

Co-genitorialità femminile e *status* della prole

di Maria Carmela Venuti

professoressa ordinaria di diritto civile nell'Università di Palermo

In adesione al decreto del 30 novembre 2023 con cui la corte d'appello di Brescia ha confermato la legittimità del riconoscimento di due minori effettuato dalla madre intenzionale e la rettificazione dell'atto di nascita con l'aggiunta dell'indicazione del secondo genitore, il contributo individua alcuni profili interpretativi della controversa questione dello stato giuridico dei bambini nati da una coppia femminile

SOMMARIO: 1. Il problema e le divergenti soluzioni interpretative. - 2. La decisione della corte d'appello di Brescia del novembre 2023. - 3. Il persistente vuoto di tutela nei confronti dei figli nati in Italia da coppie femminili. - 4. Il microsistema di filiazione da procreazione medicalmente assistita delineato nella legge n. 40/2004. - 5. Procedimento analogico e *Rechtsfortbildung* nel contesto ordinamentale contemporaneo.

1. Il problema e le divergenti soluzioni interpretative

Nel 2021 la Corte costituzionale, pronunciandosi per l'inammissibilità della questione di legittimità degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e dell'art. 250 cod. civ., che non consentono al nato - nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata da una coppia dello stesso sesso - l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, denunciava l'evidente *vuoto di tutela* nei confronti dei minori. Tutela intesa dalla Corte «come necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, e riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell'identità personale» della prole¹. La Consulta evidenziava come fosse impellente «un intervento del legislatore in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del rapporto del minore con la “madre intenzionale”», in ragione dell'insufficienza dell'adozione in casi particolari, «per come attualmente regolata». Segnalava come i bambini generati con la fecondazione eterologa praticata da una coppia di donne versino «in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo», sottolineando come essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il menzionato progetto, vedano «gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi, *in contrasto con il principio di eguaglianza*»². Evidenziata la patente lacuna nella protezione dei diritti dei minori nati con fecondazione eterologa praticata all'estero da una coppia femminile, la Corte giustificava poi la decisione di inammissibilità delle questioni sottoposte al proprio vaglio, in quanto una pronuncia di illegittimità costituzionale - quale avrebbe potuto/dovuto essere - avrebbe rischiato «di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato»³.

¹ Il riferimento, facilmente intuibile, è a Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in *G.U.*, 10 marzo 2021, n. 10, 1^a s.s. (il testo virgolettato è al punto 2.4.1.3. del *Considerato in diritto*). La decisione di inammissibilità è fondata sulla constatazione che la materia, nella quale si evidenzia il predetto vuoto di tutela, sia *eticamente sensibile* e caratterizzata da *ampia discrezionalità del legislatore*, chiamato così ad «individuare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana».

² Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, cit., punto 2.4.1.3. del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto.

³ Id., punto 2.4.1.4. del *Considerato in diritto*.

Oggi, ampiamente superata la soglia del triennio, il “forte monito” rivolto in quella sentenza al legislatore è rimasto desolantemente inascoltato. Di recente la questione di legittimità costituzionale degli stessi artt. 8 e 9, l. n. 40/2004, e dell’art. 250 cod. civ. è stata riproposta dal tribunale di Lucca⁴.

Diversamente è avvenuto dal 2021 in Francia, ove la legge n. 2021-1017 relativa alla bioetica ha modificato le previsioni del *Code de la santé publique* in tema di procreazione assistita, consentendo l’accesso alle tecniche alle coppie femminili e a «*toute femme non mariée*», che intendano realizzare un *projet parental*⁵. Dunque senza subordinarlo alla sussistenza di una condizione di sterilità o infertilità cui porre rimedio, come per contro avviene in Italia. Un cambio di passo epocale, insomma, sia con riguardo al presupposto della sussistenza di un progetto genitoriale che si intende realizzare tramite le tecniche biomediche, sia con riferimento alla pari legittimazione delle *coppie* etero e di quelle omoaffettive femminili, e senza preclusioni legate all’orientamento sessuale o alla condizione di coniugio (art. L2141-1). Il legislatore d’oltralpe è intervenuto altresì sul codice civile, per ciò che concerne l’acquisizione della genitorialità della donna non legata biologicamente al nato. Prima di sottoporsi alla procreazione medicalmente assistita, le due *partner* devono formulare innanzi al notaio una *dichiarazione di riconoscimento congiunto* del bambino che, consegnata all’ufficiale di stato civile al momento della nascita, sarà indicata nel relativo certificato (art. 342-11 cod. civ.). L’art. 6, 4° comma, della legge relativa alla bioetica ha previsto inoltre la possibilità per le coppie femminili, che abbiano in passato fatto ricorso all’estero alla procreazione medicalmente assistita, di effettuare siffatta dichiarazione di riconoscimento congiunto entro il triennio successivo alla sua entrata in vigore. In tale modo il legame di filiazione viene instaurato nei riguardi della donna che non abbia partorito, attraverso l’annotazione del riconoscimento congiunto a margine dell’atto di nascita⁶.

Tornando all’Italia, l’inerzia del legislatore ha determinato un preoccupante disallineamento tra diritto scritto - ove dal 2021 è intervenuto solo qualche mutamento trasversale e unicamente ad opera del Giudice delle leggi⁷ - e il diritto di produzione giurisprudenziale, che tuttavia si va coagulando in

⁴ Trib. Lucca, ord. 26 giugno 2024, reg. ord. n. 148 del 2024, in www.cortecostituzionale.it. Benché non ci si possa soffermare su detta pronuncia, dati i limiti di questo contributo, la base materiale su cui si muove è costituita, oltre che dall’inerzia protratta del legislatore, dalla contraddittorietà di orientamenti giurisprudenziali e dalla (condivisibile) considerazione dell’insufficienza della soluzione dell’adozione in casi particolari a garantire adeguata tutela ai minori nati da procreazione medicalmente assistita da coppia femminile. Un primo commento all’ordinanza di M. WRINKLER, *Famiglie omogenitoriali e «nati non riconoscibili»: la parola (di nuovo) alla Corte costituzionale*, può leggersi su *IL Q(otidiano) G(iuridico)* del 2 luglio 2024.

⁵ Sulla riforma v. G. TERLIZZI, *La PMA (seulement) pour toutes. L’incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, in *GenIUS*, 1/2022, p. 88 ss.

⁶ «IV.-Lorsqu’un couple de femmes a eu recours à une assistance médicale à la procréation à l’étranger avant la publication de la présente loi, il peut faire, devant le notaire, une reconnaissance conjointe de l’enfant dont la filiation n’est établie qu’à l’égard de la femme qui a accouché. Cette reconnaissance établit la filiation à l’égard de l’autre femme.

La reconnaissance conjointe est inscrite en marge de l’acte de naissance de l’enfant sur instruction du procureur de la République, qui s’assure que les conditions prévues au premier alinéa du présent IV sont réunies. Le présent IV est applicable pour une durée de trois ans à compter de la publication de la présente loi.»

⁷ Ci si riferisce precipuamente alla dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 55 della legge n. 184/1983 (Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *G.U.*, 30 marzo 2022, n. 13, 1^a s.s.), che ha consentito la costituzione di rapporti di parentela tra l’adottato “in casi particolari” e i familiari dell’adottante, rendendo così la condizione giuridica di detto bambino analoga a quella dell’adottato in forma piena. *Rectius*: in realtà difforme, ma in senso accrescitivo, ammettendosi l’instaurazione di vincoli di parentela oltre i due ordinari rami genitoriali, verso una terza o una quarta costellazione familiare. Si tratta di un aspetto che, se pure importante, non solo non è in grado di colmare il vuoto di tutela denunciato dalla Consulta, ma pone profonde distonie nel complessivo sistema dell’adozione dei minori. Nelle ipotesi “nominate” di adozione in casi particolari, di cui alle lett. da a) a c) dell’art. 44, l’adozione non recide i rapporti di parentela che l’adottato ha instaurato con i nuclei familiari di origine, sicché detti vincoli sono ora destinati ad accrescersi esponenzialmente in funzione di quelli del/gli adottante/i. Lo stesso avviene per le fattispecie rientranti nella generica e residuale eventualità della lett. d), che non riguardino un figlio necessariamente “monogenitoriale”, come quello venuto alla luce da procreazione medicalmente assistita eterologa da una coppia omoaffettiva. Soltanto il bambino adottato in casi particolari dal genitore intenzionale omoaffettivo acquisisce, allora, una parentela bilaterale, in ragione dei due (soli) rami genitoriali, così come avviene nell’adozione in forma “piena”, che mima perfettamente la filiazione “biologica”

maniera frammentaria e, ahimè, contraddittoria, fino ad arrivare, come segnalato, ad una nuova proposizione dell'incidente di costituzionalità. Le corti, infatti, chiamate a cimentarsi sul terreno reso insidioso dalla denunciata assenza di regole *ad hoc*, non sono riuscite sinora a pervenire ad approcci e soluzioni interpretativi omogenei, capaci di agglutinare un tessuto regolatorio condiviso.

