

GESTAZIONE PER ALTRI E INTEGRAZIONE DELL'ORDINAMENTO

Di Edoardo Messineo

| 195

SOMMARIO: 1. *Un caso paradigmatico.* – 2. *La gestazione per altri tra fatto e diritto;* 3. *Il ruolo del precedente delle Ss.Uu. 38162 del 2022.* – 4. *Il ritorno del vuoto normativo.* – 5. *Insufficienza di un approccio dicotomico.* – 6. *Un possibile ritorno all'analogia.* – 7. *Aspetti critici e ricostruzioni alternative.*

ABSTRACT. Il contributo offre una ricostruzione critica dei pronunciamenti delle Sezioni Unite in tema di gestazione per altri. In particolare l'argomentazione trae spunto da un recente provvedimento del Tribunale di Milano che di fatto ritorna sulla possibilità di trascrizione di un atto di nascita straniero a fronte di una vicenda di GPA. Il ragionamento si svolge prendendo in considerazione la possibilità di applicare analogicamente la disciplina prevista per i figli parentali, della quale tuttavia non vengono sottaciuti i possibili aspetti critici e le ricostruzioni alternative.

The paper offers a critical reconstruction of the pronouncements of the United Sections on the subject of GPA. In particular, the argumentation takes its point of departure from a recent decision of the Court of Milan, which in fact goes back to the possibility of transcription of a foreign birth certificate in the case of GPA. The reasoning is carried out by considering the possibility of applying by analogy the discipline provided for the incestuous children, of which, however, the possible critical aspects and alternative reconstructions are not overlooked.



1. Un caso paradigmatico.

La presente riflessione trae spunto da un recente provvedimento della VIII sezione civile del Tribunale di Milano¹, relativo alla attribuzione della genitorialità ad un minore nato in USA attraverso la tecnica della c.d. *gestazione per altri*² (in seguito GPA). In particolare, il caso riguarda la vicenda procreativa che ha interessato una coppia di uomini, di cui uno statunitense (il c.d. genitore intenzionale), uniti civilmente e che nel 2015 avevano realizzato il proprio progetto genitoriale dando alla luce, attraverso il sostegno di una donna terza estranea alla coppia, un bambino.

Il minore veniva iscritto all'anagrafe con l'indicazione del solo genitore c.d. biologico come genitore legale e rimaneva orfano nel 2022 a causa della morte improvvisa di quest'ultimo.

Il giudice tutelare di Milano, su richiesta dei genitori e della sorella del defunto, nominava quale tutore del minore il genitore di intenzione, il quale

¹ Il provvedimento Trib. Milano, Sez. VIII, 24 aprile 2023, compare in *Foro it.*, 9, 2023, c. 2604 ss., con le osservazioni di G. CASABURI, "Comme ils disent". *La perdurante emarginazione dell'omogenitorialità*.

² Sull'utilizzo di diversi termini per inquadrare il fenomeno della c.d. maternità surrogata si veda S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in *Trattato di Diritto civile*, Vol. IV, *La Filiazione e i Minori*, II Ed., diretto da Rodolfo Sacco, Milano, 2018, p. 142 ss. In particolare per una ricostruzione dei termini del dibattito linguistico si vedano le note n. 169, 170, 171. L'A. sottolinea "l'impiego dei termini non è indifferente e anzi sottintende spesso un'opzione assiologica: discutere di "maternità surrogata" presuppone l'aver risolto in favore della gestante l'accertamento della condizione di madre, mentre l'aggettivo si riferisce a ciò che tenta di imitare l'originale, ma resta inferiore; l'espressione dispregiativa "utero in affitto", che ha le sue scarsamente consapevoli ascendenze nella *locatio ventris*, reifica il corpo, riconducendolo ad una sua parte, e oblitera ogni valutazione circa l'autonoma determinazione della donna, presupponendola incompatibile col valore intrinseco della dignità umana, al pari di quanto avveniva nell'epoca romana, quando era il marito a disporre della capacità muliebre di generare". Interessante sotto il medesimo profilo, con particolare riguardo all'utilizzo del termine surrogazione V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *Genius*, 2, 2019. Si veda in particolare la nota n.1, dove l'A. afferma di preferire la formula gestazione per sostituzione "questa formula è da preferirsi a quella, pure utilizzata dalla Cassazione, di maternità surrogata, per il semplice fatto che non si dà mai, in questi fenomeni una surrogazione di maternità. Poiché il linguaggio e, specie, quello dei giuristi non è mai ingenuo, ma sempre performante e indirizzante, con maggiore consapevolezza e criticità si deve parlare di gestazione per sostituzione". Nella letteratura scientifica si veda N. CARONE, *In origine è il dono*, Milano, 2016, p. 72 ss. Propende invece per l'utilizzo del termine maternità surrogata, L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto inefficace?* in *Dir. Pers. Fam.*, 2017,1, p. 139 ss. Quanto alla riflessione sulla GPA si vedano fra gli altri B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in www.costituzionalismo.it, 2017; S. NICCOLAI e E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017; A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologia riproduttive*, Napoli, 2018; C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: i profili internazionali ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018; A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2015, p. 431 ss.; P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2000, p. 197 ss.; M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *giudicedonna.it*, 1, 2017; Si veda anche *Riv. di BioDiritto*, 2, 2016.



ricorreva presso il Tribunale meneghino affinché quest'ultimo si pronunciasse sulla richiesta di rettifica dell'atto di nascita del fanciullo con l'indicazione anche della sua genitorialità.

