kunig, J.A. Kämmerer, M. Kotzur (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, cit., Rn. 233.

8. Si suole spesso parlare di maternità surrogata, anziché di gestazione per altri.

La differenza, però, non è meramente lessicale, giacché, com'è stato osservato, la prima espressione reca con sé un'identificazione, potenzialmente insidiosa, tra il processo fisico della gravidanza e l'esperienza della maternità intesa come «dimensione fisica e/o spirituale che unisce al desiderio di procreare la disposizione ad assumersi la responsabilità genitoriale su una vita altrui». Da questa angolazione, la maternità – diversamente dalla gravidanza – non può allora essere surrogata, implicando «un atto di volontà e consapevolezza personale non alienabile»¹⁰⁹.

¹⁰⁹ M. Murgia, *op. cit.*, 65 ss. Tale precisazione è alla base del convincimento dell'A. che, in un'eventuale regolamentazione della gestazione per altri, alla gestante dovrebbe sempre spettare il diritto di cambiare idea e di tenere con sé il figlio, anche ove i gameti non fossero i suoi (spec. 81 ss.).

Si tratta di un problema legato alle ricadute che una disciplina della gestazione per altri sarebbe suscettibile di avere sul principio *mater semper certa est* (A. Mirkovic, *La maternité à l'épreuve de la pma et de la gpa*, in *Mater semper certa est? Passé, présent, avenir d'un adage*, sous la direction de K. Fiorentino, A. Fiorentino, Bruxelles, 2018, 224 ss.), nel cui presidio è appunto ravvisata la ratio del divieto di ottenere, per effetto del contratto di surrogazione, un trasferimento coattivo tanto del minore quanto della posizione genitoriale della donna (S. Niccolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in «GenIUS», 2017/2, 54 ss.) – sebbene sia a nostro avviso discutibile trarre indicazioni definitive da un principio che, postulando come unica generazione possibile quella mediante rapporto sessuale, non si presta agevolmente a spiegare fattispecie nemmeno immaginabili al tempo della sua codificazione (G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in «Riv. dir. civ.», 2005, I 104).

L'idea che la «primazia materna nella procreazione» non sia abdicabile per contratto (v. ancora S. Niccolai, *Non siamo tutti uguali: con l'universalismo è lei che ci perde*, in *Gestazione per altri. Pensieri che aiutano a trovare il proprio pensiero*, a cura di M. Piccoli, Circolo della Rosa di Verona, Milano, 2017, 172) è condivisa anche da autorevole dottrina tedesca, la quale ritiene altresì che, tra i requisiti a cui subordinare il riconoscimento della decisione straniera fondativa dello *status* del nato da surrogazione gestazionale, debba esservi anche quello della previsione, da parte dell'ordinamento di provenienza, della facoltà per la gestante di cambiare idea e di non consegnare il minore ai committenti (N. Dethloff, *Leihmutterschaft in rechtsvergleichender Perspektive*, in B. Ditzgen e M.Ph. Weller (Hrsg.), *Regulierung der Leihmutterschaft*, Tübingen, 2018, 65). Peraltro, se da un lato è vero che un simile diritto di ripensamento potrebbe indurre i committenti a rivolgersi a ordinamenti che non lo prevedano, da un altro lato, tuttavia, è del pari vero che esso ricorre pure in contesti – come quello canadese – che non sembra ne abbiano necessariamente risentito sul piano dell'attrattività, essendo anzi proprio da quell'ordinamento originati i casi poi approdati alle nostre corti.

Ciò detto, però, la funzione stessa della gestazione per altri, il senso della procedimentalizzazione (di cui un'ipotetica disciplina non potrebbe certo fare a meno) di tutte le sue fasi, assieme alla tutela dell'interesse del minore alla conoscenza dei, e a essere cresciuti dai, suoi genitori genetici, non renderebbero implausibile, *de iure condendo*, la previsione di meccanismi legali direttamente e irrevocabilmente attributivi della genitorialità in capo ai committenti e sulla base dell'accordo con la gestante: v. E. Hoven, F. Rostalski, *Zur Legalisierung der Leihmutterschaft in Deutschland*, in «JZ», 2022, 490 s. Del resto, secondo un'Aultrice, la negazione di simili dispositivi potrebbe perfino riflettere un'immagine pa-

Siffatta impostazione non trova riscontro nelle tesi di chi ritiene, invece, che l'inalienabilità riguardi il corpo nella sua interezza, in quanto bene extrapatrimoniale per eccellenza, e quindi in ogni caso indisponibile a essere oggetto di un diritto di prestazione e di contrattazione commerciale¹¹⁰.