Si registra la contrapposizione tra la linea ermeneutica elaborata in sede di legittimità e quella accolta da una parte delle corti di merito. La prima, facendo perno sulla concezione della famiglia eterosessuale come migliore formazione sociale per accogliere una nuova vita⁸, che, com'è noto, trova espressione in sede ordinaria nelle previsioni della legge n. 40/2004 (artt. 4 e 5)⁹ e della legge n. 184/1983 sull'adozione piena (art. 6), ritiene preclusa nel nostro ordinamento l'instaurazione di una co-genitorialità femminile al momento della nascita della prole e vede nell'adozione in casi particolari *ex art. 44, lett. d)*, l. n. 184/1983, l'unico mezzo per formalizzare *ex post* e in via eventuale il legame instaurato di fatto dal bambino con il genitore d'intenzione¹⁰. Soluzione, quest'ultima, che va riferita

del codice civile. Per un più compiuto commento (critico) alla decisione sia consentito il rinvio al nostro *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4/2022, p. 567 ss.

Peraltro, la corte d'appello di Brescia condivisibilmente addita con qualche preoccupazione gli effetti "asistematici" che discendono dall'elisione dei confini tra adozione piena e adozione in casi particolari, che la giurisprudenza sta via via operando. Essa afferma (punto 7.3.1.), infatti, che «l'aver oggi reso l'adozione speciale di fatto sostanzialmente sovrapponibile alla adozione legittimante con mantenimento di legami, potrebbe anche creare un "dissesto" nel sistema dell'adozione, in mancanza di un istituto "più leggero" quale l'affidamento etero-familiare sine die (del quale, a questo punto, si sentirebbe il bisogno), giacché l'esperienza e la realtà dei casi concreti insegnano che occorrono più strumenti di tutela dei minori, ma gradualmente e diversificati tra loro».

⁸ Concezione accolta dalla Corte costituzionale anche in ragione della sua (asserita) diffusione nel sentire sociale: Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *G.U.*, 30 ottobre 2019, n. 44, 1^a s.s.; Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237, in *G.U.*, 20 novembre 2019, n. 47, 1^a s.s.; Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, in *G.U.*, 11 novembre 2020, n. 46, 1^a s.s.

⁹ Gli artt. 4 e 5, l. n. 40/2004, com'è noto, consentono l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita unicamente alle coppie eterosessuali, vietandolo a persone singole e coppie *same-sex*, ed esclusivamente per la finalità di rimuovere cause impeditive della procreazione circoscritte ai casi di sterilità o di infertilità accertate e certificate da atto medico.

¹⁰ Cass. civ., sez. I, 2 ord. 5 febbraio 2022, n. 6383, in *Fam. e dir.*, 6/2002, p. 581 ss., con nota di R. CALVIGIONI, *In Italia non è consentita la registrazione della filiazione da genitori dello stesso sesso: la conferma della Corte di Cassazione*. Cfr. altresì Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668, in *Corr. giur.*, 8-9/2020, p. 1041 ss., con nota di A.G. GRASSO, *Nascita in Italia e PMA da coppia di donne: la Cassazione nega la costituzione del rapporto filiale*; Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029, in *Ilfamiliarista.it*, 3 agosto 2020, con nota di A. FIGONE, *Atto di nascita con due mamme: ancora un no dalla Suprema Corte*; Cass. civ., sez. I, Sez. I, 23 agosto 2021, n. 23320, in *Fam. e dir.*, 2/2022, p. 154 ss., con nota di C. DIQUATTRO, *Lo status del minore nato in Italia da una coppia di donne*; Cass. civ., sez. I, ord., 7 marzo 2022, n. 7413, in *ForoPlus*, con nota di A. SCALERA, *La Cassazione torna sulla questione dell'annotazione nell'atto di nascita della coppia genitoriale omoaffettiva*. Più di recente esprime una linea di netta chiusura verso l'indicazione della co-maternità nell'atto di nascita Cass. civ., ord. 20 febbraio 2024, n. 4448, in *OneLegale*, secondo cui «non può (...) ritenersi che l'indicazione della doppia genitorialità sia necessaria a garantire al minore la migliore tutela possibile, atteso che, in tali casi, l'adozione in casi particolari si presta a realizzare appieno il preminente interesse del minore alla creazione di legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, senza che siano esclusi quelli con la famiglia del genitore biologico, alla luce di quanto stabilito dalla sentenza della Corte cost. n. 79 del 2022» (punto 2 della motivazione). Sul punto si tornerà nel testo.

In dottrina v., con diversità di accenti, E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3/2021, p. 664 ss.; A.G. GRASSO, *OLTRE l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione?* (Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33), *ivi*, p. 700 ss.; B. CHECCHINI, *L'«omogenitorialità» ancora al vaglio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2021, I, p. 609 ss.; EAD., *Famiglie omoaffettive: tra dichiarazione di nascita ed adozione in casi particolari*, *ivi*, 6/2023, II, p. 1373 ss.; G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Fam. e dir.*, 7/2021, p. 704 ss.; EAD., *Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso. Il cambio di passo della Consulta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2021, II, p. 937 ss.; GIAC. D'AMICO, *La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e n. 33 del 2021*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2021, II, p. 930 ss.; A.M. GAMBINO, *Tecnologie riproduttive e genitorialità d'intenzione*, in *Fam. e dir.*, 11/2022, p. 1068 ss.. Sia concesso il rinvio anche al nostro *Diritti dei figli vs. genitorialità same-sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2021, II, p. 949 ss.

solamente alle fattispecie (*rectius*: ai bambini) che ricadono sotto la disciplina municipale, quando la nascita, cioè, sia avvenuta nel territorio italiano¹¹. In tal modo si determinano esiti palesemente contraddittori e irragionevoli, contrari al canone dell'uguaglianza e della parità di trattamento, almeno se si guarda alla posizione dei minori.

La soluzione non convince anche per ulteriori ragioni, che si illustreranno in seguito.

La seconda, per converso, reputa tuttora sussistente il vuoto di tutela denunciato dalla Consulta e assume sia compito dei giudici rispondere positivamente alle esigenze di protezione del nato in attuazione dei suoi diritti fondamentali all'identità, alla dignità, alla vita privata e familiare, alla bigenitorialità. Per colmare la persistente vistosa lacuna legislativa si fa ricorso all'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata delle disposizioni concernenti la tutela del nascituro della legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita (artt. 8 e 9)¹². Lungo questa linea si muove la condivisibile e ben articolata decisione della Corte di appello di Brescia del novembre scorso (sulla scorta della pronuncia di prime cure del Tribunale¹³), da cui queste brevi note prendono le mosse¹⁴.

La questione, dunque, si gioca *in primis* sugli approcci ermeneutici (metodo e canoni interpretativi) prescelti¹⁵.

2. La decisione della corte d'appello di Brescia del novembre 2023

La decisione della corte d'appello di Brescia del novembre scorso ha confermato la decisione di primo grado che aveva dichiarato illegittimo il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di ricevere la dichiarazione della madre non biologica di riconoscimento di due bambini nati in Italia a seguito di fecondazione eterologa praticata all'estero nel quadro di un progetto procreativo condiviso con la madre biologica. Il tribunale aveva dato atto del riconoscimento e ordinato la rettificazione dell'atto di nascita dei due bambini con l'indicazione della seconda genitrice. I giudici di seconde cure hanno osservato, in piena adesione con le considerazioni espresse in primo grado, che l'applicazione degli artt. 8 e 9 anche in fattispecie di procreazione vietate, come quella della coppia femminile, va ammessa e si giustifica perché l'inosservanza del precetto sull'accesso alle tecniche, presidiata da sanzioni di carattere meramente amministrativo, non impedisce comunque la produzione degli effetti delle condotte poste in essere e, dunque, la costituzione del rapporto di filiazione nei riguardi delle due componenti della coppia. Si tratterebbe, seguendo una risalente qualificazione, di una *lex minus quam perfecta* che, analogamente a quanto avviene in caso di incesto, sgancia il profilo della illiceità della tecnica adottata per far nascere il figlio dalla considerazione dello stato giuridico di quest'ultimo¹⁶. La tutela del concepito, enunciata nell'art. 1 della l. n. 40/2004, si irradia su tutta la legge, costituendo il principio al cospetto del quale analizzare tutte le sue previsioni. Essa, pertanto, impedisce una lettura restrittiva dell'art. 8 come rivolta alle sole ipotesi "lecite" di procreazione medicalmente assistita, secondo

¹¹ Ammette la trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero con indicazione della co-maternità biologica e intenzionale, in quanto non in contrasto con l'ordine pubblico internazionale: Cass. civ., sez. I, 2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2017, I, p. 372 ss., con commento di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex* (p. 362 ss.); Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12/2017, I, p. 1718 ss., con commento di G. PALMERI, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex* (p. 1708 ss.).

