



2024 FASCICOLO II

Giuseppina Barcellona

Just Children

Giudizi e pregiudizi nella tutela dei nati da PMA

24 luglio 2024

IDEATORE E DIRETTORE: PASQUALE COSTANZO
CONDIRETTRICE: LARA TRUCCO




Giuseppina Barcellona
Just Children
Giudizi e pregiudizi nella tutela dei nati da PMA*

SOMMARIO: 1. Nessun tocchi Ismaele: la Corte costituzionale e la tutela del nato da PMA nella [sentenza 347/98](#). – 2. L’insostenibile “fluidità” dello *status* di nato da PMA. – 3. Di fraintendimenti e prospettive: le colpe dei padri e l’innocenza dei figli. – 4. Gli argomenti giuridici e lo spirito punitivo. – 5. Lo spazio vuoto e la (in)coerenza del sistema.

ABSTRACT: *This short article deals with the issue of the protection of those born by recourse to medically assisted procreation. After describing the provisions to which Law 40/2004 entrusted the protection of those born by artificial insemination and the rationale behind it, the impact on them of the removal of the absolute ban on heterologous fertilisation decided by the Constitutional Court in its sentence 162 of 2014 is analysed. It is from the breach thus opened that the problem of those born abroad by procreative techniques still prohibited in Italy acquires the breadth and urgency that now characterise it. The protection accorded to these children presents a graduation that appears independent of the appreciation of their “best interest” and that derives from the consideration of the rules that sanction the behaviour of the adult world and decree their guilt. The correct use of the instrument of analogia legis highlights the discrimination of which these ‘children’ are victims and also reveals the ‘punitive spirit’ that animates the decisions that sacrifice their status in the name of the interest of the community in prosecuting those who have transgressed its rules.*

1. *Nessun tocchi Ismaele: la Corte costituzionale e la tutela del nato da PMA nella sentenza n. 347 del 1998*

Le controversie che attengono alla tutela dei nati da Procreazione Medicalmente Assistita – lo si ricorderà – anticipano, e non di poco, l’entrata in vigore della legge del 19 febbraio 2004 n. 40. Esse interessano un tempo nel quale il ricorso a queste tecniche procreative si svolgeva in assenza di un preciso quadro di riferimento normativo¹; un tempo nel quale la tutela di chi era nato dal ricorso alla fecondazione eterologa o alla surrogazione di maternità procedeva dalla necessaria interrogazione delle norme del codice civile e dai criteri cui quest’ultime affidavano il consolidamento dello *status legitimitatis*.

*  Il testo riproduce la *Relazione* pronunciata nel Congresso, tenutosi a Modena il 22, 23, 24 febbraio 2024, su “Just parent”.

Giuseppina Barcellona è Professore associato di Diritto costituzionale presso l’Università degli Studi Kore di Enna

¹ P. VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in R. Balduzzi (cur.), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, 273.



Risale proprio a questo “tempo” la sentenza della Corte costituzionale [n. 347 del 1998](#)², che si distingue per almeno un duplice ordine di ragioni: vi è segnalata l’incapienza delle norme civilistiche sulla filiazione, e più esattamente l’irriducibilità delle fattispecie e dei problemi sollevati dal ricorso alla PMA alle *rationes* codicistiche³. Ma a questa denuncia si aggiunge anche l’invito al legislatore perché assicuri la protezione del nato e dei suoi diritti «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità»⁴, onde sanare quella che vi viene definita «una situazione di carenza dell’attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali»⁵.

Segue a questo monito l’approvazione della l. n. 40/04, e dunque la predisposizione di una disciplina che si propone come «ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti»⁶, ed alla quale si affida la predisposizione di strumenti utili ed adeguati a garantire i diritti dei bambini che siano il frutto del ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale.

I numerosi interessi che fanno capo al nato, e che adesso coagulano nella formula, quasi magica, del *best interest of child*⁷, sembrano, qui, garantiti contenendo l’accesso alla PMA entro un duplice ordine di vincoli: il principio della *imitatio naturae* e quello, non meno importante, della “autosufficienza procreativa della coppia”.

Ed infatti, i divieti assoluti, che, almeno nell’originaria formulazione della l. n. 40/04, colpiscono la fecondazione eterologa e la surrogazione di maternità, fanno sì che il bambino, concepito grazie al ricorso alle tecniche di PMA, sia sempre geneticamente legato ad entrambi i genitori: lo *ius sanguinis* riconduce la fecondazione artificiale entro la disciplina codicistica della filiazione. Di modo che «i nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita – recita l’art. 8, l. n. 40 del 2004 - hanno lo stato di figli (nati nel matrimonio) o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime».

² Corte cost., [n. 347 del 1998](#).

³ Corte cost., [n. 347 del 1998](#) del considerato in diritto, dove si legge: l’art. 235, comma 1, n. 2, cod. civ. «riguarda esclusivamente la generazione che segua ad un rapporto adulterino, ammettendo il disconoscimento della paternità in tassative ipotesi, quando le circostanze indicate dal legislatore facciano presumere che la gravidanza sia riconducibile, in violazione del dovere di reciproca fedeltà, ad un rapporto sessuale con persona diversa dal coniuge. La possibilità che ipotesi nuove, non previste al tempo dell’approvazione di una norma, siano disciplinate dalla stessa non è da escludersi in generale. Ma tale possibilità implica un’omogeneità di elementi essenziali e un’identità di *ratio*; nella cui carenza l’estensione della portata normativa della legge si risolverebbe in un arbitrio». Identità di *ratio* che, invece, mancherebbe quando il bambino sia nato non da un rapporto adulterino, ma dal “condiviso” ricorso alla PMA eterologa.

⁴ Corte cost., [n. 347 del 1998](#), 3 del considerato in diritto.

⁵ Corte cost., [n. 347 del 1998](#).

⁶ Corte cost., [n. 347 del 1998](#).

⁷ Cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; con specifico riferimento ai temi qui trattati, v. F. FERRARI, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, Milano, 2023.



A completare la protezione apprestata in favore dell'interesse di questi figli, e forse proprio in ossequio al monito espresso dal giudice costituzionale, il legislatore del 2004 si preoccupa di disciplinare anche la condizione di chi sia nato dall'allora illegittimo ricorso alla fecondazione eterologa e sia, perciò, escluso dalla tutela garantita dallo *ius sanguinis* e dalla disciplina codicistica che su di esso è costruita: il coniuge o il convivente, che abbia prestato il consenso alla PMA eterologa, non può esercitare nei confronti del nato le azioni volte a demolirne lo *status*⁸.

Il senso di questa "norma di chiusura" e della protezione che vi è contenuta appare chiaro: il minore deve essere garantito anche, e forse soprattutto, rispetto ai ripensamenti del mondo adulto, e quindi anche rispetto a chi si era impegnato ad accoglierlo, assumendosene la responsabilità. La necessità di vincolare la coppia al consenso espresso all'atto dell'accesso alla tecnica procreativa, e dunque di apprestare un'adeguata protezione al *best interest* del bambino, giustifica, così, il consolidamento di uno *status* costruito a partire da una dichiarazione non veridica, di una condizione – quella di figlio legittimo – che appare fondata non sullo *ius sanguinis* ma sulla *voluntas*.

2. L'insostenibile "fluidità" dello status di nato da PMA

L'approvazione della l. n. 40/04 e gli istituti cui essa affida la tutela del nato da fecondazione artificiale non rappresentano che l'inizio di questa storia.