Vi è invero – anche qui – l'eco di retaggi giusnaturalistici, che oppongono la naturalità del parto all'artificialità della legge e del contratto¹¹¹, e alla libertà dei singoli di costruire, con gli strumenti della tecnica e del diritto, programmi alternativi a quelli che sarebbero dettati dalle leggi della biologia, sulle quali, in definitiva, si fonda lo stesso principio *mater semper certa est*¹¹².

Senonché, la prospettiva della «difesa della natura», se da un lato non appare realistica, né quindi «percorribile», in uno spazio globale in cui nemmeno si contano più le manipolazioni della natura da parte della tecnica, da un altro lato, poi, come si vedrà, fornisce, ancora una volta, un alibi apparentemente neutro all'affermazione, invece, di una precisa opzione politica conservatrice nella regolazione dei rapporti di famiglia¹¹³: opzione che qui si avvale dell'argomento-rifugio della dignità umana e che ha tra i suoi elementi più spiccatamente costitutivi quello del contrasto all'idea che una coppia omosessuale – e particolarmente una coppia di uomini – possa avere figli propri¹¹⁴.

ternalistica della donna quale soggetto emotivamente inaffidabile e incapace di assumere decisioni autonome e responsabili: v. C. Shalev, *Nascere per contratto*, a cura di G. Ajani, A. Maffiodo, Milano, 1992 (*Birth Power. The Case for Surrogacy*, 1989), 126.

Il diritto di ripensamento è stato nondimeno incluso tra le raccomandazioni che ha rivolto al legislatore tedesco la Commissione ministeriale sull'autodeterminazione riproduttiva e la riproduzione assistita chiamata a esprimersi sulla prospettiva di una legalizzazione della gestazione per altri e della donazione di ovuli (secondo quanto previsto, anche in tal caso, dal contratto di coalizione tra SPD, Verdi e FDP): v. il *Kurzbericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin* (p. 40), presentato nell'aprile 2024 e reperibile sul portale del Ministero federale per la famiglia, gli anziani, le donne, la gioventù (www.bmfsfj.de), ove si può leggere anche il *Bericht* integrale (su cui v. Ch. Wendland, *Legalisierung von Eizellspende und Leihmutterchaft? Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin*, in «FamRZ», 2024, 829).

¹¹⁰ V. Calderai, *op. ult. cit.*, 989; V. Calderai, E. Stradella, *Genere, riproduzione, filiazione*, in V. Bonini, V. Calderai, E. Catelani, A. Sperti, E. Stradella, *Diritto e genere*, cit., 252; D. Danna, *La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità*, in «Ragion pratica», 2019, 419 ss.

¹¹¹ V., in particolare, S. Niccolai, *Alcune note*, cit., 54 ss.; Ead., *Non siamo tutti uguali*, cit., 179.

¹¹² V. nt. 109.

¹¹³ M.R. Marella, *Editoriale*, in questa «Rivista», 2023, 4 s. E v. anche, più indietro, la nota n. 5.

¹¹⁴ Infatti, la prospettiva di una coppia di uomini che ricorre alla gestazione per altri comporta una rottura di quell'«ordine naturale delle cose» che risulta particolarmente intollerabile non solo da posizioni conservatrici, ma spesso anche da posizioni (*soi disant*) progressiste, oltre che per una parte del movimento femmini-

Il tutto, peraltro, anche a prezzo di sconfessare il principio di autodeterminazione femminile pure rispetto a una pratica sulla cui insita riprovevolezza dovrebbe almeno azzardarsi un dubbio, essendo l'unica capace di consentire l'esplicazione dei diritti riproduttivi di persone che sarebbero, altrimenti, naturalmente o fisiologicamente impossibilitate alla generazione (coppie omosessuali maschili, uomini soli, donne, singole o in coppia, che, per ragioni di salute, non possano intraprendere o portare avanti una gravidanza).