¹² App. Cagliari, decr. 16 aprile 2021, in *Foro it.*, 2021, I, c. 2055 ss.; Trib. Taranto, decr. 31 maggio 2022, in www.articolo29.it; Trib. Bari, decr. 20 luglio 2022, in *Foro it.*, 2023, I, c. 948 ss.; App. Roma, decr. 23 aprile 2020, in www.articolo29.it; Trib. Bergamo, decr. 20 aprile 2020, *ibidem*.

¹³ Trib. Brescia, decr. 16 febbraio 2023, in www.articolo29.it, con presentazione di G. BARBATO.

¹⁴ App. Brescia, decr. 7-30 novembre 2023, in *Foro it.*, 3/2024, I, c. 712-725 ss., con nota di G. CASABURI.

¹⁵ Sul tema dell'interpretazione giuridica, nella sterminata letteratura, una relativamente recente messa a punto è in G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021. Per una visione sensibile all'importanza delle fonti costituzionali, alle trasformazioni impresse nel sistema ed al rilievo dell'assiologia nel procedimento ermeneutico v. le ormai classiche pagine di P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2/2011, p. 159 ss.

¹⁶ In altri termini, bisogna tener distinti i piani del precetto, della sanzione, e delle conseguenze della sanzione, utilizzando per ognuno di essi canoni interpretativi corrispondentemente diversificati (punto 7.3.).

una rigida corrispondenza biunivoca tra osservanza dei presupposti soggettivi e oggettivi per l'accesso alle tecniche, da una parte, ed effetti in relazione alla costituzione del rapporto di filiazione, dall'altra. In sostanza, alla luce dei principi generali dell'ordinamento e della fisionomia attuale della legge n. 40/2004, ampiamente trasformata dalle pronunce dell'Alta Corte, non appare plausibile un'interpretazione che dia preminenza al suo apparato repressivo. La giurisprudenza costituzionale, in particolare, ha eliso l'originario nesso di corrispondenza genetica tra genitori e figli (delle coppie eterosessuali) e la sua imprescindibilità nella configurazione giuridica della formazione intermedia famiglia, ammettendo il rilievo positivo di una genitorialità sociale anche se disgiunta dalla corrispondenza biologica¹⁷.

Secondo i giudici bresciani, il vuoto di tutela nei riguardi dei nati da procreazione medicalmente assistita omoaffettiva femminile appare particolarmente grave, tenuto conto anche delle pronunce della Corte EDU. Essa, affermata l'esigenza di riconoscere il legame di fatto costituito con il genitore intenzionale a tutela dell'identità del bambino, anche di recente ha sottolineato la necessità che gli strumenti giuridici, pur se discrezionalmente adottati dai singoli Stati parti, debbano comunque essere idonei a garantire *effettività e celerità* di attuazione dell'interesse del minore, affinché si elimini al più presto la condizione di incertezza giuridica nella quale costui versa. In questo ambito, affermano i giudici di Strasburgo, sugli Stati parti incombono obblighi positivi ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, per i quali va postulata una *diligenza eccezionale* laddove viene in gioco la relazione tra una persona e il proprio figlio¹⁸.

Constatata con dovizia di particolari l'insufficienza al predetto fine dell'adozione in casi particolari¹⁹, e tenuto conto del persistente silenzio del legislatore, la corte d'appello si volge a dare un'interpretazione evolutiva dell'art. 8 della l. n. 40/2004, «guidata dalla applicazione di principi costituzionali e sovranazionali». Tale operazione ermeneutica viene giustificata facendo leva sulla sua compatibilità con «la lettera della legge» e sulle disarmonie che la mancata attuazione del fondamentale precetto di tutela dei minori determina nel sistema²⁰. Sotto il primo profilo osserva che la statuizione è inserita in un capo separato della legge dedicato alla *tutela del nascituro*, ove si stabilisce che lo stato giuridico del nato sia quello di «figlio riconosciuto dalla *coppia* che abbia fatto ricorso alla p.m.a.», senza che vengano in rilievo valutazioni sulla condotta degli adulti²¹. Quanto al secondo profilo, la corte bresciana, evidenziata la mancanza di un orientamento univoco nel diritto applicato, sottolinea la discriminazione e disparità di trattamento di cui sono vittime i nati da procreazione medicalmente assistita da coppie omoaffettive. Ciò si palesa non soltanto in confronto ai nati da coppie eterosessuali (perfino nell'ipotesi limite in cui l'impianto dell'embrione venga effettuato nonostante il decesso del padre²²), ma anche al loro stesso interno. Vengono al riguardo in rilievo i bambini nati all'estero, per i quali si ammette la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero recante l'indicazione di una co-maternità; e quelli per i quali, benché nati da coppia maschile con gpa, si è ammessa la trascrizione dell'atto di nascita straniero indicante la co-paternità in considerazione dell'urgenza di apprestare tutela al bambino dopo la morte del genitore legale biologico o nell'imminenza di essa²³.

In definitiva, secondo i giudici lombardi, in mancanza di una interpretazione evolutiva dell'art. 8, l. n. 40/2004 risulterebbe irragionevolmente pregiudicato il diritto del bambino, soggetto particolarmente debole proprio per essere nato in tali circostanze, a «vedere riconosciuto il proprio *status* di figlio di *due* genitori».

¹⁷ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *G.U.*, 18 giugno 2014, 1^a s.s.; Id., 18 dicembre 2017, n. 272, in *G.U.*, 20 dicembre 2017, 1^a s.s.; Id., 9 marzo 2021, n. 32, cit., e 9 marzo 2021, n. 33, in *G.U.*, 10 marzo 2021, n. 10, 1^a s.s..

¹⁸ Punto 7.3.1. della decisione ed ivi riferimenti giurisprudenziali.

¹⁹ Essa non consente di equiparare la condizione dei bambini così adottati (o adottandi) a quella di coloro che vengono riconosciuti sin dalla nascita da entrambi i genitori tra l'altro per le seguenti ragioni: è rimessa all'iniziativa dell'adulto; è strumento lungo, complesso e costoso; crea discriminazione tra i bambini nati da procreazione medicalmente assistita eterologa in coppia eterosessuale e in coppia omosessuale.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, corsivo nell'originale.

²² È il noto caso deciso dalla S.C. con la sentenza n. 13000 del 15 maggio 2019. Si può leggere in *Nuova giur. civ. comm.*, 6/2029, I, p. 1282 ss., con commento di M. FACCIOLO, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem*.

²³ Trib. Milano, decr. 2 marzo-24 aprile 2023, in www.articolo29.it

Essa viene quindi svolta nel segno della tutela e dell'affermazione del diritto del bambino alla bigenitorialità «sancito da norme nazionali e sovranazionali», indipendentemente dalla struttura etero od omoaffettiva del nucleo parentale di riferimento.

3. Il persistente vuoto di tutela nei confronti dei figli nati in Italia da coppie femminili

La decisione, come detto, risulta condivisibile per le considerazioni che seguono.

Anzitutto pare opportuno analizzare più da presso la questione di partenza, ossia la lacuna legislativa in ordine alla condizione dei bambini nati da coppie femminili e il vuoto di tutela che ne deriva.

La legge italiana ignora pressoché integralmente il fenomeno della filiazione da coppie *same-sex*. Al silenzio della legge n. 184/1983 sull'adozione, della legge n. 76/2016 sulle unioni civili e della legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, si aggiunge quello del codice civile, che non considera affatto la questione. La statuizione di cui all'art. 315, che equipara la condizione giuridica di tutti i figli, indipendentemente dalla loro nascita fuori o dentro il matrimonio, si applica a coloro che *già godono di un vincolo di filiazione legalmente attestato*. D'altra parte, che le previsioni del codice civile non si attaglino precipuamente alla procreazione medicalmente assistita è implicitamente affermato dalla Consulta nella richiamata pronuncia n. 32/2021, nel momento in cui indica come corretta la censura rivolta dal giudice *a quo* agli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004, segnalando così come questo plesso normativo e non il codice civile dovrebbe essere l'approdo per una regolamentazione della fattispecie in esame. Del resto, la giurisprudenza di legittimità e quella costituzionale già prima del varo della legge n. 40/2004 avevano escluso il rinvio alle statuizioni codicistiche con specifico riguardo alla posizione del bambino generato con fecondazione eterologa²⁴. Si è ritenuto che il padre intenzionale non possa *venire contra factum proprium* e dunque agire per il disconoscimento della paternità dopo aver prestato il consenso libero e informato alla fecondazione con seme di donatore anonimo.

Quanto alla legge in materia di adozione, come detto, essa ignora la possibilità delle coppie *same-sex* di adottare dei minori; analogo silenzio sul punto evidenzia la legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili e le convivenze di fatto. Sicché la soluzione dell'adozione in casi particolari di cui alla lett. *d*) dell'art. 44, indicata come meccanismo idoneo a dare protezione ai nati da procreazione medicalmente assistita realizzata da coppie omoaffettive, superando così la denunciata assenza di tutela di tali minori, appare un mero *discensus* e nemmeno tanto *commodus*. Non è strumento calibrato *ad hoc* per la specifica fattispecie in esame, ma, per così dire, *recuperato* dall'arsenale esistente, che lo destina a una serie variegata di ipotesi residuali grazie a un'interpretazione adeguatrice del presupposto della «constata impossibilità di affidamento preadottivo», sancito a chiusura delle ipotesi nominate contemplate all'art. 44 dalle lettere da *a*) a *c*)²⁵. Sul punto ci si soffermerà *infra*.