Già all'indomani della sua approvazione, infatti, la legge è l'oggetto di numerosi interventi del giudice costituzionale, grazie ai quali vengono corretti i numerosi squilibri e le irragionevolezza che la affliggono.

Di questo percorso, che può sembrare realizzi quasi la "riscrittura" del testo voluto dal legislatore del 2004, fa parte anche la sentenza [n. 162 del 2014](#)⁹, che sanziona l'illegittimità del divieto assoluto di eterologa. Questa decisione, a dire il vero, si distingue dalle precedenti,

⁸ L'art. 9, comma 3, l. 40/04 al comma 3 prevede, inoltre, che «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi».

⁹ È questa una sentenza che ha impresso una profonda trasformazione al "diritto di procreare artificialmente" e che, proprio per questo, è stata l'oggetto di un importante dibattito. Ad un tal proposito, e senza alcuna pretesa di essere esaustivi, v. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#); 5 marzo 2015; A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in [Rivista di BioDiritto](#), n. 2, 2014, 1 ss.; C. TRIPODINA, *Il diritto a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, [ivi](#), 67 ss.; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, [ivi](#), 13 ss.; S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n.40/2004*, [ivi](#), 89 ss.; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, [ivi](#), 111 ss.



perché ad essa segue il cedimento di uno dei pilastri su cui poggiava la *ratio* della l. n. 40/04: il riconoscimento del diritto di accedere alla fecondazione eterologa, pur garantito alle sole coppie “tradizionali”, determina il ridimensionamento del principio dell’autosufficienza procreativa della coppia. Il *dictum* della Corte, forse ben al di là delle sue stesse intenzioni, finisce, infatti, con l’indicare nel consenso un possibile fondamento del rapporto di filiazione, introducendo, così, un principio alternativo a quello voluto dal legislatore. Dunque, a dispetto della dichiarata volontà di mantener fermo il modello di famiglia e di filiazione fissato nella l. n. 40/04, vengono poste le premesse perché la cogenza ed unicità di quel “paradigma” siano messe in discussione, perché il sistema di limiti che doveva piegare l’accesso alla PMA all’imitazione della natura venga definitivamente scardinato.

L’affermazione del “diritto incoercibile”¹⁰ al figlio, di cui la Corte si era servita per forzare la *ratio* della legge, diviene, infatti, il vessillo agitato da quanti vedono ancora disattesa l’aspettativa, percepita vieppiù come legittima, di formare una famiglia con figli. Ed è un’aspettativa che spinge a varcare i confini nazionali ed a recarsi nei paesi nei quali la PMA eterologa è aperta anche alle coppie omosessuali e la surrogazione di maternità è consentita o non è espressamente vietata.

Origina da queste vicende, dai viaggi che vengono intrapresi per realizzare la «scelta, incoercibile, di dar vita ad una famiglia con figli»¹¹, la particolare conformazione impressa al “problema” dello *status* del bambino concepito all’estero tramite il ricorso a tecniche procreative ancora vietate in Italia.

E sono vicende, queste, che interrogano l’ordinamento in merito al riconoscimento del rapporto di filiazione che lega il nato alla coppia, “tradizionale” o *same sex*, che ha espresso il consenso alla PMA eterologa o alla surrogazione di maternità; vicende che sembrano prospettare “topografie del conflitto”¹² quasi sempre sovrapponibili, ma che, ciononostante, accedono a criteriolutivi spesso molto distanti fra loro; di modo che, il grado di protezione accordato al *best interest* del minore finisce con l’essere solo una “variabile dipendente” di fattori altri: la composizione della coppia, il luogo di nascita, la tecnica procreativa impiegata.

Accade, così, che il figlio di una coppia eterosessuale, nato da fecondazione eterologa, goda di uno *status* blindato: il combinato disposto degli artt. 8 e 9, l. n. 40/04, renderà la sua condizione – quella di «figlio nato in costanza di matrimonio» ovvero «riconosciuto dai

¹⁰ Nella sentenza [n. 162 del 2014](#), 6 del considerato in diritto, il giudice costituzionale scrive: «La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch’essa attiene a questa sfera»

¹¹ Corte cost., [n. 162 del 2014](#).

¹² R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 62 ss.



genitori» – irreversibile, perché sottratta alle azioni di stato che mirano a provocarne il disconoscimento¹³.

Analoga sorte, seppur seguita ad un percorso più lungo e non poco tortuoso, sembrerebbe destinata al figlio di una coppia di donne, nato all'estero grazie alla PMA eterologa: nulla osta alla trascrizione del certificato di nascita rilasciato dallo stato in cui il concepimento ed il parto sono avvenuti, e, per questa via, al riconoscimento del rapporto di filiazione che lega il bambino ad entrambe le madri, anche a quella non biologica.

La protezione di cui questi figli finiscono con l'usufruire, inaugurata dalla celebre sentenza della Corte di cassazione n. 19599 del 2016¹⁴, è fatta poggiare, però, non sull'applicazione degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/04, ma sulla "minor gravità" della condotta ascrivibile alle due genitrici, colpevoli di aver infranto un divieto, quello previsto dagli artt. 5 e 12, comma 1 della l. n. 40/04¹⁵, presidiato da una sanzione solo amministrativa. Dunque, una colpa "lieve" e che, proprio per questa ragione, non impedisce agli atti di nascita che attestano una doppia maternità di fare breccia nella barriera dell'ordine pubblico internazionale, conferendo, così, al bambino ed al legame affettivo che lo unisce alle due genitrici il crisma della legittimità. Ed è proprio il ricorso a questa "ragione" che, a ben vedere, costituisce la premessa del diverso, e discriminatorio, trattamento di cui saranno destinatari altri figli, la cui nascita sia sempre il frutto della violazione dei limiti posti dalla l. n. 40/04.

La natura del peccato che a queste coppie si imputa non sembra, infatti, sufficiente a garantire il *best interest* del minore che, pur concepito all'estero tramite il ricorso all'eterologa, sia nato in Italia e sia, perciò, sprovvisto del "viatico" – il certificato di nascita straniero – che, solo, può consentirgli di ottenere lo *status* di figlio legittimo della coppia che ha prestato il consenso alla PMA: il bambino avrà solo una madre, indicata, ex art. 269, comma 3, cod. civ., nella donna che lo ha partorito; mentre il rapporto affettivo che lo lega alla seconda genitrice, foss'anche la "madre d'ovulo" e quindi genetica, troverà protezione nell'istituto dell'adozione in casi particolari, previsto agli artt. 44 e ss. della legge del 4 maggio 1983 n. 184.

Dunque, a dispetto di quella che potrebbe sembrare un'indiscutibile sovrapposibilità fra la condizione di questo figlio e quella di chi, invece, sia dotato di un "passaporto" che attesta una "legittima" doppia maternità, si è ritenuto (sebbene non sia facile capire come e perché) mancassero i presupposti per attivare il ricorso all'*analogia legis*: per la legge italiana solo la

¹³ L'art. 9, comma 1, l. 40/2004 fa espresso riferimento alla "azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, [ed al]l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice".

¹⁴ Corte di cassazione, sez. I civ., 21 giugno 2016 n. 19599.

¹⁵ L'art. 5, l. n. 40/04 prevede: «fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»; l'art. 12, comma 1, invece dispone: «chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro».



donna che ha partorito il bambino ha il diritto di essere menzionata come madre nell'atto di nascita. Quello che fa la differenza, quindi, è solo il fatto burocratico del riconoscimento del figlio effettuato e certificato all'estero, anziché in Italia.