Tale notazione permette altresì di cogliere la profonda distanza che intercorre tra l'ipotesi in cui il ricorso alla gestazione per altri sia motivato dalla volontà di evitare, per motivi estetici, lavorativi o semplice indolenza, i rischi e gli incomodi di una gravidanza che pure si sarebbe in grado di intraprendere, e quella, invece, in cui la generazione naturale sia, viceversa, preclusa da patologie genetiche od organiche, o dall'orientamento sessuale o, ancora, dalla mancanza di partner. A proposito di questa seconda eventualità (l'unica, a nostro avviso, che andrebbe presa in esame anche in un'ottica regolativa) si è, infatti, osservato come il rischio dello sfruttamento e della "cementazione" della disparità sociale ed economica delle parti sia, in qualche modo, idealmente annullato dalla pressante condizione personale e psichica dei committenti, i quali, versando a loro volta in una "situazione di necessità", dipendono dalla gestante non meno di quanto la gestante dipenda da loro¹¹⁵.

Anche da una prospettiva femminista, infine, è stato scritto come opporsi alla gestazione per altri adducendo «l'unicità insostituibile del legame che si stabilirebbe tra gestante e feto» significhi porre le condizioni «perché gravidanza e maternità tornino a essere inscindibili e quella sovrapposizione torni a essere usata contro le donne SEMPRE,

sta. Si può, anzi, dire che, nel dibattito pubblico italiano, è proprio questa eventualità ad aver suscitato quella feroce ed eterogenea reazione che è stata, invece, normalmente risparmiata all'ipotesi, peraltro ben più frequente, in cui ad avvalersi della gestazione per altri sia una coppia eterosessuale. Una chiara testimonianza in tal senso, del resto, la si è avuta alla vigilia dell'approvazione della legge sulle unioni civili, quando il tema della surrogazione gestazionale fu invocato, in maniera impropria e strumentale, onde impedire una modifica della legge sulle adozioni che (affiancando nella lett. *b* dell'art. 44 al coniuge la parte dell'unione civile) sarebbe peraltro andata a beneficio dei figli di tutte le coppie omosessuali.

Ed è singolare che pure in Francia, dove l'attenzione sulla gestazione per altri si accese del pari in occasione della legge sul *mariage pour tous*, il rammentato intervento legislativo (v. *retro* par. 6), finalizzato a contrastare il più liberale orientamento infine seguito dalla giurisprudenza di legittimità, si caratterizzi proprio per riguardare, principalmente, i figli delle coppie omosessuali maschili, atteso che, come segnalato dalla dottrina, è invece verosimile che il nuovo testo dell'art. 47 c.c. fr. consenta comunque di far salva la filiazione verso la madre non biologica allorquando il minore (benché ugualmente nato all'estero mediante gestazione per altri) sia figlio di una coppia eterosessuale o di una coppia omosessuale femminile.

¹¹⁵ H. Dahlkamp, *op. cit.*, 459 s.

¹¹⁶ M. Murgia, *op. cit.*, 66 s.

ogni volta che per i motivi più svariati provassero a scegliere di non essere madri»¹¹⁶. In effetti, la differenza tra il percorso della gestazione e il destino della maternità, assieme al riconoscimento della piena autonomia della donna nelle scelte riproduttive, è alla base delle norme sull'anonimato materno e sull'interruzione volontaria della gravidanza, cosicché la messa in discussione di questi principi, ancorché non per imporre una condotta, ma per vietarne un'altra, rappresenta un precedente non poco rischioso¹¹⁷. A tacer del fatto, poi, che connettere dirimenti implicazioni ricostruttive e operative, sul piano giuridico, alla distinzione tra madre sociale e madre biologica, ritenendo quest'ultima «il principale referente del nome “madre”»¹¹⁸, prelude altresì a un'ingiusta e sgradevole svalutazione della filiazione adottiva, relegandola a una sorta di «maternità di serie B»¹¹⁹.

9. Acclarato che nella gestazione per altri non sono la maternità, né tanto meno un figlio¹²⁰, a essere oggetto del contratto, bensì la capacità riproduttiva della donna, resta allora da confrontarsi con l'affermazione della Consulta e delle Sezioni Unite secondo cui tale pratica «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale»¹²¹.