L'unico testo normativo che contempla la sussistenza di figli di una persona unita civilmente o legata in rapporto di coppia di fatto è la legge 11 gennaio 2018, n. 4, recante disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici. Tuttavia la considerazione è strumentale al fine di individuare la cerchia dei destinatari di salvaguardie di natura prevalentemente economica. La legge non specifica se si tratti di figli soltanto del genitore vittima del crimine domestico, ovvero dell'altro, autore del reato, né esclude che possano essere figli della *coppia*. In questo contesto il dato appare indifferente. Quale che sia la configurazione del nucleo parentale dell'orfano, la previsione nulla dice su come si sia giuridicamente instaurato il legame di filiazione con il genitore "intenzionale" nel quadro della coppia omoaffettiva.

La carenza di protezione dei minori è evidente. Il bambino nato in Italia non può autonomamente azionare altra tutela nei confronti della madre intenzionale che non quella, asfittica e in certo modo anche lesiva della sua dignità di figlio, dell'art. 279 cod. civ. in tema di prole non riconoscibile. Tale

²⁴ Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *G.U.*, 30 settembre 1998, n. 39, 1^a s.s.; Cass. civ., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1834 ss.. V. altresì Trib. Napoli, 24 giugno 1999, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2507 ss.

²⁵ Come si è provato ad argomentare nel richiamato *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale*.

soluzione, propugnata in dottrina²⁶, pur agganciandosi al dato meramente fenomenologico dell'impossibilità della genitrice "intenzionale" di effettuare il riconoscimento, finisce per fornire al minore una protezione circoscritta ai profili materiali del mantenimento, educazione e istruzione e si palesa, in definitiva, assai insoddisfacente. Senza dire che la non riconoscibilità del bambino non è in questo caso frutto dell'accertamento giudiziale della contrarietà del riconoscimento al suo interesse (così come avviene nel caso della sua generazione incestuosa), ma conseguenza automatica di un divieto nei confronti della co-genitorialità femminile. Insomma: anziché essere espressione di un'istanza di protezione, si rivela uno stigma lesivo della dignità del bambino.

La mancata rilevanza data al ricorso alla procreazione medicalmente assistita nel caso della omogenitorialità femminile è dunque ostativa dell'applicabilità al nato e alla coppia gli artt. 6, 8 e 9 della l. n. 40/2004. Così facendo, però, la donna che ha portato avanti la gravidanza *in thesi* potrebbe avvalersi della facoltà di non essere nominata, determinando l'abbandono del bambino. Dal canto suo la madre intenzionale è giuridicamente "inesistente" prima dell'eventuale adozione in casi particolari: esito tanto più paradossale nell'eventualità che si tratti della madre genetica, avendo fornito l'ovulo con cui è stato formato l'embrione impiantato nell'utero della *partner*. La regola dell'art. 269 cod. civ., d'altra parte, preclude al nato la possibilità di agire per l'accertamento giudiziale della maternità nei confronti della donna che non abbia partorito, pur se per avventura si trattasse della madre genetica. Lo stesso vale, a maggior ragione, nei riguardi della madre meramente intenzionale, alla quale, secondo il diritto applicato, è impedito effettuare il riconoscimento ai sensi dell'art. 250 cod. civ.. Il *vulnus* inflitto al bambino appare davvero pesantissimo.

Di fronte alla carenza di salvaguardie nei confronti dei figli delle coppie femminili, bisogna volgersi ad indagare se le previsioni degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004, che compongono il capo III della legge dedicato alla *tutela del nascituro*, siano suscettibili di applicazione analogica alla fattispecie non regolata. In ciò tenendo conto dell'esigenza, rimarcata dalla stessa Corte costituzionale, di dare rilevanza al legame di fatto instaurato dalla nascita con la madre intenzionale e consentire che trovi adeguata copertura giuridica.

Va esclusa la percorribilità di una loro lettura estensiva ai nati da coppie *same-sex*, dal momento che la legge pone chiare limitazioni soggettive e di scopo per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita: coppie eterosessuali e contrasto a sterilità o infertilità non superabili altrimenti (artt. 1, 4 e 5)²⁷. Tuttavia, come s'è detto, che siano queste le norme che *potrebbero essere* deputate a regolare la fattispecie in esame sembra ipotizzare la Consulta nella richiamata pronuncia n. 32/2021 nel momento in cui sostiene la *correttezza* della censura loro rivolta dal giudice *a quo*, «poiché da essi si desume l'impossibilità di riconoscere lo status di figli ai nati da PMA eterologa, praticata da una coppia di donne»²⁸. Per inciso, a tal fine dovrebbero però mutare determinati presupposti: in particolare agli artt. 1 e 4 sul nesso di strumentalità delle tecniche al superamento di situazioni

²⁶ A. RENDA, *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, in *Europa dir. priv.*, 2/2023, p. 281 ss., p. 308 s. Altra soluzione per la tutela del bambino è avanzata da E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2021, II, p. 919 ss., p. 923, p. 929, il quale propone di estendere anche al rapporto in questione tutte le norme del Titolo IX del Libro I del codice civile, «ma solo su istanza del minore e solo previa accurata verifica giudiziale della conformità di un simile risultato al suo superiore interesse. La responsabilità genitoriale sarebbe così riconosciuta anche al "genitore" intenzionale, ma non in virtù dello *status*, bensì in una logica puramente rimediale, in quanto la continuità del rapporto in atto appaia in concreto la soluzione meno problematica in vista della realizzazione del superiore interesse del minore». Ancora diversa è la via suggerita da A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 3/2029, p. 713 ss., p. 761 ss., il quale propone di applicare sin d'ora o di prendere spunto, *de jure condendo*, dalla previsione dell'art. 128, 3° comma, cod. civ., che in tema di matrimonio putativo rivolge la tutela ai figli ed al solo coniuge in buona fede.

²⁷ L'impraticabilità di una interpretazione estensiva delle previsioni del capo III in tema di *tutela del nascituro* ai nati da coppie omosessuali è ampiamente affermata nella giurisprudenza ordinaria e implicitamente dalla stessa Corte costituzionale nella richiamata decisione n. 32/2021.

²⁸ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, cit., punto 2.2.1. del *Considerato in diritto*.

di sterilità o infertilità e l'art. 5 che circoscrive l'accesso alle tecniche alle coppie eterosessuali, senza però strutturarsi come divieto costituzionale²⁹.

Si tratta, allora, di verificare se la regolamentazione sulla condizione giuridica dei nati da procreazione medicalmente assistita di cui al capo III, artt. 8 e 9 (in combinato disposto con l'art. 6) della l. n. 40/2004, sia applicabile alla fattispecie in esame in via analogica, con una lettura costituzionalmente conforme. Così come ha fatto la corte bresciana nella decisione del 2023. In caso contrario, si dovrà battere la strada dell'*analogia juris* "in purezza".

La scansione ermeneutica indicata appare coerente con il presupposto dell'esistenza della lacuna normativa e conforme all'inequivocabile dettato dell'art. 12 delle preleggi: disposizione tuttora vigente nel nostro ordinamento e che, anziché ignorata, va applicata nel rispetto del quadro aggiornato della gerarchia delle fonti, dei precetti costituzionali e convenzionali e dei valori apicali che informano il nostro sistema giuridico³⁰. Sotto questo punto di vista l'*analogia legis*, nel contesto contemporaneo, non è rigidamente separata dall'*analogia juris*, ma, al contrario, si compenetra con essa, posto che il vincolo costituzionale impone ad ogni interprete l'attuazione alle prescrizioni della Carta fondamentale. Il giudice ordinario, in specie, è tenuto a percorrere la strada di una lettura delle norme ad esse conforme, fino al limite dell'incidente di costituzionalità.

I passaggi interpretativi descritti appaiono stringenti e non suscettibili di deviazioni.

Risulta perciò frutto di inversione metodologica - e già per questo motivo inaccoglibile - la soluzione dell'adozione in casi particolari e la conseguente negazione del vuoto di tutela nei confronti dei minori. L'art. 44, lett. d), legge n. 184/1983, infatti, non solo non è dettato per la fattispecie in esame, essendo da essa lontano (o al più indifferente) nei presupposti, nel procedimento e negli effetti, ma nemmeno esprime una *ratio* che si attagli ad offrire una protezione adeguata alla specifica posizione dei bambini nati da coppie *same-sex*.