Un destino simile accomuna i nati all'estero da surrogazione di maternità: anche questi figli vedono riconosciuto il legame che li unisce al solo genitore genetico, di regola il padre (o uno dei due padri); mentre il rapporto affettivo che li lega al genitore cd. intenzionale potrà essere garantito, ancora una volta, nella forma dell'adozione in casi particolari. Questa soluzione dispari, che, a dire il vero, sembra oramai consolidata¹⁶ da quando ha trovato conferma nelle decisioni delle Sezioni Unite della Corte di cassazione e del giudice costituzionale¹⁷, muoverebbe dalla considerazione della natura penale della sanzione che accompagna l'illecito ricorso alla Gestazione Per Altri : una sanzione penale – ha sottolineato non da ultimo anche la Corte¹⁸ – giustificata dal *vulnus* che la surrogazione di maternità arrecherebbe a beni assunti come fondamentali dall'ordinamento italiano e che, perciò, sorregge il rifiuto opposto alla richiesta di trascrizione integrale dei certificati di nascita di questi bambini. Dunque, una colpa grave – un peccato “capitale” lo si potrebbe definire – che finisce, però, con il riversarsi, pressoché integralmente, su questi figli; bambini il cui *status legitimitatis* diviene “ostaggio” nel conflitto che contrappone il mondo adulto allo Stato (ed alla comunità che quest'istituzione rappresenta).

La misura del sacrificio che a tutti questi figli (di chi sia nato da surrogazione, ma anche del figlio di due madri nato in Italia) si impone diviene visibile quando si guardi alle regole che ancora disciplinano l'adozione in casi particolari¹⁹. Ed infatti, nonostante un intervento del giudice costituzionale²⁰ abbia provveduto a rendere questa forma di adozione simile, almeno negli effetti, a quella cd. legittimante²¹, il suo perfezionamento rimane ancora subordinato ad

¹⁶ Anche se nel caso di recente deciso dalla Corte EDU (I sez., 31 agosto 2023, Cc. Italia, Ricorso 47196/21), l'ufficio di stato civile aveva rifiutato la trascrizione parziale dell'atto di nascita, invitando il genitore biologico ad effettuare il riconoscimento del bambino nella forma dell'art. 250 c.c.

¹⁷ Corte di cassazione, sez. un. civ., 8 maggio 2019, n. 12193; Corte di cassazione, sez. un. civ., 30 dicembre 2022, n. 38162; Corte cost., [n. 272 del 2017](#). Corte cost., [n. 33 del 2021](#).

¹⁸ Corte cost., [n. 272 del 2017](#).

¹⁹ In tale prospettiva si v. le interessanti considerazioni di A. CORDIANO, *Diritto d'amore e responsabilità civile*, in [Giustizia Insieme](#), 5 aprile 2024.

²⁰ Corte cost., [n. 79/2022](#)

²¹ V. G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata*, in [Questione Giustizia](#) 7 giugno 2022; N. CHIRICHALLO, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in [Familia](#), 17 maggio 2022; F. FERRARI, *Interesse del minore e tecniche procreative*, cit., 108 ss.; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in [Osservatorio costituzionale](#), 6 settembre 2022; M.C. CARBONE, [Familia e nuovi rapporti di parentela: la Corte traccia il sentiero per il riconoscimento giuridico della “famiglia sociale”](#), in questa [Rivista 2022/III](#), 1155 ss.; M.C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in [Osservatorio costituzionale](#), 7 giugno 2022.



un duplice ordine di condizioni: la richiesta di adozione del genitore sociale ed il consenso che ad essa abbia prestato il solo genitore legittimo del bambino, quello biologico. Lo *status* di questi figli viene, così, reso permeabile alle vicende che travagliano il mondo adulto; alle quali il minore è, e rimane, estraneo, ma dalle quali, alla fine, dipende il consolidamento giuridico del rapporto di filiazione che lo unisce al genitore non genetico e le tutele che dalla certezza di tale condizione discendono.

Questa rappresentazione, seppur sommaria, della diversità di soluzioni cui “tipi di problemi” simili accedono, restituisce l’immagine di uno *status filiationis*, quello dei bambini concepiti all’estero in violazione della l. n. 40/04, connotato da un’irriducibile “fluidità”: non soltanto la sua stabilizzazione (dello *status*, cioè) dipende da fattori spesso estranei alla considerazione del *best interest* del minore, ma, soprattutto, sembra subire l’influenza di indirizzi giurisprudenziali che stentano a consolidarsi, e che nemmeno la Corte di cassazione nell’esercizio della sua funzione nomofilattica appare in grado di dominare.

Innanzitutto ad un tale quadro, segnato dall’infrangersi della certezza del diritto contro “l’irriducibile varietà” del concreto²², diviene necessario approfondire le ragioni giuridiche che motivano i differenti gradi di protezione riservati a questi figli, interrogarsi sulla fondatezza delle distinzioni che le sorreggerebbero e, non da ultimo, sulla loro coerenza ai principi costituzionali.

3. Di fraintendimenti e prospettive: le colpe dei padri e l’innocenza dei figli

Ad esaminare con attenzione gli argomenti cui si è affidato il compito di motivare queste diverse soluzioni - e le discriminazioni che, così, si introducono - può, forse, sorgere il dubbio che esse, alla fine, siano il frutto di un “errore di prospettiva”²³; un errore che ha portato a non considerare a sufficienza la condizione del bambino ed il suo miglior interesse, concentrandosi, invece, sulla condotta del mondo adulto e sulle norme che la sanzionano.

Questa distonia, e l’equivoco che vi è sotteso, divengono visibili quando si esaminino le *rationes* poste a sostegno delle decisioni che hanno concorso a rendere “fluido” lo *status* di questi figli.

È lo stesso giudice costituzionale ad indicare, in occasione della sentenza [n. 162 del 2014](#), le norme che avrebbero dovuto regolare lo stato giuridico del figlio di una coppia tradizionale nato grazie al ricorso alla PMA eterologa, ed individuate negli artt. 8 e 9 della stessa l. n. 40/04: il bambino si vedrà riconosciuto lo stato di «figlio nato nel matrimonio o riconosciuto dalla coppia»; nei suoi confronti, inoltre, non potrà essere esercitata l’azione di disconoscimento

²² Corte cost., [n. 221/ 2015](#).

²³ G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, in [Rivista di BioDiritto](#), 1, 2023, 267.



della paternità, né le azioni fondate sull'art. 263 cod. civ. Dunque, un'applicazione diretta della disciplina destinata, almeno in parte, ai soli nati da fecondazione omologa, che trova fondamento – nel ragionare della Corte - nella «genericità»²⁴ della locuzione contenuta al comma 1 dell'art. 8, l. n. 40/04, e, più ancora, nella circostanza che la fecondazione eterologa vi è assunta quale «*species del genus*»²⁵, più ampio, della PMA.

Questa soluzione viene, invece, esclusa – e non si capisce molto come e perché – nel caso in cui il bambino sia nato all'estero, sempre grazie alla fecondazione eterologa, da due donne. Questi figli, infatti, riescono ad ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione che li lega ad entrambe le genitrici non in forza dell'applicazione diretta degli artt. 8 e 9 l. n. 40/04, ma solo perché il divieto di eterologa, che ancora esclude le coppie *same sex* dall'accesso alla PMA, è assistito da una sanzione solo amministrativa²⁶: il certificato di nascita che attesta la doppia maternità è il veicolo legale del riconoscimento, la via traversa che riesce, perciò, a superare la barriera dell'ordine pubblico internazionale ed a produrre effetti anche nell'ordinamento italiano. Dunque, una protezione pressoché sovrapponibile a quella indicata dal giudice costituzionale²⁷, ma conseguita al termine di un percorso non proprio lineare, costruito com'è a partire dall'impossibilità di procedere all'applicazione diretta delle norme della l. n. 40/04 della quale si stenta a trovare e comprendere il fondamento.