Dalla singolare angolazione da cui la nostra giurisprudenza ha trattato il problema dello stato dei nati all'estero da surrogazione gestazionale, tale profilo ha assunto un peso argomentativo dirimente, dando nondimeno, a suo modo, un contributo di franchezza al dibattito. Infatti, se è vero che una gestazione per altri intrapresa per puro spirito altruistico e senza alcun corrispettivo (per esempio, da una sorella o da un'amica) potrebbe apparentemente sembrare meno controversa¹²², è del pari vero, però, che una simile ipotesi, nella realtà, è rarissima, e dunque non idonea a fornire una rappresentazione fedele del fenomeno e a illustrarne la più autentica problematicità giuridica. Infatti, anche negli ordinamenti che escludono la surrogazione com-

¹¹⁷ S. Patti, *Le Sezioni Unite*, cit., 617 s.

¹¹⁸ Così D. Danna, *op. cit.*, 414.

¹¹⁹ Così, criticamente, M. Murgia, *op. cit.*, 67.

¹²⁰ K. Duden, *Leihmutterschaft*, cit., 180 ss.

¹²¹ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.; Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in «Corr. giur.», 2018, 446, con nota di G. Ferrando.

¹²² Alla gestazione per altri solidale è dedicato lo studio di A.G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, 2022, 23 ss., che si apre con un meritorio inquadramento sistematico dei diritti riproduttivi (31 ss.), i quali, come accennato, ricevono un'attenzione ancora non sufficiente nelle analisi della nostra dottrina.

merciale, la pratica, a ben vedere, non è mai del tutto estranea alla dimensione patrimonialistica: e ciò non tanto, o non solo, perché i rimborsi riconosciuti alla gestante potrebbero non limitarsi alle sole spese mediche e di altro tipo in senso stretto, quanto, piuttosto, perché dall'intera vicenda traggono comunque profitto le agenzie di intermediazione che si frappongono tra i committenti e le gestanti.

Lo stigma della patrimonializzazione, a dispetto della sbrigativa assertività che lo accompagna, è però ben lungi dall'offrire un argomento definitivo¹²³. Fermo restando che una legalizzazione della gestazione per altri retribuita appare pensabile solo a fronte di rigorose procedure pubbliche che asseverino la consapevolezza della gestante e l'assenza di frodi, minacce e costrizioni in suo danno, non è, infatti, sufficiente il *Natürlichkeits-* o il *Damnbruchargument* per opporsi a questa possibilità: il secondo perché è del tutto arbitrario nelle premesse e indimostrato nelle conclusioni, e il primo perché, essendo portatore di univoche "concezioni morali e/o tradizionali della maternità e della famiglia", si rivela in contrasto col principio di neutralità dello Stato innanzi al pluralismo valoriale presente nella società, e col connesso principio di tolleranza che garantisce la pacifica convivenza di tutte le opinioni nel rispetto delle scelte individuali¹²⁴.

Del resto, anche sorvolando sulle ragionevoli riserve suscitate dall'idea che la gestazione per altri possa essere ammessa solo in forma gratuita¹²⁵ – gratuita che potrebbe talora finire per rinnovare *cliché* e prevaricazioni tipiche del patriarcato – è sufficiente osservare come quelle motivazioni economiche che, rispetto alla gestante, paiono inaccettabili e lesive della dignità umana risultano, invece, in-

¹²³ Si pensi anche alle diverse opinioni maturate nel pensiero femminista: per alcuni riferimenti, v. B.H. Bix, *Families by Agreement*, cit., 94 s.; S. Boicelli, *La gestazione per altri tra emancipazione e sfruttamento. Prospettive giusfemministe*, in «GenIUS», 2023/1, 87 ss. Sul punto, v. poi B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. Niccolai, E. Olivito, Napoli, 2017, 114 s., secondo cui la salvaguardia della dignità di tutti gli esseri umani coinvolti non sembra inconciliabile con la copertura delle spese mediche connesse alla gravidanza e «persino con l'apertura ad una ragionevole remunerazione della madre biologica».

¹²⁴ H. Dahlkamp, *op. cit.*, 450 ss., 606 ss.