Non solo: l'approdo alla disciplina dell'adozione implicitamente presuppone l'inesistenza di una norma applicabile alla fattispecie in esame, escludendosi in radice il ricorso al procedimento analogico. In sostanza si tratta di constatare che la posizione dei figli da coppie *same-sex* femminili non trovi tutela nella sua precipua specificità. In questo modo l'interprete opera una forzatura inammissibile, consistente nella definizione della fattispecie da regolare attraverso una surrettizia e ingiustificata preventiva elisione del connotato caratterizzante dei soggetti la cui condizione va regolata, ossia essere nati da coppia *same-sex* tramite procreazione medicalmente assistita. Escludendo questo dato dagli elementi che compongono la fattispecie concreta, la ricerca della regola entro cui sussumerla è giocoforza costretta ad orientarsi verso norme che disciplinano la filiazione fuori dallo spettro della procreazione artificiale. Così facendo, lo si ribadisce, l'interprete attua una preliminare e del tutto arbitraria riduzione della consistenza materiale della fattispecie, elidendo la rilevanza proprio della qualità dei soggetti che li colloca in una condizione del tutto peculiare e differente dagli altri.

Una volta oscurato il dato della nascita da coppia femminile è percorso obbligato rinvenire nel codice civile e nella legge sull'adozione le disposizioni da applicare, seguendo, rispettivamente, il nesso di derivazione biologico con la genitrice che ha partorito, e la sua assenza rispetto alla madre intenzionale.

²⁹ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, cit., punto 2.4.1.3. del *Considerato in diritto*, secondo cui «L'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, come già detto, non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali. Questa Corte ha già avuto occasione di affermare, in linea con la giurisprudenza di legittimità in materia di accesso alla PMA, che, da un lato, non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina; dall'altro, «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore» (sentenza n. 221 del 2019).». Sul punto sia consentito rinviare al nostro *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2020, II, p. 664 ss.

³⁰ Segnalava già nello scorso ventennio la cautela della giurisprudenza nell'applicare il procedimento analogico G. ALPA, *Il ricorso all'analogia nella giurisprudenza. Esempi, tecniche, stili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, p. 45 ss.

L'operazione pare criticabile non solo nei presupposti, ma anche negli esiti - irragionevoli - cui perviene. Si palesa in contrasto con i principi di dignità e di rispetto e garanzia dei diritti inviolabili della persona, di uguaglianza e non discriminazione. La posizione di un bambino così procreato viene assimilata a quella di un minore che abbia un unico genitore legale, che non può vedere riconosciuto il legame con quello intenzionale. Paradossalmente la specificità della vicenda procreativa e della struttura della coppia omosessuale ritorna a far pesare la propria sussistenza nel momento in cui preclude l'operatività delle statuizioni del codice civile sul riconoscimento della (co-)maternità (art. 250³¹), sul suo eventuale accertamento giudiziale (art. 269) o sull'esperibilità di altre azioni di stato. Dimodoché la possibilità di acquisire lo *status* di figlio nei confronti di una seconda figura parentale resta confinata all'adozione in casi particolari, giacché solo per tale figura il nostro sistema ammette che un singolo possa adottare un minore, anche se non versi in stato di abbandono.

Il riferimento è, pertanto, all'ipotesi residuale e "di chiusura" di cui alla lett. d) dell'art. 44, l. n. 184/1983. Sulla (im)possibilità di applicare le previsioni delle altre lettere, segnatamente a) o c), si dirà a breve.

4. Il microsistema di filiazione da procreazione medicalmente assistita delineato nella legge n. 40/2004

Procedendo con ordine, nel volgerci a scrutinare l'applicabilità in via analogica delle previsioni degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004 appare opportuno preliminarmente delineare il relativo impianto regolativo.

Esso si atteggia in maniera assolutamente peculiare, configurando una *terza via* tra la genitorialità fondata univocamente sul fatto biologico, e dunque sulla (tendenziale) corrispondenza genetica tra padre/madre e figlio, che è il modello incarnato dal codice civile, e la genitorialità basata anche qui univocamente sulla scelta volontaria, in assenza di derivazione genetica diretta tra adulti e minore, che si riscontra nell'adozione (dei minori, ma anche dei maggiori di età): nel nostro sistema è esclusa, infatti, l'adozione del proprio figlio biologico.

Si può parlare al riguardo di un *microsistema* sulla genitorialità conseguita con il ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale, che si distacca come corpo autonomo sia dalle previsioni del codice civile, sia da quelle della legge speciale in materia di adozione dei minori.

Elemento centrale dell'apparato di protezione previsto per i nati da procreazione medicalmente assistita è il *consenso* (libero, informato e limitatamente revocabile anche rispetto ai due aspiranti genitori³²) *della coppia* che accede alle tecniche biomediche, manifestato in base all'art. 6. Su tale estremo si appunta la previsione dell'art. 8, a mente della quale i bambini hanno lo *status* di figli *nati*

³¹ Nella diversa prospettiva dell'applicabilità di tale norma alla vicenda che ci occupa, appare interessante la notazione formulata in prime cure dal tribunale di Brescia (che si riporta ad una propria precedente decisione) e richiamata nel provvedimento della corte d'appello, secondo cui «il riconoscimento da parte della madre intenzionale assume natura peculiare rispetto al paradigma dell'art. 250 c.c., poiché non attesta la verità della generazione, bensì il consenso in origine prestato alla procreazione medicalmente assistita: si tratta, dunque, di un atto giuridico volto a completare la fattispecie dell'art. 8 e determinare la costituzione del rapporto di filiazione col genitore intenzionale».

³² Sulla questione si è espressa di recente la Consulta nella sentenza 24 luglio 2023, n. 161, in *G.U.*, 26 luglio 2023, n. 30, 1^a s.s., che, dopo aver constatato come la norma della legge n. 40/2004 che stabilisce l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo (art. 6, 3^o comma, ultimo periodo) si sia trovata a operare in un contesto profondamente diverso da quello originariamente definito dal legislatore, nel quale assume ora rilievo il diritto alla salute psicofisica della donna, ha ritenuto infondata la censura di incostituzionalità. Pertanto, in ragione del bilanciamento operato tra i diversi interessi in gioco (la tutela della salute psicofisica della donna e la sua libertà di autodeterminazione a diventare madre; la libertà di autodeterminazione dell'uomo a non divenire padre; la dignità dell'embrione; i diritti del nato a seguito della pma) non viola il principio di uguaglianza (tra uomo e donna) e non è irragionevole, dal momento che nella vicenda procreativa la situazione in cui versa la donna è profondamente diversa da quella dell'uomo. Inoltre la centralità che il consenso assume nella procreazione medicalmente assistita fa sì che l'uomo sia in ogni caso consapevole della possibilità di diventare padre.

nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle predette tecniche «ai sensi dell'art. 6»³³. Il nesso inscindibile tra il consenso della coppia e la condizione del nato emerge peraltro dall'ultimo comma del richiamato art. 6, che dispone che ai richiedenti le tecniche si debbano chiaramente e formalmente esplicitare, al momento in cui essi accedono alle stesse, «le conseguenze giuridiche» inerenti alla condizione del nato «di cui all'art. 8 e all'art. 9» della legge, ossia alle previsioni del capo III «concernenti la tutela del nascituro». La rilevanza del consenso ai fini della costituzione del vincolo giuridico da procreazione medicalmente assistita risulta poi dalle statuizioni dell'art. 9 sui nati da fecondazione eterologa, che mettono nitidamente in evidenza una genitorialità sì attestata legalmente, come quella codicistica “in purezza”, ma diversamente da questa sganciata dalla corrispondenza genetica tra ascendenti e prole pur conservando le sembianze biologiche della gestazione e del parto (e implicitamente della fecondazione dell'ovulo) nel contesto della coppia (eterosessuale). Infatti, l'azione di disconoscimento della paternità è inespugnabile, la partoriente non può richiedere di non essere nominata nell'atto di nascita, il/la donatore/rice 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 qualsivoglia obbligo. Per inciso va rammentato che la riferibilità del disposto dell'art. 8 all'ipotesi di fecondazione eterologa è stata affermata dalla Consulta nella pronuncia n. 162 del 2012, che ha dichiarato l'incostituzionalità del relativo divieto³⁴.

Ulteriore profilo che caratterizza la disciplina in esame è, come si accennava, la necessaria presenza della coppia di aspiranti genitori. Requisito indefettibile sempre a protezione del nato, giacché la struttura bi-soggettiva è considerata garanzia per la costruzione dell'identità del bambino e per l'armonico sviluppo della sua personalità. Deve sussistere al momento del consenso alle tecniche e si dispiega in termini effettuali come immediata assunzione della responsabilità genitoriale e del ruolo parentale da parte di entrambi i componenti della partnership, e sin dal momento della nascita del bambino. Manifestazione di volontà che, lo si ripete, nel caso di fecondazione eterologa, viene “blindata” a tutela del minore con il divieto di *venire contra factum proprium* declinato come improponibilità dell'azione di disconoscimento, interdetto per l'anonimato materno, impossibilità di costituire il rapporto di filiazione con il/la donatore/trice anonimo/a. Ed ancora, la legge esclude una verifica della rispondenza della costituzione del vincolo di entrambi i componenti della coppia all'interesse del bambino, trattandosi di un assunto *a priori*, così come avviene nelle ipotesi di procreazione “naturale”. Cosa diversa, come risulta dagli artt. 330 e ss. cod. civ., è - per ogni figlio, quale che sia il modo in cui è stato procreato -, la questione della rispondenza all'interesse e al benessere del minore della permanenza del vincolo con il genitore, laddove la condotta di questi sia talmente pregiudizievole da imporre la decadenza o la sospensione della responsabilità parentale³⁵.