Quest'ordine discutibile di argomentazioni ha certo avuto il pregio di consentire la trascrizione dei certificati di nascita di questi figli²⁸; cionondimeno, proprio un tal modo di

²⁴ Così, Corte cost., n. 162/2014, 11.1 considerato in diritto

²⁵ Corte cost., n. 162/2014, 11.1 considerato in diritto.

²⁶ Corte cass., sez. I civ., n. 19599/2016. Fa, forse, eccezione la Corte di cassazione (sez. civ., 15 giugno 2017, n. 14878) che, in effetti, rinvia ad una tale disposizione per motivare la legittima costituzione del rapporto di filiazione in capo a quella delle due madri priva di ogni legame genetico con il bambino nato da PMA eterologa. E tuttavia – preme comunque osservare – l'accesso alla tutela fornita dall'art. 9 l. n. 40/2004 rimane subordinato ad una questione, che evidentemente si ritiene pregiudiziale e che è indicata nella compatibilità del certificato di nascita del bambino con l'ordine pubblico internazionale.

²⁷ E però l'aver costruito la trascrivibilità di questi certificati di nascita sulla “non contrarietà all'ordine pubblico”, invece che sull'applicazione del regime speciale delineato agli artt. 8 e 9 l. n. 40/04, rischia di esporre il bambino ad azioni che mirino a demolirne lo *status*, muovendo dall'assenza di un legame genetico con la madre intenzionale. Un tale fondamento della trascrizione coniugato con l'orientamento generalmente restrittivo in ordine all'applicazione degli artt. 8 e 9 (v. appresso nel testo) potrebbe far pensare, infatti, che il “certificato” non basti ad impedire l'esperimento e dell'azione codicistica di disconoscimento per il difetto dello *ius sanguinis*.

²⁸ Ad un tal proposito si v., senza alcuna pretesa di essere esaustivi, G. FERRANDO, *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, in *Genius*, 1, 2019, 4 ss.; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, 738 ss. Su posizioni diverse, C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero di microscopi e telescopi)*, in S. Niccolai e E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 136 ss.; F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine*



ragionare, che scarta l'applicazione diretta degli artt. 8 e 9 della l. 40/04, può ritenersi sia alla base della diversa ed inferiore tutela accordata a chi, pur concepito all'estero da due donne che abbiano fatto ricorso all'eterologa, sia nato in Italia. In questo caso, infatti, la formazione di un certificato di nascita che attesti che il bambino è figlio di due madri sarebbe esclusa dall'ordinamento italiano²⁹: questa conclusione viene motivata muovendo dagli artt. 4 e 5 della stessa l. n. 40/04, che definiscono i requisiti di accesso alla PMA; requisiti che ancora vietano alle coppie omosessuali di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, come, d'altronde, è confermato da una oramai costante giurisprudenza costituzionale³⁰. Né – ha di recente ribadito la Corte d'Appello di Milano³¹ – in questi casi potrebbe trovare applicazione l'art. 8 della l. n. 40/04: «la disposizione, infatti, non può essere letta in aperto e stridente contrasto con le altre norme contenute nella legge, in senso contrario alla volontà del legislatore», il quale – si aggiunge - ha espressamente inteso la PMA come tecnica utile alla cura dell'infertilità delle coppie eterosessuali, e non, invece, come strumento funzionale alla realizzazione di «qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia reputi essenziale»³².

La scelta di applicare il divieto di eterologa «in relazione a tutti gli atti di nascita formati o da formare in Italia, indipendentemente dal luogo ove sia avvenuta la pratica medica di fecondazione»³³ procede, dunque, da un orientamento ermeneutico, il quale esclude l'applicazione di una normativa - gli artt. 8 e 9 l. n. 40/04 – che, invece, ben potrebbe ritenersi una disciplina “speciale” della filiazione eterologa (e la cui applicazione dipende, solo ed esclusivamente, dalla circostanza che si sia ricorsi ad una tale tecnica procreativa per concepire il bambino): e cioè una *lex* destinata regolare lo *status* di chi sia nato grazie a questa tecnica procreativa (ovunque partorito e quale che sia la coppia che lo ha “voluto”), al solo scopo di sottrarlo alla disciplina “generale” della filiazione contenuta nel codice civile.

pubblico internazionale. Su alcuni “passi indietro” della Corte di Cassazione in tema di PMA, in [Rivista di BioDiritto](#), 2, 2020, 169 ss.

²⁹ Così, Corte di cassazione, sez. I civ., 3 aprile 2020, n. 7668

³⁰ Già in occasione della sentenza [n. 162 del 2014](#), la Corte chiariva: «la dichiarata illegittimità del divieto non incide sulla previsione recata dall'art. 5, comma 1, di detta legge, che risulta ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo (come già a quella di tipo omologo); quindi, alla stessa possono fare ricorso esclusivamente le “coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”». Un indirizzo, quest'ultimo, confermato dalla successiva [sentenza n. 221 del 2019](#), ove si ribadisce che «l'infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale».

³¹ Corte d'Appello di Milano, decreto del 23 gennaio 2024

³² Corte cost., [n. 221/2019](#), punto 16 considerato in diritto.

³³ Corte d'Appello Milano, decreto del 23 gennaio 2024.



Né ad una conclusione diversa si arriverebbe – stando sempre alle indicazioni che provengono dal giudice di legittimità - quando il bambino, nato in Italia, abbia nelle due genitrici, rispettivamente, la madre partoriente e quella “d’ovulo”: «la circostanza che a fondamento della domanda di rettificazione sia stata posta l’esistenza di un legame genetico fra il nato e la donna sentimentalmente legata a colei che ha sostenuto il parto [...] non cambia la sostanza delle cose. Non è invero decisiva in vista di una soluzione diversa, perché – spiega la Corte di cassazione³⁴ – non è in grado di incidere sull’essenziale rilievo secondo cui la legge nazionale si contiene nel senso che è una sola la persona che può essere menzionata come madre in un atto di nascita». Di fronte alla coerenza delle norme che escludono le coppie omosessuali dall’accesso alla fecondazione eterologa finisce, così, con il retrocedere anche lo *ius sanguinis* e, con esso, la disciplina codicistica della filiazione che su tale fondamentale principio è interamente modellata.