¹²⁵ E. Hoven, F. Rostalski, *op. cit.*, 487 s. Sulla compatibilità tra la dimensione onerosa dello scambio e quella della solidarietà come movente contestuale della scelta di intraprendere una gravidanza per altri, v. anche S. Gössl, A. Sanders, *Die Legalisierung der Leihmutterchaft - Vorschläge für die familienrechtliche Regelung in Deutschland*, in «JZ», 2022, 496, e, nella nostra dottrina, M.R. Marella, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, cit., 381, che osserva come pure altre prestazioni lavorative incentrate sulla cura e l'assistenza (di bambini, anziani, disabili) siano suscettibili di accompagnarsi a sentimenti di empatia e affetto verso i destinatari, a prescindere dal carattere oneroso che le stesse presentano in ragione della loro natura professionale. Sul punto torneremo ancora alla fine del paragrafo.

nanzi ad altre scelte individuali – finanche strettamente personali e che hanno una grande, talvolta irreversibile, ricaduta sulla vita di chi le prende –, doverosamente meritevoli di rispetto, o comunque ampiamente tollerate e metabolizzate dalla coscienza sociale, cosicché, in quei casi, il solo pensiero che le pubbliche autorità possano avocare il potere del singolo di decidere per sé, o rimuovere gli effetti della sua decisione, apparirebbe scandaloso o insensato.

Alcuni esempi che sono stati proposti sembrano particolarmente emblematici.

Il primo è quello della l. 194/1978, la quale annovera anche le condizioni economiche o sociali tra le circostanze capaci di determinare quel serio pericolo per la salute fisica o psichica della donna che legittima l'aborto (art. 4): sicché, ci si è interrogati sulla coerenza di un sistema che considera tali condizioni valide per interrompere una gravidanza ma non anche per consentirne l'inizio, sebbene magari la sua remunerazione possa proprio agevolarne il superamento¹²⁶. Il secondo esempio, invece, è suscettibile di più ampia generalizzazione, ma riguarda specialmente quei numerosi casi di donne straniere che, lasciando al paese d'origine la loro famiglia, vengono in Italia a occuparsi della cura degli anziani: quale donna – ci si è chiesti – accetterebbe di rinunciare all'infanzia dei figli per andare a offrire «forza fisica, presenza e cura» a una famiglia di estranei, «se non venisse pagata abbastanza da migliorare la svantaggiatissima posizione di parthena?»». Ecco, nell'illusione che ciò non rappresenti uno sconvolgimento del pari capace di «minare nel profondo le relazioni umane» delle persone che lo vivono si annida, allora, il rischio dell'ambiguità, se non addirittura dell'ipocrisia¹²⁷: quella di «non voler vedere che la nostra emancipazione, la libertà di andare a lavorare o di vivere la vita della nostra famiglia anziché votarsi all'assistenza di una persona anziana è conquistata a prezzo della non emancipazione di altre donne, alle quali il compito di cura che la società ha sempre preteso dalle donne italiane è stato trasferito»¹²⁸.

Un terzo esempio, infine, viene suggerito dalle stesse Sezioni Unite, le quali, volendo dimostrare la portata lesiva, per la libertà individuale, del contratto di surrogazione, denunciano come esso obblighi

¹²⁶ M. Murgia, *op. cit.*, 70 s. L'incoerenza è, tuttavia, più teorica che pratica, in quanto, al di là della formulazione dell'art. 4 l. 194/1978, e di alcune letture proposte all'indomani della sua entrata in vigore, esso, invero, non pone alcun condizionamento sostanziale alla volontà della gestante che intenda interrompere la gravidanza nei primi novanta giorni: v. G. Oppo, *L'inizio della vita umana*, in «Riv. dir. civ.», 1982, I, 515 s.

¹²⁷ Sottolinea tale aspetto M.R. Marella, *op. ult. cit.*, 377, 380.

¹²⁸ M. Murgia, *op. cit.*, 74 s. Sul punto, v. poi M.R. Marella, *Lavoro domestico*, cit., 662, che osserva come la *commodification* della cura dipenda proprio «dall'aspirazione delle donne del nord del mondo a essere liberate dal lavoro di cura familiare non retribuito».

la donna, durante la gravidanza, a sottoporsi a una serie di limiti e di controlli relativi all'alimentazione, allo stile di vita e all'astensione dal fumo e dall'alcol. Eppure, anche qui, l'ordinamento non ha altrove alcuna difficoltà ad ammettere contratti che diano luogo a obblighi notevolmente invasivi per la sfera personale e fisica, esigendo dal contraente proprio la tenuta di uno specifico e prolungato «stile di vita», oltre che di «condotte rigorosamente controllate nelle sedi "extra lavorative"»: è il caso, in particolare, del lavoro sportivo, che riguarda anche molti lavoratori che, nel corso della loro carriera, non conseguono nemmeno i livelli di gratificazione spirituale e agiatezza economica ottenuti dagli atleti più famosi e remunerati¹²⁹.