A connotare peculiarmente la disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita alla stregua di *tertium genus* è altresì la circostanza che l'assenza di legame genetico tra l'adulto e il nato non sia superata tramite l'adozione³⁶, ma - di nuovo - con il consenso alle tecniche, che già prima della nascita del bambino *ingloba l'assunzione irrevocabile della responsabilità* da parte dei due membri della coppia.

³³ Sulla rilevanza del consenso ai fini dell'assunzione della genitorialità v., ad es., tra i primi commentatori della legge n. 40/2004, T. AULETTA, *Luci, ombre, silenzi nella disciplina di costituzione del rapporto genitoriale nella fecondazione assistita*, in *Annali del Seminario giuridico*, Milano, 2005, p. 481 ss.. Più di recente in tale direzione, a quanto pare, U. SALANITRO, *Sub art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40*, nel *Commentario del codice civile* dir. da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di G. Di Rosa, *Leggi complementari*, 2° ed., cit., p. 1719 ss., spec. p. 1724 s.

³⁴ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit., punto 11.1. del *Considerato in diritto*.

³⁵ La necessità della coppia non è, invece, prevista dal codice civile per la filiazione biologica, dal momento che il nesso di derivazione genetica consente comunque di risalire ai due componenti della coppia e, a determinate condizioni, l'instaurazione del vincolo legale di filiazione. Nell'adozione si diversificano le situazioni: mentre la presenza della coppia è richiesta nell'ipotesi dell'adozione “piena”, vi si può derogare per quella in casi particolari; ciò, almeno nell'impianto originario della legge, in funzione della sussistenza o no del presupposto dello stato di abbandono del minore e del conseguente effetto di costituzione di un nuovo rapporto di filiazione con i genitori adottivi, quale sorta di rinascita (giuridica) del bambino entro la nuova famiglia degli affetti.

³⁶ Ossia con un procedimento basato sul necessario ma non sufficiente consenso (ed iniziativa) dell'adulto, cui si aggiunge la verifica giudiziale della sussistenza di tutti gli altri presupposti oggettivi e soggettivi funzionali alla realizzazione del preminente interesse dell'adottando.

Il punto merita di essere enfatizzato. In caso di fecondazione artificiale non è alla disciplina dell'adozione che il legislatore si volge per dare veste giuridica alla genitorialità sganciata da qualsivoglia connessione genetica tra adulto e bambino, ma al consenso formulato dalla coppia all'atto dell'accesso alle tecniche. Tant'è vero che, in caso di coppie non coniugate non è richiesto il riconoscimento *ex art. 250 cod. civ.* per costituire il vincolo di filiazione: segno inequivocabile dell'autosufficienza delle previsioni della legge n. 40/2004 a tutela del nascituro e della superfluità di innesti di regole derivanti da altri plessi normativi (codice civile o altre leggi speciali).

Da questo punto di vista appare quanto mai opportuna la soluzione adottata dalla Francia nel caso della coppia femminile che si appresta a sottoporsi alla procreazione medicalmente assistita, perché la dichiarazione resa congiuntamente innanzi al notaio e poi riversata nell'atto di nascita garantisce al bambino la bigenitorialità sin dalla nascita. Inoltre, il consenso alla genitorialità delle due donne, espresso in un atto pubblico, potrebbe essere utilizzato dal bambino per l'accertamento giudiziale della genitorialità nell'eventualità che la dichiarazione non venga consegnata alla nascita all'ufficiale dello stato civile.

L'approdo "nostrano" all'adozione, come già detto, finisce per essere una *non-tutela* per il bambino generato con la fecondazione artificiale, perché lo riporta alla condizione di qualsiasi altro nato privo di una o entrambe le figure genitoriali, azzerando la rilevanza del procedimento scelto e attuato dagli *intended parents* per metterlo al mondo.

La deviazione in via giurisprudenziale verso lo strumento dell'adozione in casi particolari per costituire il vincolo parentale con il cosiddetto genitore d'intenzione - da rimarcare: soltanto nel caso che sia omoaffettivo -, proclamata come soluzione idonea a dare tutela al nato da coppie *same-sex*, rappresenta una surrettizia alterazione di un disegno linearmente espresso nella legge n. 40/2004, e fondato unicamente sul consenso della coppia. Per di più, come detto, oblitera del tutto la specificità della vicenda procreativa di quel singolo bambino.

L'insufficienza della soluzione dell'adozione in casi particolari *ex lett. d)* dell'art. 44 emerge anche sotto altri profili, ampiamente segnalati dalla giurisprudenza³⁷. In estrema sintesi: assenza di legittimazione attiva del bambino, interessato a costituire il vincolo con la madre intenzionale; incoercibilità dell'unico legittimato attivo; necessario assenso e correlativo potere di veto del genitore legale (superabile dal giudice se contrario all'interesse del minore, secondo le Sezioni unite della S.C.); relativa lunghezza del procedimento e non automaticità dell'esito positivo, subordinato tra l'altro alla positiva verifica della sussistenza del consolidato legame di fatto tra adulto e bambino e della rispondenza della sua formalizzazione all'interesse del secondo; revocabilità del consenso dell'adottante fino alla pronuncia della sentenza; diversità e non sovrapponibilità della posizione dell'adottante con quella del genitore (artt. 48, 49, 50).

Quanto all'ipotesi della lett. *b)*, ossia l'adozione da parte del coniuge del genitore legale³⁸, si tratta di approdo impercorribile, stando al diritto applicato³⁹, giacché si richiede che l'adottante abbia, appunto, la qualifica di *coniuge*: presupposto insussistente in capo ai componenti delle coppie omosessuali, anche se uniti civilmente. E volendo ipotizzare un superamento in via ermeneutica di tale ostacolo, non può tacersi del fatto che sussiste comunque uno scarto profondo tra la nostra fattispecie e l'adozione del figlio che il coniuge ha avuto da un precedente rapporto (la *step child adoption* in senso proprio). Questi è, infatti, un adulto *sopraggiunto* nella vita del bambino dopo la sua nascita, che non ha condiviso con il primo genitore (legale) il progetto procreativo o il percorso adottivo. Insomma, la lett. *b)* dell'art. 44 mal si attaglia a dare piena, tempestiva e adeguata formalizza-

³⁷ Basti qui richiamare oltre a Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, cit., la coeva sentenza n. 33, cit.; il decreto della Corte d'appello di Brescia, 7-30 novembre 2023 qui in commento; l'ordinanza del Tribunale di Lucca 26 giugno 2024, cit.

³⁸ Eventualità che originariamente era contemplata dal d.d.l. n. 2081, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, XVII Legislatura, poi caduta in seconda lettura e definitivamente stralciata dal testo varato dal Parlamento.

³⁹ Benché si potrebbe riflettere sulla possibilità di una sua applicazione analogica, data l'affinità tra le premesse materiali e la comune *ratio* di tutela del bambino in vista del consolidamento dal punto di vista giuridico il legame filiale costruito *de facto* con l'adottante.

zione al legame del bambino con colei che non è intervenuta *ex post* nella sua esistenza, ma ha concorso alla realizzazione del disegno generativo e, con il consenso alle tecniche di fecondazione artificiale, ha inteso assumere ruolo e responsabilità genitoriali.

Non può nemmeno applicarsi la lett. a), che pure potrebbe astrattamente venire in rilievo in ragione dell'estremo del «preesistente rapporto stabile e duraturo» tra adottante e minore. La preclusione deriva dalla insussistenza - almeno normalmente, come nel caso che ci occupa - della condizione di *orfano* del bambino adottando, prevista invece dalla norma in discorso⁴⁰.

La considerazione degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004 alla stregua di un microsistema in sé autosufficiente e conchiuso a tutela del bambino nato da procreazione medicalmente assistita⁴¹ si fonda, in definitiva, vuoi sui presupposti soggettivi e oggettivi di applicazione di dette regole - le *coppie* che accedono alle tecniche, il consenso validamente espresso e non revocato, la metodica utilizzata (fecondazione assistita, ulteriormente specificata in autologa o eterologa con necessario anonimato del/la donatore/trice) - , vuoi sulla *ratio* di tutela del nato. Si intende assicurargli il vincolo di genitorialità con entrambi i componenti della coppia che fa ricorso alle tecniche, in ragione non solo e non tanto del legame genetico e/o soltanto biologico di gestazione e parto, quanto piuttosto della responsabile assunzione della scelta generativa coagulata nel consenso libero, informato e irrevocabile dopo la fecondazione dell'ovulo⁴². Vale al riguardo riportare ancora una volta le parole della Corte costituzionale: «l'art. 9 della legge n. 40 del 2004, nel valorizzare, rispetto al *favor veritatis*, il consenso alla genitorialità e l'assunzione della conseguente responsabilità nell'ambito di una formazione sociale idonea ad accogliere il minore - come questa Corte ha rimarcato - “dimostra la volontà di tutelare gli interessi del figlio”, garantendo “il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione” (sentenza n. 127 del 2020)»⁴³.