Completano questa rappresentazione, seppur sommaria, le decisioni, e gli argomenti, con i quali si è motivata la trascrizione, solo parziale, dei certificati di nascita dei bambini nati all’estero da GPA. Vicende, queste, rese complesse da almeno un duplice ordine di fattori: la natura penale della sanzione che accompagna il divieto di surrogazione e l’assenza di una disposizione che, similmente all’art. 9, l. n. 40/04, regoli espressamente lo *status* di chi sia nato dall’illecito ricorso ad una tale pratica procreativa. Proprio a causa di questa “volontaria” omissione del legislatore si è, infatti, ritenuto che la sola norma utile a risolvere le numerose questioni che gli atti di nascita dei bambini “surrogati” prospettano sia, alla fine, l’art. 12, comma 6, l. n. 40/04, che punisce con la reclusione fino a due anni «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità». Ed è proprio questo il problema: la gravità della condotta ascrivibile al mondo adulto ed il *vulnus* che essa arreca a beni giuridici che si assumono fondamentali: «la maternità surrogata [...] – dichiara il giudice costituzionale³⁵ - offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

Ed è proprio il “valore” della dignità oggettiva della donna a richiedere che il nato da GPA possa essere l’oggetto dell’azione di cui all’art. 263, cod. civ., un’azione che si assume posta a garanzia di un «interesse alla verità [che presenta] natura pubblica» e che, perciò, impone «di tutelare l’interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità»³⁶. Un orientamento, questo, che appare confermato anche dalla successiva sentenza [n. 33 del 2021](#)³⁷, con la quale il giudice costituzionale dichiara che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»; e che, proprio per una tale ragione, «gli interessi del minore dovranno essere allora

³⁴ Corte di cassazione, sez. I civ., 25 febbraio 2022 n. 6383.

³⁵ Corte cost., [n. 272 del 2017](#), 4.2 considerato in diritto.

³⁶ Corte cost., [n. 272 del 2017](#).

³⁷ Corte cost., [n. 33 del 2021](#), 5.6 considerato in diritto.



bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità»³⁸.

Le politiche di deterrenza statali potrebbero, perciò, motivare la pretermissione del *best interest* del bambino e giustificare, così, il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione che lo lega al genitore d'intenzione³⁹.

La descrizione, per quanto concisa, degli argomenti che hanno motivato il diverso, ed inferiore, grado di protezione cui tutti questi figli accedono sembra confermare il "vizio prospettico" a partire dal quale si sono affrontate e risolte le questioni sollevate dai loro atti di nascita: la *ratio discriminandi* sembrerebbe risiedere non nella condizione del bambino, né nella differente valutazione del suo miglior interesse, ma nel comportamento del mondo adulto e nell'offesa che esso ha arrecato a "valori" che la comunità reputa fondamentali. Dunque, ancora una volta, all'interrogazione che attiene allo *status* del nato ed al suo *best interest* si risponde con le norme che disciplinano il comportamento del mondo adulto, ossia con le norme che regolano l'accesso alle tecniche di PMA e che vietano, in modo più o meno categorico, gli accordi di surrogazione e la fecondazione eterologa.

4. Gli argomenti giuridici e lo spirito punitivo

La volontà di contenere il ricorso alla PMA entro i limiti definiti dal legislatore del 2004 e l'errore di prospettiva che ne discende, oltre a poggiare su ragioni opinabili, può sembrare conducano ad incoerenze e discriminazioni difficilmente compatibili con il principio di eguaglianza cui l'ordinamento costituzionale si informa.

Ci si riferisce, in modo particolare, all'intensità "variabile" che alcuni principi e argomenti, che dovrebbero giustificare la compressione del *best interest* dei nati in violazione delle norme della l. n. 40/2004, presentano. Sono *topoi* che ricorrono nelle decisioni in materia di *status*

³⁸ Corte costituzionale, [n. 33 del 2021](#), 5.6 considerato in diritto.

³⁹ Anche se in questa sentenza il giudice costituzionale ritiene "insufficiente" la protezione assicurata all'interesse del minore dall'istituto dell'adozione in casi particolari: «il possibile ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184, [...] - vi si legge - costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati». Per una critica della decisione della Corte, v. R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, in [Rivista di BioDiritto](#), 3, 2021, 145 ss.; A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, [ivi](#), 21 ss.; ma si consenta il rimando anche a G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, [ivi](#), 59 ss. Su posizioni diverse, v., invece, A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, [ivi](#), 73 ss.; F. FERRARI, *L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'ufficiale di stato civile)*, cit., 127 ss.; C. MASCIOTTA, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in [federalismi.it](#), 22, 2021, 192 ss.



dei nati da GPA (ed è questo un ragionamento che si è esteso anche ai figli di due madri nati in Italia), ai quali si è fatto appello per motivare la trascrizione solo parziale dei certificati di nascita e l'adeguatezza della protezione offerta dall'istituto dell'adozione in casi particolari.

In questa prospettiva, viene, inevitabilmente, in rilievo il richiamo al valore fondamentale della "dignità" della donna, chiamato a giustificare l'elevazione del divieto di surrogazione a principio di ordine pubblico internazionale⁴⁰. È una dignità oggettiva quella cui sembrano riferirsi il giudice costituzionale e la Corte di cassazione⁴¹, la quale imporrebbe che ogni uomo sia sempre trattato e considerato alla stregua di un fine e mai come un mezzo; una dignità che, per questo, si dà come limite all'autodeterminazione individuale e che, nella specie, esclude che la donna possa liberamente disporre della propria capacità procreativa, per divenire strumento dell'altrui desiderio di avere un figlio⁴².

Quello che desta qualche perplessità in questa comprensione della dignità umana, che sembra evocare categorie kantiane⁴³, è il suo prospettarsi come "valore" disincarnato e, per ciò stesso, lontano dalla dignità sociale dell'art. 3, comma 2 della Cost., la quale, esige che vengano rimossi gli "ostacoli di ordine economico e sociale" che privano la donna della libertà di scelta, costringendola ad alienare la propria capacità procreativa. Dunque, una dignità – quella costituzionale - che potrebbe, forse, far considerare in modo differente gli accordi di surrogazione che rispondano alla logica del dono piuttosto che a quella dello scambio. Sicché si può anche pensare che sia questa la ragione per cui i giudici di legittimità si ostinino a tralasciare l'art. 3, comma 2, Cost. e preferiscano, invece, evocare a fondamento del divieto assoluto di surrogazione la dignità oggettiva e la sua strutturale indifferenza alla natura onerosa o gratuita dell'accordo: «indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e della situazione economica in cui versa la madre gestante, - declama la Cassazione (⁴⁴) - la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale».

Ma è proprio l'insistere sulla dignità oggettiva, e quindi l'insistere su un "valore fondamentale" che «preclude qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta»⁴⁵, a far sorgere il dubbio che un tale argomento sia chiamato ad assolvere una

⁴⁰ Corte cass., sez. un., n. 12193/2019.

⁴¹ Corte cass., sez. un., n. 38162/2022, dove si legge: «la dignità ferita dalla pratica di surrogazione chiama in gioco la sua dimensione oggettiva». Ma questa declinazione della dignità sembra implicita anche in Corte costituzionale, n. 272/2017.

⁴² Corte cass., sez. un., n. 38162/2022, che assume che gli accordi di surrogazione trasformerebbero la donna in «strumento per funzioni riproduttive»

⁴³ In tal senso, v. C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 136.

⁴⁴ Corte di cassazione., sez. un., n. 38162/2022

⁴⁵ Corte di cassazione., sez. un., n. 38162/2022



funzione prevalentemente retorica, il dubbio che di esso ci si serva per oscurare la reale “topografia del conflitto”⁴⁶ ed il bilanciamento che vi è applicato, onde sottacere, almeno in parte, quale sia l’istanza effettiva che spinge al sacrificio dell’interesse del minore.