Ad ogni modo, simili considerazioni non intendono proporre una mera inversione del piano inclinato: si tratta, piuttosto, di problematizzare la secca alternativa dignità-*commodification*¹³⁰, constatando anzitutto come, a fronte di prestazioni onerose che gravano in maniera significativa sull'esistenza di chi le assume¹³¹, l'ordinamento non sia equidistante, scontando, rispetto alla gestazione per altri, condizionamenti culturali e ideologici che sono suscettibili, per un verso, di ostacolare una serena decodificazione dei problemi etici che la pratica presenta, e, per altro verso, di veicolare indebite interferenze nella vita privata delle persone.

È esemplare, al riguardo, la decisione con cui la Consulta, a onta di un'argomentazione tutta concentrata sul personalismo¹³², ha confermato la legittimità delle norme che osterebbero alla piena trascrivibilità degli atti di nascita stranieri dei minori venuti alla luce attraverso la gestazione per altri. Nella sentenza n. 33/2021, infatti, la forza evocativa della dignità umana ha patrocinato una conclusione del tutto in contrasto con il principio – pure sancito in altri precedenti – secondo cui l'interruzione di un vincolo di filiazione, coinvolgendo anche il minore incolpevole, non può mai configurarsi come un automatismo conseguente a una sorta di pena accessoria diretta contro il genitore, ma «in tanto può ritenersi giustificabile [...] in quanto essa si giustifichi proprio in funzione [della] tutela degli interessi [del figlio]»¹³³.

¹²⁹ S. D'Ascola, *Diritti e obblighi del calciatore professionista fra legge e contratto*, in «Lavoro, Diritti, Europa», 2019/3.

¹³⁰ M.R. Marella, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, cit., 378.

¹³¹ Si rammentano, nella letteratura tedesca, gli esempi della prostituzione e della pornografia: v. E. Hoven, F. Rostalski, *op. cit.*, 487; A. Reitter, *Rechtspaternalismus und Biomedizinrecht. Schutz gegen den eigenen Willen im Transplantationsgesetz, Arzneimittelgesetz und Embryonenschutzgesetz*, Berlin, 2020, 380 ss.

¹³² ...nella misura in cui, a dispetto del noto paradigma kantiano, l'ordinamento si serve qui dello *status* del minore, e quindi della sua persona, come di un "mezzo" in vista del perseguimento di un "fine" generalpreventivo e sanzionatorio (A. Vallini, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in «Criminalia», 2019, 241).

¹³³ Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, in «Giur. cost.», 2013, 169, con nota di Mar. Mantovani.

Siffatto mutamento di rotta permette nondimeno di rilevare anche una qualche contraddittorietà, a nostro avviso, della pur raffinata tesi che fonda il mancato riconoscimento dello *status* del minore sull'indisponibilità dei diritti inviolabili della gestante che sarebbero, invece, stati coinvolti nel contratto di surrogazione stipulato all'estero¹³⁴. Infatti, anche a voler ammettere che detta indisponibilità resti assoluta pure innanzi alla finalità della gestazione per altri – quella cioè di consentire l'esercizio dei diritti riproduttivi a soggetti che ne sarebbero altrimenti impossibilitati – deve, tuttavia, osservarsi come il rifiuto di trascrivere la filiazione verso il genitore non biologico non solo non ripristini in alcun modo la situazione antecedente all'atto dispositivo della gestante, ma, a sua volta, ponga, anzi, nella disponibilità dell'ordinamento pure i diritti inviolabili del minore che sullo *status* si fondano (identità personale, educazione, istruzione...).

Anche alla luce di questi esiti, la tralattizia contrapposizione tra dignità e autodeterminazione sollecita allora ulteriori riflessioni, a partire dalla tendenza giurisprudenziale a operare un'oggettivazione in senso collettivo della dignità, sulla scorta, cioè, di un modello ideale e astratto destinato a imporsi, attraverso le corti e, prima ancora, il legislatore, anche al singolo che volesse discostarsene in nome della propria libertà valutativa e decisionale¹³⁵. In questo modo, la dignità diviene infatti garante del comune sentire filtrato dalle pubbliche autorità e cessa, invece, di essere un presidio per le posizioni contromaggioritarie, per le quali, ponendosi al di fuori del circuito delle scelte giudicate virtuose, non residua più alcuno spazio di mediazione¹³⁶.