Si persegue, così, l'obiettivo di attribuire al bambino *pienamente, dalla nascita*, la doppia figura genitoriale, formando *eo ipso* il legame con gli adulti che hanno manifestato la volontà di ricorrere alla fecondazione (autologa o eterologa). In tale direzione si è chiaramente espressa la Consulta, ponendo l'accento sulla circostanza che il consenso alla pratica della procreazione medicalmente assistita si distingue per portata ed effetti dal “consenso informato” richiesto per un mero trattamento medico, «in quanto si è in presenza di un atto finalisticamente orientato a fondare lo stato di figlio». E ha precisato che «la responsabilità assunta con il consenso prestato (sentenza n. 230 del 2020) riveste quindi un *valore centrale e determinante* nella dinamica giuridica finalizzata a condurre alla genitorialità, risultando funzionale “a sottrarre il destino giuridico del figlio ai mutamenti di una volontà che, in alcuni casi particolari e a certe condizioni, tassativamente previste, rileva ai fini del suo concepimento” (sentenza n. 127 del 2020).»⁴⁴.

⁴⁰ Astrattamente avrebbe potuto essere applicata nel caso, doloroso, del bambino nato da una coppia di uomini con gpa realizzata negli USA, rimasto improvvisamente orfano del genitore legale, per il quale il tribunale - con il parere favorevole del pm - ha accolto la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita straniero che recava la seconda paternità del genitore intenzionale: Trib. Milano, decr. 2 marzo-24 aprile 2023, cit.

⁴¹ “Regolare” e “irregolare”: non si dimentichi che al tempo del varo dell'art. 9 la fecondazione eterologa era vietata.

⁴² Sia permesso richiamare al riguardo il nostro *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, cit., p. 97 ss. In senso diverso si v., invece, M. SESTA, *La filiazione*, nel *Trattato di diritto privato*, dir. da M. Bessone, vol. IV, *Diritto di famiglia*, t. IV, Torino, 2011, p. 365 ss.. Propende per una posizione intermedia di integrazione tra le previsioni della legge speciale e quelle codicistiche U. SALANITRO, *Sub art. 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40*, nel *Commentario del codice civile* dir. da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di G. Di Rosa, *Leggi complementari*, 2° ed., cit., p. 1739 s., p. 1748 ss.

⁴³ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, cit., punto 2.4.1.1. del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, cit., punto 11.4. del *Considerato in diritto* (corsivo aggiunto). La Corte ha specificato che «[i]n questa prospettiva il consenso, manifestando l'intenzione di avere un figlio, esprime una fondamentale assunzione di responsabilità, che riveste un ruolo centrale ai fini dell'acquisizione dello *status filiationis*». Ed invero - sono sempre parole della Consulta - il consenso, che «diviene irrevocabile dal momento della fecondazione dell'ovulo, comporta una specifica assunzione di responsabilità riguardo alla filiazione, che

Si conferma, pertanto, che le statuizioni della legge n. 40/2004 sulla tutela del nascituro costituiscono un microsistema che non ha bisogno di riferirsi alle previsioni del codice civile o a quelle dell'adozione per la costituzione del vincolo di filiazione con la coppia degli *intended parents*. Si tratta, infatti, di plessi normativi distanti, che si fondano su basi differenti rispetto a quelle della generazione tramite procreazione medicalmente assistita, ossia consenso e utilizzo delle specifiche tecniche biomediche, e rispondono a logiche non sovrapponibili. Nel caso del codice civile il fondamento è la fecondazione "in vivo"⁴⁵ e il nesso di derivazione genetica tra bambino e adulti; nella legge n. 184/1983, per contro, il mero consenso a instaurare un legame con un bambino messo al mondo da terzi e, sia pure con consistenze e ampiezze differenti, privo in tutto o in parte del nucleo familiare di origine.

5. Procedimento analogico e *Rechtsfortbildung* nel contesto ordinamentale contemporaneo

Passando, quindi a sondare la percorribilità dell'interpretazione analogica secondo i paradigmi operativi fissati dall'art. 12 delle preleggi, va rammentato che, come chiarisce la migliore dottrina, nel procedimento analogico «l'estensione del caso regolato al caso non regolato è legittima quando il caso non espresso è simile al caso espresso in ciò che costituisce la ragion sufficiente dell'attribuzione al caso espresso di quella determinata regolazione la cui estensione, appunto è in discussione». In altri termini, si afferma ancora, «se la *ratio legis* è la ragion sufficiente della norma giuridica, si dovrà dire, in base al principio di validità del ragionamento per analogia, che l'estensione dal caso regolato al caso non regolato è legittima quando il secondo ha in comune col primo la *ratio legis*, o per dirla con le parole usate tradizionalmente dai giuristi, quando la somiglianza dei due casi consiste nell'avere entrambi l'*eadem ratio*»⁴⁶.

L'interpretazione *analogica* si ha, in altre parole, quando «si produce una norma nuova, in quanto dalla norma espressa si risale ad una norma superiore che comprende tanto il caso regolato quanto il caso simile da regolare». Se il procedimento logico adoperato è il medesimo dell'interpretazione estensiva, muta l'ambito delle due operazioni ermeneutiche: nella prima si muove all'*interno* della norma; nell'analogia si procede all'*esterno* «verso la produzione di norme nuove in base ad un principio comune alla norma già posta ed alla norma da porre»⁴⁷. Detto altrimenti, la possibilità e la percorribilità del procedimento analogico è determinata da - ed è connessa a - la «forza espansiva delle singole norme giuridiche»⁴⁸. Ovvero, potremmo dire utilizzando suggestioni della linguistica, alla dilatabilità del significato di una norma e, nel nostro caso, ai suoi potenziali e perfino imprevedibili *spostamenti di senso*, conseguenti all'evoluzione del sistema giuridico inteso nella sua complessità, dinamicità storica e, soprattutto, nella sua consistenza assiologica⁴⁹.

si traduce nella attribuzione al nato – a prescindere dalle successive vicende della relazione di coppia – dello *status filiationis*».

In precedenza la Corte aveva sottolineato la centralità del consenso espresso dalla coppia per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita ai fini dell'assunzione della responsabilità genitoriale nei confronti del nato nella pronuncia 4 novembre 2020, n. 230, cit., punto 5.1. del *Considerato in diritto*; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, cit., punto 2.4.1.1. del *Considerato in diritto*.

⁴⁵ Nel caso della donna, pertanto, viene in rilievo la dichiarazione di nascita della puerpera (artt. 29 e 30, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396; art. 269 cod. civ.). L'esclusivo rilievo dato all'estremo naturalistico comporta per il nato la irrecuperabilità del vincolo con quella delle due *partner* che non lo abbia partorito, anche se per ipotesi avesse fornito l'ovulo poi fecondato. Ed ancora si tenga presente che il codice civile non tiene conto della possibile ovodonazione spesso attuata nella procreazione medicalmente assistita. È noto, anzi, che le coppie lesbiche spesso facciano ricorso alla tecnica "ROPA", grazie alla quale l'embrione viene formato con l'ovulo di una delle due donne, mentre l'altra porta avanti la gravidanza, sicché il nato avrà un legame biologico e genetico con entrambe. In Francia la legge sulla bioetica del 2021 non ha tenuto conto di detta tecnica perché, come s'è detto, ha contemplato una strategia (la dichiarazione resa al notaio dalle due donne e poi riversata nell'atto di nascita) che copre ogni ipotesi di co-genitorialità intenzionale.

⁴⁶ N. BOBBIO, voce «Analogia», in *Nss.D.I.*, vol. I, t. 1, Torino, 1957, p. 601 ss., p. 603.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 605.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 606.

⁴⁹ Il riferimento è agli studi del linguista F. DE SAUSSURE, di cui si v. il *Corso di linguistica generale*, ed. it. a cura di T. De Mauro, 2° ed. riv., Bari, 1968, p. 203 ss.

Insomma, si tratta di verificare se tra la specificità che muove dalle disposizioni esistenti e quella che emerge dalla fattispecie non regolata vi sia un tratto comune, una somiglianza così rilevante - la medesima *ratio* - da giustificare l'estensione analogica delle prime alla seconda. Laddove dovesse palesarsi il tratto di "sotto-inclusività" degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004, giacché essi, in base al loro tenore letterale, non ricomprendono «casi che invece dovrebbero includere alla luce della loro *ratio*», l'analogia potrebbe soccorrere⁵⁰. E la lacuna potrebbe essere colmata rinvenendo una previsione dotata di maggiore generalità, idonea a racchiudere nel proprio ambito la fattispecie regolata e quella rimasta estranea.