Quest’istanza effettiva, però, alla fine trapela. Quando si leggano con attenzione i passaggi delle decisioni del giudice costituzionale nei quali si inscena il conflitto fra diritto allo *status* del bambino e dignità della madre gestante si intravede dietro quest’ultima un interesse diverso da quello riferibile alla donna. Nella sentenza [n. 272 del 2017](#)., infatti, la dignità prende ad essere declinata con la verità: «l’interesse alla verità» che legittima l’esercizio delle azioni previste all’art. 263 cod. civ. presenta una «natura pubblica», perché – si motiva – la «surrogazione di maternità offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Allo stesso modo, nella sentenza [n. 33 del 2021](#) la Corte spiega che «gli interessi del minore dovranno essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall’ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore». Dunque, in ambedue i casi il richiamo al valore “intransigente” della dignità oggettiva, che si sottrae ad ogni bilanciamento⁴⁷, consente di distorcere la reale mappa del conflitto e di far prevalere sul *best interest* del minore un interesse collettivo, che vi è denominato, alternativamente, come “verità sui fatti della procreazione” o come efficacia delle politiche di deterrenza.

Questa conclusione sembra avvalorata da un duplice ordine di incoerenze nelle quali, alla fine, gli argomenti del giudice costituzionale e della Corte di cassazione può sembrare inciampino.

Proprio il ripetuto richiamo alla dimensione oggettiva della dignità, che – chiariscono le sezioni unite⁴⁸ - va «riferita al valore originario, non comprimibile e non rinunciabile di ogni persona», induce a portare l’attenzione su un’assenza che marca la “topografia del conflitto” che si è, sin qui, descritta: la dignità del figlio. Quest’ultimo, infatti, non soltanto è l’oggetto di un accordo – quello di surrogazione – che lo relega al ruolo di merce di scambio, ma – come se ciò non bastasse – diviene strumento su cui sono costruite le politiche dissuasive statali, “mezzo” con cui sanzionare progetti genitoriali che la comunità considera illegittimi. Con in più un’aggravante: a differenza della madre gestante, che, pur in stato di difficoltà, ha dato l’assenso al contratto di surrogazione e ne ha tratto una qualche utilità (eventualmente anche “morale”), il figlio non ha avuto alcuna possibilità di scelta: tanto nelle vicende che riguardano la sua nascita, che in quelle che attengono al suo *status filiationis*, il suo ruolo è quello di mezzo utile al perseguimento degli interessi del mondo adulto. Dunque, una strumentalizzazione del figlio e del suo stato giuridico, e perciò della sua stessa dignità, che viene posta al servizio di

⁴⁶ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 1992, 62 ss.

⁴⁷ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore della dignità della persona*, in [Rivista AIC](#), 14.03.2008

⁴⁸ Corte cass., sez. un., n. 38162/2022



un fine che, a questo punto, si assume preminente: scoraggiare il ricorso ad una “pratica degradante”, che offende in modo intollerabile la dignità della donna.

Questa permeabilità del *best interest* del minore a istanze ad esso estranee, perché riferibili alla comunità intera ed ai (pre)giudizi che la abitano e che investono gli archetipi della maternità e della famiglia, può sembrare si riscontri anche negli argomenti che hanno portato a sanzionare l’adeguatezza della tutela garantita a questi figli dall’adozione in casi particolari.

Un recente intervento della Corte costituzionale⁴⁹ ha equiparato, almeno negli effetti, l’adozione speciale, cui questi “figli minori” possono accedere, a quella cd. legittimante, di modo da consentire al bambino di divenire membro della famiglia dell’adottante; tuttavia, nonostante sia indubbio l’ampliamento della protezione che, in questo modo, si garantisce ai nati da GPA (e a tutti gli altri figli cui è negato il riconoscimento del rapporto con il genitore sociale), questa soluzione sembra ancora presentare almeno un duplice ordine di inconvenienti: il suo perfezionamento rimane subordinato alla richiesta di adozione presentata dal genitore sociale ed al consenso di quello biologico.

A dispetto di questi limiti, però, le sezioni unite hanno affermato, in modo un po’ farisaico, che quest’istituto realizzerebbe una garanzia del *best interest* del minore addirittura maggiore di quella che discenderebbe dalla trascrizione degli atti di nascita, perché ancorata «a una verifica in concreto dell’attualità del disegno genitoriale e della costante cura in via di fatto del bambino»⁵⁰. Né – proseguono i giudici di legittimità – la validità di questo “modello di accoglienza”, costruito sulla «responsabilità che consegue all’aver condiviso e attuato un progetto genitoriale comune»⁵¹, sarebbe messa in forse dalle due criticità cui si è fatto prima riferimento: «è possibile superare la rilevanza ostativa del dissenso [del genitore biologico] all’adozione in casi particolari [...], - si legge nella sentenza n. 38162/2022 - tenendo conto che il contrasto rischia [...] di sacrificare uno dei rapporti sorti all’interno della famiglia nella quale il bambino è cresciuto, privandolo di un apporto che potrebbe essere fondamentale per la sua crescita e il suo sviluppo». Allo stesso modo, alla mancata presentazione dell’istanza d’adozione da parte del genitore sociale potrebbe sopperirsi – si argomenta⁵² - attraverso la ricerca di «strumenti affinché siano riconosciuti al minore, in una logica rimediale, tutti i diritti connessi allo *status* di figlio anche nei confronti del committente (sic) privo di legame biologico».

Quest’orientamento interpretativo, non a caso definito “davvero molto evolutivo” dalla Corte d’appello di Brescia⁵³, oltre a prospettare un’applicazione “selettiva” della disciplina

⁴⁹ Corte cost., [n. 79/2022](#).

⁵⁰ Corte cass., sez. un., n. 38162/2022.

⁵¹ Corte cass., sez. un., n. 38162/2022.

⁵² Corte cass., sez. un., n. 38162/2022.

⁵³ Corte d’Appello di Brescia, 30 novembre 2023, n. 276.



dell'adozione in casi particolari, e, per questo, non del tutto consona all'integralità che, invece, connota la logica dell'analogia⁵⁴, sembra incorrere in una non trascurabile contraddizione.

L'asserita "superiorità" di questa forma di adozione nel garantire l'interesse "in concreto" dei nati in violazione delle norme che regolano l'accesso alla PMA sembra, invero, smentita dallo stesso art. 9 della l. n. 40/04, che – lo si ricorda – era chiamato a regolare lo stato giuridico del bambino concepito grazie all'allora illecito ricorso alla fecondazione eterologa. Per questi figli il legislatore del 2004 aveva inteso predisporre una protezione destinata ad operare proprio contro gli eventuali ripensamenti del genitore non genetico, una "barriera" che ne rendesse lo *status*, e quindi i diritti, impermeabili proprio alle vicende che travagliano il mondo adulto. Dunque, anche innanzi all'eventuale implosione della coppia e del progetto genitoriale comune – perché è proprio questo il caso che motiva la prescrizione dell'art. 9 l. n. 40/04 – il miglior interesse del minore è, comunque, indicato normativamente nel mantenimento della condizione di "figlio legittimo o riconosciuto della coppia".

Ma non è solo che l'adozione in casi particolari, nonostante le interpretazioni "evolutive" di cui è stata l'oggetto, sembra mancare proprio l'obiettivo che per il legislatore del 2004 era, con tutta evidenza, prioritario: blindare lo *status* del bambino. È anche che le "correzioni" impresse a questa adozione speciale, e il suo conseguente avvicinamento all'adozione legittimante, può sembrare siano perseguite⁵⁵ col solo scopo di creare un percorso "alternativo" per questi figli, una via parallela ma "minore": gli "effetti automatici" che proverrebbero dalla trascrizione vengono sospesi e condizionati alle scelte della coppia genitoriale; quindi, non solo una via più lunga e difficile, ma soprattutto uno stigma, che marchi la nascita di questi figli e testimoni il biasimo della comunità rispetto a progetti genitoriali considerati illegittimi.