A questa dialettica – che incorre in qualche ellitticità, quando assume la legge ordinaria (ossia il divieto penale) a misura del principio costituzionale, e non viceversa – può nondimeno obiettarsi – con accorta dottrina – come l'art. 3 C., richiamando la «dignità sociale» e connettendola al principio di uguaglianza, non delinea necessaria-

¹³⁴ V. Calderai, *La dignità umana*, cit., 671.

¹³⁵ A tacer del fatto, poi, che lo scrutinio di siffatta dimensione oggettiva della dignità dovrebbe, come anticipato, richiedere principalmente il confronto con i dati (normativi e giurisprudenziali) e le acquisizioni della dottrina che si registrano in sistemi giuridici affini al nostro: si da poter verificare se davvero vi sia, a livello comparatistico, una tendenza interpretativa sufficientemente omogenea da poterla sovrascrivere con certezza all'essenza stessa del più universale dei principi (si pensi, per esempio, all'indiscutibile incompatibilità che vi è tra la dignità umana e la pena capitale), oppure, diversamente, se tale oggettivazione della dignità non rispecchi, piuttosto, una soggettiva *Weltanschauung* che, per quanto diffusa e magari accolta dagli organi decisionali di un ordinamento, non può tuttavia ambire a essere l'unica interprete di un principio che, per sua natura, è insuscettibile di essere declinato unicamente in una dimensione municipale.

¹³⁶ Al riguardo, v. già le lungimiranti pagine di M.R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in questa «Rivista», 2007, 74 ss. Sul punto, v. anche C.M. Mazzoni, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Firenze, 2019, 102.

mente un paradigma di riferimento unico ed etereo, incoraggiando, piuttosto, l'interprete a non prescindere, nella concretizzazione del principio, dalla materialità dei rapporti sociali e dei bisogni di vita di «tutti i cittadini», esattamente come anche l'art. 36 C. risulta immerso nella concretezza dei conflitti economici e delle esistenze dei lavoratori, lì dove richiede che la retribuzione degli stessi sia libera e dignitosa rispetto ai loro bisogni e a quelli delle loro famiglie¹³⁷.

Da questo punto di vista, il consolatorio omaggio che la giurisprudenza sullo stato dei nati da *surrogacy* rende al principio della dignità, se da un lato le permette di ribadire la legittimità del controllo statale sulle scelte e i corpi femminili¹³⁸, dall'altro lato, però, mediante la stigmatizzazione della pratica, non fa che eludere, anziché risolvere, la vera questione di fondo, ossia quella della dignità delle alternative offerte dal mercato: quasi che lo sfruttamento della persona umana sia un rischio insito nel solo mercato dei servizi riproduttivi e che in quello soltanto non possano risiedere «chance di *empowering* [...] in termini di mobilità sociale [e] di miglioramento delle [...] condizioni di vita» suscettibili di essere ritenute, da un'aspirante madre portante, e sulla base della sua libertà di apprezzamento, preferibili rispetto alla propria situazione e più efficaci delle opzioni teoricamente disponibili in altri mercati¹³⁹.

Ed è vero che, nei conflitti distributivi tipici della commercializzazione della gestazione per altri, la gestante non è normalmente favorita nella distribuzione del valore del servizio procreativo: e ciò sia nei confronti delle agenzie di intermediazione, che di fatto si appropriano di una quota significativa del valore di scambio della prestazione riproduttiva; sia nei confronti dei committenti, per i quali detta prestazione assume un valore idiosincratico incommensurabile, e, in ogni caso, per loro enormemente superiore al compenso ricevuto dalla donna. D'altro canto, è del pari vero che una simile prospettiva di regolamentazione infrangerebbe almeno il «cortocircuito» provocato dall'attuale, sistematica, negazione del valore produttivo del lavoro riproduttivo endofamiliare, il quale, peraltro, non si limita alla sola gestazione, ma comprende anche tutte quelle ben più prolungate attività di cura e accudimento dei figli che, per fattori socioculturali, gravano in gran parte sulle madri: detta negazione, infatti, finisce sia per ridurre sensibilmente il potere negoziale delle donne sul mercato, sia per alimentare una congerie di stereotipi di genere che ne rendono più

¹³⁷ M.R. Marella, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, cit., 372 ss.