La verifica è positivamente percorribile, non essendovi ostacoli di ordine logico, sistematico e, soprattutto, teleologico, considerata la *ratio* di tutela, comune alla statuizione sotto-inclusiva e a quella sovra-inclusiva, che ricomprende *tutti* i nati da procreazione medicalmente assistita, a salvaguardia del loro diritto all'identità, alla vita privata e familiare, alla bigenitorialità⁵¹, senza discriminazioni in conseguenza dell'orientamento sessuale della coppia che ha fatto ricorso alle tecniche.

S'è detto del perché il serbatoio normativo cui attingere sia costituito dalle statuizioni della legge sulla procreazione medicalmente assistita, componendo esse un insieme conchiuso che riguarda una fattispecie simile, quella dei nati da procreazione medicalmente assistita (omologa o eterologa) da coppie eterosessuali. Quest'ultimo elemento non pare in grado di impedire la costruzione di una regola sovra-inclusiva che ricomprenda i nati da coppie omoaffettive (femminili). In tale direzione milita il principio di non discriminazione tra nati in ragione dell'orientamento sessuale dei rispettivi genitori, e quello di preminente tutela del minore.

All'esito di detto procedimento analogico si delinea una norma nuova, a mente della quale i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime [ai sensi dell'art. 6], *indipendentemente dall'orientamento sessuale della coppia predetta*.

La statuizione si pone in linea con l'obiettivo di tutela del nato perseguito dalla legge n. 40/2004 negli artt. 1, 8, 9 e consacrato nelle fonti di rango costituzionale e in quelle convenzionali. In questo modo viene riconosciuta al bambino un'adeguata protezione indipendentemente dalle condotte degli adulti di riferimento e senza che la sua condizione giuridica debba subire limitazioni o compressioni a causa di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale della coppia che ha fatto ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁵².

A corroborare la soluzione propugnata sta altresì la chiara affermazione della idoneità genitoriale delle persone e delle coppie ad orientamento omoaffettivo, e la percorribilità, alla luce della Costituzione, di un'eventuale normativa di rango primario che ammettesse la co-maternità⁵³.

A salvaguardia del preminente interesse del bambino, in vista dell'attuazione dei suoi diritti e prerogative fondamentali, milita pertanto la soluzione dell'immediata costituzione del vincolo di filiazione con i due componenti della coppia che ha fatto ricorso alle tecniche. Si garantisce così al bambino il

⁵⁰ B. CELANO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2018, p. 135.

⁵¹ Il diritto alla bigenitorialità è implicitamente richiamato all'art. 30 Cost., quando afferma il diritto dei figli alla cura da parte non di ciascun genitore singolarmente considerato, ma di *entrambi*, prevedendo poi che, in caso di loro incapacità al riguardo, sia la legge a far sì che altri provvedano ad assolvere i loro compiti. Trova poi esplicita affermazione nell'art. 24 della CDFUE.

⁵² In questo senso sia permesso richiamare nuovamente quanto osservato in *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, cit.

⁵³ V. il brano della decisione della Consulta riportato alla nota 29. In altra circostanza, sempre richiamando la pronuncia n. 221 del 2019, i giudici delle leggi osservano come «[i] parametri [costituzionali] neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata, non potendosi escludere la "capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali" (sentenza n. 221 del 2019).»: Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, cit., punto 7 del *Considerato in diritto*.

diritto alla bigenitorialità⁵⁴, allo svolgimento della vita familiare anche con i rami parentali di entrambi i genitori, il diritto all'identità, il diritto all'armonico ed equilibrato sviluppo della personalità. E ciò indipendentemente dalla sussistenza di un legame di derivazione genetica con una o con entrambe le figure parentali.

Non è superfluo rammentare, come del resto ha fatto estesamente la corte d'appello di Brescia, che il diritto del minore alla vita privata e familiare è stato declinato anche dalla Corte EDU come diritto all'identità personale, alla dignità, alla conservazione dei legami familiari di fatto con il genitore intenzionale attraverso la loro formalizzazione, in attuazione del superiore interesse del minore⁵⁵.

Infine, va osservato come il medesimo risultato ottenuto attraverso il procedimento analogico possa essere raggiunto in via di *Rechtsfortbildung*, strumento ermeneutico a disposizione del giudice per consentire l'evoluzione e l'adattamento dell'ordinamento a mutamenti intervenuti nelle relazioni governate dal diritto e nel tessuto sociale. La considerazione dei valori e dei principî giuridici di riferimento permette di rintracciare nuovi significati nelle disposizioni esistenti e di giustificare modifiche normative che vanno oltre il dato letterale e l'ordine sistematico delle regole poste. Affinché possano tradursi in enunciati normativi nuovi, dotati di un sufficiente grado di generalità e astrattezza, le trasformazioni sociali rilevanti devono però armonicamente riflettersi nei valori su cui si basa l'ordinamento e nei principî che li invernano. In ogni caso, l'esito interpretativo dev'essere sottoposto a verifica sulla base dei canoni del pensiero sistematico, dell'argomentazione «pratica» e di quella «dogmatica», di modo che il risultato non sia arbitrario, ma al contrario, rispettoso del principio della certezza del diritto⁵⁶.

L'importanza della *Rechtsfortbildung* per l'evoluzione dell'ordinamento, del resto, è nota alla nostra giurisprudenza di legittimità, che ne è consapevole autrice⁵⁷. Nessuna riserva, pertanto, contro il *Richterrecht*, purché riformulazioni del dettato letterale e torsioni di senso attuate in sede interpretativa siano operate in modo assiologicamente coerente.

⁵⁴ Che però, secondo l'Alta Corte, non vale in termini assoluti, ma soltanto se corrisponde al miglior interesse del minore, come indicato nella Convenzione di NY: Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, cit., punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁵⁵ Tra le tante v. CtEDU, 12 novembre 2020, ric. n. 19511/16, *Honner c. Francia*, punto 51 e ss.; Id., 24 marzo 2022, ric. nn. 29775/18 e 29693/19, *C.E. e altri c. Francia*, punti 49-52, entrambe reperibili su <http://hudoc.echr.coe.int/>. In quest'ultima decisione la Corte europea dei diritti dell'uomo sottolinea come, laddove vengano in rilievo e sia coinvolta la situazione di un minore, nel valutare le scelte assunte dai singoli Stati parti si debba aver riguardo al fondamentale principio della *preminenza* dei migliori interessi del bambino: «it must have regard to the essential principle according to which, whenever the situation of a child is in issue, the best interests of that child are paramount» (punto 90). E afferma ancora che proprio l'interesse superiore del minore impone che il riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale avvenga rapidamente, al più tardi quando esso sia divenuto una realtà concreta, e che i soggetti coinvolti dovrebbero poter accedere a un *meccanismo efficace* che consenta tale riconoscimento, tenendo conto proprio dell'interesse superiore del minore e delle circostanze del caso (punto 101).

Tuttavia, sotto un profilo diverso ma collegato, ossia quello degli obblighi positivi degli Stati parti in attuazione del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 Conv.) e degli strumenti giuridici a tal uopo previsti nei singoli ordinamenti, di recente la Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d), l. adoz., costituisca uno strumento di cui nell'ordinamento italiano ci si possa avvalere per il riconoscimento di un rapporto tra i minori e i genitori intenzionali: CtEDU, 30 maggio 2023, ric. nn. 47998/2020 e 23142/2021, *Ettore Nuti c. Italia e Sara Dallabora e altri c. Italia*, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int/>, punto 17 e ss.

⁵⁶ L. MENGONI, *Relazione introduttiva*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 5 ss.; p. 19.

⁵⁷ Come testimonia, ad es., la rilettura dell'art. 291 cod. civ. in tema di adozione dei maggiori di età, che ha ritenuto superabile l'insussistenza del requisito della differenza minima di età tra adottante e adottato, in ragione della spiccata valenza solidaristica assunta dall'istituto nel corso del tempo in attuazione dei valori costituzionali di tutela di vincoli familiari basati sull'affetto e la condivisione, sulla salvaguardia dell'identità personale e familiare, del diritto alla vita privata e familiare: Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7667, in *Fam. e dir.*, 4/2021, p. 370 ss., con nota di A. SPANGARO, *Ancora sul divario di età nell'adozione di maggiorenne*. Senza dimenticare la lettura evolutiva della lett. d) dell'art. 44, l. adoz., che ha consentito di ampliarne il raggio applicativo alle ipotesi di impossibilità *giuridica* di affidamento preadottivo, così da ricomprendervi l'adozione del figlio del *partner* nelle coppie eterosessuali non coniugate e in quelle *same-sex*, non praticabili ai sensi della lett. b), che pure ne costituirebbe la destinazione elettiva, come segnalato nel testo.