Le incoerenze e le forzature che si è provato ad evidenziare e che hanno condotto alla pretermissione dell'interesse del minore può sembrare siano il portato dello spirito punitivo che, in realtà, anima queste decisioni, e che utilizza il "valore" della dignità oggettiva e il preteso "interesse in concreto" del minore per colpire la violazione degli archetipi tradizionali della famiglia e della maternità, i nuovi "tabù" rispetto ai quali anche il canone della coerenza del sistema è fatto arretrare.

⁵⁴ Sul percorso "evolutivo" compiuto dall'istituto dell'adozione in casi particolari v. G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela*, cit., 2 ss. Ciò che, qui, si vuole provare ad evidenziare è altro: la "pretesa" interpretazione estensiva (sui cui limiti v. F. FERRARI, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, cit., 115 ss.), che ha consentito di utilizzare l'adozione in casi particolari per dare veste giuridica al rapporto affettivo che lega questi figli ai genitori non biologici, imporrebbe l'applicazione "integrale" del regime che connota quest'istituto. Ma se così, non si vede quale canone ermeneutico possa giustificare l'utilizzo selettivo di questa normativa, estromettendone proprio i principi che – a dire del giudice costituzionale ([n. 79/2022](#)) - ne definiscono la «specificità».

⁵⁵ A volte anche in danno delle categorie di soggetti cui l'adozione in casi speciali era, almeno in origine, destinata. Sul punto si permetta il rimando a G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, cit., 273 ss.



5. Lo spazio vuoto e la (in)coerenza del sistema

Questa conclusione si mostra avvalorata dalla praticabilità di percorsi argomentativi diversi, che procedano dalla corretta “messa a fuoco” del tipo di problema che gli atti di nascita di questi figli prospettano invece che dal (pre)giudizio che investe la coppia ed il progetto genitoriale di cui è latrice.

Ed infatti, sgombrando il campo da tali pregiudizi e da un mal inteso rispetto dello spazio della discrezionalità del legislatore⁵⁶, ci si avvede che le controversie che hanno ad oggetto il riconoscimento del rapporto di filiazione che lega il nato da eterologa alla madre non genetica potrebbero, anzi devono, essere risolte attraverso l’applicazione diretta degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/04.

In tal senso sembrano, infatti, deporre la lettera di tali enunciati e la *ratio* che vi è sottesa e, non da ultimo, la stessa interpretazione che di queste disposizioni aveva dato il giudice costituzionale in occasione della sentenza con la quale è stata dichiarata l’illegittimità del divieto assoluto di eterologa.

In quell’occasione, invero, la Corte aveva chiarito che «dalle norme vigenti è già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo che, [...], è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi». E così, l’applicazione diretta dell’art. 8, l. n. 40/04 ai nati da eterologa veniva argomentata a partire dalla “genericità” della formula che vi è utilizzata: «i nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli [nati nel matrimonio] o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime»⁵⁷; una formula, quella dell’art. 8, che – come chiariva la Corte – non può discriminare fra fecondazione omologa ed eterologa, dal momento che la seconda altro non è che «una *species*»⁵⁸ della prima; ma anche una formula – si potrebbe aggiungere – che

⁵⁶ La Corte costituzionale ([sentenza n. 32 del 2021](#)), pur avendo constatato la discriminazione di cui sono vittima i figli di due madri che siano nati in Italia, assume che non sia nei suoi poteri intervenire e ripristinare il rispetto degli artt. 2, 3 e 30 Cost.: «al riscontrato vuoto di tutela dell’interesse del minore, che ha pieno riscontro nei richiamati principi costituzionali, questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio. Serve, ancora una volta, attirare su questa materia eticamente sensibile l’attenzione del legislatore, al fine di individuare, come già auspicato in passato, un “ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana”». È tuttavia, possibile osservare che la rimozione di questa disuguaglianza sarebbe seguita alla semplice applicazione diretta degli artt. 8 e 9, l. n. 40/04; e che la sola ragione che sembra aver impedito al giudice costituzionale di riaffermare il principio dell’inviolabilità e priorità dell’interesse del minore sia il “pregiudizio” che investe le “coppie omogenitoriali”. Dunque, ancora una volta, una strana forma di “strabismo”, che porta ad interrogarsi sul grado di accettazione del fenomeno della “omogenitorialità” (emblematica, in tal senso, Corte cost., [n. 221 del 2019](#)), e non, invece, sulle norme che compongono l’ordinamento giuridico e che, già, tutelano i diritti di chi sia nato dall’illecito ricorso alla PMA eterologa.

⁵⁷ Corte cost., [n. 162/2014](#).

⁵⁸ Corte cost., [n. 162/2014](#).



non si presta a distinguere i bambini in base alla composizione della coppia: il figlio di due madri, al pari di qualsiasi nato da PMA eterologa, deve poter accedere allo stato di «figlio riconosciuto dalla coppia che ha espresso il consenso» (art. 8, l. n. 40/04) alla tecnica procreativa.

Analoghe osservazioni sembra possano ripetersi rispetto all'art. 9, l. n. 40/04: anche in questo caso, l'espresso richiamo all'illecito ricorso alla fecondazione eterologa non è accompagnato da formule che ne escludano l'applicazione alla coppia *same sex*; di modo che potrebbe predicarsi di questa disposizione quanto si è già affermato per l'art. 8: essa non distingue i nati da eterologa a partire dalla composizione della coppia, ma garantisce sempre il bambino contro gli eventuali ripensamenti del genitore non biologico, sia esso il padre o la seconda madre.

Questa lettura dell'art. 9, d'altronde, sembra trovare conferma nella *ratio* che alla disposizione è sottesa e nel valore che, a partire da essa (*ratio*), va attribuito al consenso espresso dalla coppia che ha deciso di intraprendere il percorso della fecondazione eterologa: un consenso che va correttamente inteso, perché istitutivo della responsabilità dei genitori e dei diritti del figlio, e perciò una *voluntas* che "obbliga" i genitori a «mantenere, istruire ed educare i figli» (art. 30, comma 1, Cost.) e che, così facendo, tutela «la persona nata a seguito di fecondazione assistita anche nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone la responsabilità»⁵⁹. Diversamente, si genererebbe una situazione definita paradossale dalla stessa Corte costituzionale: «i genitori – essi sì colpevoli – andrebbero totalmente indenni da quella responsabilità alla quale, con la procreazione, sono soggetti, secondo ciò che è sancito come principio, valido rispetto a ogni genere di prole, dall'art. 30, primo comma, della Costituzione»⁶⁰.

Né sembrano in alcun modo condivisibili le obiezioni che escludono questa comprensione delle disposizioni della l. n. 40/04, non a caso inserite nel capo dedicato alla "tutela del nascituro", pretendendo di interpretarle alla luce dell'art. 5 della medesima legge, che regola, invece, l'accesso alle tecniche di PMA. Questa lettura, che si vuole sistematica⁶¹, non considera a sufficienza che queste norme sottendono problemi, e quindi risolvono conflitti, profondamente diversi. Ed invero, mentre gli artt. 4 e 5, l. n. 40/04 definiscono i requisiti di accesso alla PMA, e quindi regolano il conflitto che oppone l'aspettativa della coppia di avere figli allo Stato; gli artt. 8 e 9, l. n. 40/04, al contrario, si preoccupano di definire lo stato giuridico del bambino e implicano, perciò, una differente topografia, nella quale si confrontano i diritti del minore ed i doveri dei genitori che hanno dato l'assenso alla fecondazione artificiale.