¹³⁸ Quand'anche si tratti di scelte e di corpi che, collocandosi in altri ordinamenti democratici, sarebbero del tutto sottratti al potere di controllo dell'ordinamento italiano.

¹³⁹ M.R. Marella, *op. ult. cit.*, 375 ss.; Ead., *Il fondamento sociale della dignità umana*, cit., 74 ss.

difficile la competizione con gli uomini al di fuori della famiglia, consolidandone, al contempo, una posizione di svantaggio all'interno della stessa¹⁴⁰.

Infine, vi è poi da sottolineare un dato che concorre a sdrammatizzare il contrasto attorno ai risvolti patrimoniali della gestazione per altri.

Infatti, come è stato puntualmente messo in luce dalla Commissione ministeriale tedesca incaricata di approfondire l'eventualità di una legalizzazione della surrogazione gestazionale altruistica, il concetto di altruismo non va qui confuso con quello di gratuità, sottintendendo invero, anzitutto, l'esigenza che una vicenda che coinvolge, in maniera così intensa, una tale pluralità di diritti e interessi fondamentali non venga lasciata in balia del mercato e del suo potere autoregolativo. In particolare, la circostanza che la gestante sia motivata, oltre che dal contribuire al benessere della coppia o della persona infertile, anche dalla possibilità di conseguire un vantaggio patrimoniale, o che ambisca almeno a non trovarsi in seguito in una situazione peggiore di quella antecedente l'assunzione della gravidanza, non è ritenuta, di per sé, intrinsecamente problematica, da un punto di vista etico e giuridico. Piuttosto, il problema viene invece riscontrato là dove le condizioni di disparità economica tra i diversi attori siano suscettibili di dar luogo, in concreto, a uno sfruttamento della donna, il che, secondo la Commissione, potrebbe verificarsi essenzialmente in tre ipotesi: quando la decisione di intraprendere la gravidanza non possa dirsi pienamente libera, perché assunta sulla spinta di uno stato di estremo bisogno e di effettiva mancanza di alternative; quando la gestante non riceva alcun compenso per la propria prestazione; quando altri soggetti (si pensi alle cliniche o alle agenzie di intermediazione) si arricchiscano grazie alla gestazione per altri senza che vi sia, al contempo, anche un'adeguata partecipazione della gestante ai profitti così realizzati¹⁴¹.

La prevenzione di tali scenari, tuttavia, non impone affatto di rendere gratuita la prestazione della gestante, quanto, al contrario, di disciplinare gli accordi di surrogazione in modo da ripartirne i costi, i rischi e gli esiti secondo un criterio di correttezza, sì da evitare, in particolare, sia che possa essere convenuta una remunerazione eccessiva-

¹⁴⁰ M.R. Marella, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, cit., 378 ss.

¹⁴¹ Secondo la Commissione, infatti, ove venisse legalizzata, la gestazione per altri dovrebbe essere ammessa non solo nei casi in cui tra la gestante e i genitori d'intenzione vi sia, già da prima, uno stretto rapporto di amicizia o di parentela, analogamente a quanto avviene per la donazione di organi tra vivi, ma anche quando le parti si conoscano invece per la prima volta proprio al fine di stipulare una *Leihmutterchaftvereinbarung* (*Kurzbericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin*, cit., 40).

mente alta, la quale finirebbe verosimilmente per prevalere sulle motivazioni altruistiche, sia che possa esserne convenuta, viceversa, una troppo bassa, o addirittura nessuna, giacché, in simili casi, si finirebbe per sminuire o negare del tutto il peso dell'attività svolta dalla donna a beneficio di terzi. In questo quadro, la Commissione raccomanda dunque, al legislatore che intendesse procedere verso la legalizzazione della pratica, da un lato, di contemplare per gli intermediari la forma giuridica degli enti no-profit (la quale non sarebbe del resto incompatibile con l'eventuale natura societaria degli stessi) e, da un altro lato, per quel che qui più rileva, di prevedere, a favore della gestante, un'adeguata indennità che tenga conto anche dell'impegno fisico e psicologico della gravidanza e dei possibili danni lungolatenti che potrebbero derivarne¹⁴².

¹⁴² *Kurzbericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin*, cit., 37 s.