⁵⁹ Corte cost., [n. 347 del 1998](#).

⁶⁰ Corte costituzionale, [n. 494 del 2002](#).

⁶¹ L'interpretazione sistematica, invero, non viene semplicemente dall'accostare una norma ad un'altra, bensì consiste nell'intendere ciascuna disposizione secondo lo specifico quadro normativo in cui si inserisce e del determinato ordine di problemi che in esso è considerato.



Ma se così, la disciplina (che tecnicamente si può, e si deve, qualificare come) “speciale” che definisce lo stato giuridico del nato da eterologa, contenuta negli artt. 8 e 9 della l. n. 40/04, dovrebbe trovare applicazione a prescindere dalla composizione della coppia e dal luogo di nascita del bambino: perché rappresenta una “barriera” destinata a proteggere chi, pur frutto di un progetto genitoriale comune, è privo della protezione che dallo *ius sanguinis* discende e, proprio per questa ragione, rimane esposto alle azioni di disconoscimento costruite sull’assenza di un legame genetico con la madre non biologica.

Più complessa è, invece, la risoluzione degli interrogativi sollevati dai certificati di nascita dei bambini nati all’estero dall’illecito ricorso alla surrogazione di maternità.

È, infatti, difficile che questi figli possano usufruire dell’applicazione diretta degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/04. Non tanto perché la coppia genitoriale si sarebbe resa colpevole di quella che viene generalmente considerata una “colpa” grave, ma perché mancherebbero i presupposti per un’interpretazione estensiva della disciplina speciale che definisce lo *status* del nato da eterologa: gli accordi di surrogazione difficilmente possono essere considerati una tecnica procreativa; per essi non può, perciò, ripetersi quanto affermato dal giudice costituzionale in occasione della [sentenza n. 162 del 2014](#), e cioè che si tratti di una “*species*” del più ampio “*genus*” della PMA.

L’esclusione di un’interpretazione estensiva degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/04 non impedisce, però, di considerare l’assenza di una norma che disciplina lo stato giuridico di questi bambini alla stregua di una lacuna in senso tecnico, che richiede si attivi lo strumento dell’*analogia legis*.

La postulazione di una lacuna e l’eventuale utilizzo dello strumento analogico richiedono, però, che si definisca, in via preliminare, il tipo di problema che questi atti di nascita sollevano. Che sembra possa essere prospettato nei termini che seguono: quale trattamento riservare a chi abbia un legame genetico con uno solo dei propri genitori e, inoltre, si trovi ad «essere involontariamente, con la propria stessa esistenza», prova dell’illecito da essi compiuto?

Non vi è dubbio che l’art. 9, l. n. 40/04 risponda ad una domanda, almeno in parte, simile. Anche il nato da surrogazione, al pari del bambino concepito grazie alla PMA eterologa, è, infatti, geneticamente legato ad uno solo dei due genitori. Ed è una condizione, quest’ultima, che, a seguire il legislatore del 2004, non osterebbe all’acquisizione dello *status legitimitatis*: il consenso alla surrogazione di maternità e il progetto genitoriale cui, in forza di quest’accordo, si è deciso di aderire dovrebbero fondare la responsabilità del mondo adulto, e perciò consentire il valido formarsi di un atto di nascita costituito a partire da una dichiarazione non veridica. Lo *ius sanguinis* non può motivare l’irricevibilità del provvedimento straniero che riconosce il rapporto di filiazione fra bambino surrogato e genitore non biologico.

Né possono considerarsi dirimenti gli argomenti che escludono l’applicabilità dell’art. 9, l. n. 40/04, muovendo dalla sanzione penale che accompagna il divieto di surrogazione e che testimonierebbe l’elevato grado di disvalore che il legislatore ha inteso attribuire ad una tale



pratica procreativa. Questa ragione si presta, infatti, ad essere confutata dalla sentenza della Corte n. 494/2002, che completa il quadro analogico: in quest'occasione, il diritto al riconoscimento formale dello *status filiationis* è ricondotto «all'art. 2 della Costituzione, e [a]l principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali»⁶²; un principio, quest'ultimo – prosegue il giudice costituzionale – che «non richiede parole di spiegazione» e che – si rimarca – non lascia margini di discrezionalità alle scelte legislative: «non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto». Né – ragionava, in quell'occasione, la Corte – la discriminazione di cui sono vittima i figli incestuosi (e di conseguenza anche quelli “surrogati”) potrebbe trovare fondamento nella protezione dell'“ordine pubblico familiare”, che esige che fatti «dalla coscienza sociale considerati alla stregua di attentati all'ordine naturale dei rapporti interpersonali [...] restino fuori dall'ordine giuridico e non possano determinare l'attribuzione di *status filiationis*»⁶³. L'adozione di misure sanzionatorie – si finiva, così, con il concludere – non può coinvolgere «soggetti totalmente privi di ogni responsabilità – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare»⁶⁴.

Dunque, una decisione che, al pari dell'art. 9 della l. n. 40/04, si propone di rendere il fondamentale diritto allo *status* del figlio “impermeabile” rispetto alle vicende che riguardano, solo ed esclusivamente, il mondo adulto⁶⁵; ma soprattutto una sentenza deputata a dirimere un conflitto che può ritenersi presenti una topografia pressoché sovrapponibile a quella prospettata dai certificati di nascita dei bambini surrogati: perché ancora una volta contrappone il *best interest* del minore a istanze che si incardinano nella collettività, e che vi vengono declinate, alternativamente, come interesse pubblico alla “verità”, all'efficacia delle politiche dissuasive e, da ultimo, all'“ordine pubblico familiare”.

La corretta attivazione dello strumento analogico, e quindi l'interrogazione delle norme che disciplinano lo stato giuridico del figlio e non – come invece si è fatto – la condotta del mondo adulto, finisce, così, con il condurre a soluzioni profondamente distinte da quelle promosse e

⁶² Corte cost., [n. 494 del 2002](#), 5 considerato in diritto.

⁶³ Corte cost., [n. 494 del 2002](#), 6.1 considerato in diritto.

⁶⁴ Corte cost., [n. 494 del 2002](#), 6.1 considerato in diritto.

⁶⁵ Ma anche una decisione - quella che si è riportata – che vede prevalere il minore ed il suo “miglior interesse”, forse perché, in quest'occasione, il giudice costituzionale non è preoccupato del diffondersi di pratiche incestuose e può, perciò, costruire la sua decisione in coerenza con i principi costituzionali. Sulla sorte dei nati da GPA sembra, invece, pesare l'urgenza di porre un freno ad una pratica procreativa lesiva del “comune sentire” della collettività: un ritorno alla legge biblica del “occhio per occhio”, la quale impone di riparare l'offesa subito dalla comunità; ma anche una legge, quella biblica, che sembra lontana dai diritti e dai canoni di equità e giustizia contenuti in Costituzione.



difese dal giudice costituzionale e dalla Corte di cassazione; soluzioni – si potrebbe ancora aggiungere – che non avrebbero richiesto la “correzione” della disciplina dell’adozione speciale, né sue successive interpretazioni che sembrano rispondere ad una logica “rimediale” (come viene spesso chiamato questo superamento del dettato normativo); soluzioni – da ultimo – rispettose della complessiva coerenza del sistema, perché non inquinate dalla volontà di punire, ma costruite sul rigore del ragionamento giuridico.