Il Tribunale, rilevata la impossibilità di applicare la fattispecie della adozione in casi particolari di cui all'art. 44 lett. d) della l. 184/83, ordina all'ufficiale dello stato civile competente la trascrizione dell'atto di nascita sulla base di una valutazione incentrata sul prevalente interesse del minore.

Il presente scritto ha l'obiettivo dunque di dare conto, al netto del continuo affastellarsi di pronunce di merito e di legittimità, della complessità del sistema di attribuzione della genitorialità ai minori nati attraverso GPA, in relazione alla assenza di una disciplina legislativa che bilanci la pluralità di interessi che emergono nella dinamica del fenomeno in discorso.

Si farà dunque riferimento in prima battuta alla ricostruzione del fenomeno della GPA evidenziandone le pluralità di approcci di cui è stata autrice la filosofia femminista, in un secondo momento sarà ricostruito il percorso giurisprudenziale che il Tribunale prende in considerazione nel suo *iter* argomentativo, infine si darà conto della riemersione della questione della lacuna quale punto di riferimento del ragionamento del decidente al fine della risoluzione del caso sottoposto al suo scrutinio.

2. La gestazione per altri tra fatto e diritto.

Affrontare la questione relativa alla attribuzione della genitorialità al minore dato da GPA importa la necessità logica di analizzare in prima battuta il fenomeno che rispetto alla problematica si pone a monte.

La medicina riproduttiva ha consentito di scindere le diverse fasi della procreazione³. Fase genetica (quale incontro dei gameti maschile e femminile), fase gestativa (come momento di impianto nell'utero femminile dell'embrione) e fase sociale (intesa quale momento relazionale-accuditivo del minore) sono oggetto di una attività modificativa e ricombinatoria permessa dall'evoluzione della tecnica⁴.

Questo è tanto più vero nella *GPA* quale tecnica di procreazione medicalmente assistita che attraverso l'ausilio di una donna estranea alla diade genitoriale permette la realizzazione del loro progetto di filiazione: in so-

³ M. GORGONI, *Nuove tecniche di procreazione assistita. Verso una legislazione europea*, in *Dir. Fam. Pers.*, II, p. 680 ss., per l'A. sottolinea che la "dissociazione tra il momento volitivo e concepimento, che consente che la procreazione non sia un atto deciso unicamente da un uomo e una donna, culminante nell'unione dell'embrione e della donna, ma un atto complesso che coinvolge altri soggetti: medici, intermediari, donatori di sperma e ovociti, donna che si presta a portare avanti la gestazione dell'embrione altrui".

⁴ In questo senso si veda S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 149, l'A. sottolinea che "l'intreccio tra regole e vita si fa così particolarmente stretto, e proietta l'innovazione scientifica e tecnologica ben al di là della vicenda della nascita. Le opportunità offerte dalla genetica e dall'elettronica mettono di fronte a possibilità sempre più complesse di intervento sugli esseri umani con finalità di prevenzione, riparazione o ripristino, miglioramento, "riprogrammazione". Natura, caso e cultura si confrontano in giochi che ne mutano continuamente i contorni".

stanza la possibilità di realizzare il c.d. desiderio di avere un figlio⁵. Vi è cioè l'introduzione di un "momento di estraneità biologica"⁶ e talvolta anche genetica nella costruzione della famiglia. La GPA può essere classificata fra le c.d. *tecniche maggiori* di ausilio alla procreazione: è una tecnica di *riproduzione artificiale*, in cui l'intervento della tecnica si concretizza in una sostituzione – e non in un mero ausilio – delle fasi di fecondazione umana nell'impossibilità di una loro realizzazione naturale⁷.

Il fenomeno affonda le proprie radici su un accordo fra la coppia genitoriale, a prescindere dal loro orientamento sessuale, e la donna gestante: un accordo che qualora preveda un compenso per la gestante è qualificabile come *commerciale*. Viceversa, nel caso il cui la donna gestante partecipi al progetto procreativo per esclusivo spirito di solidarietà, la GPA si configurerà come *altruistica*⁸.

Il legame che si instaura fra momento procreativo inteso nella sua naturalità e momento sinallagmatico apre il campo a tutta una serie di questioni che in sostanza si concentrano sulla valutazione di compatibilità della detta tecnica riproduttiva con la dignità della donna gestante.

In proposito, è interessante sottolineare che è su questo aspetto che le pronunce di legittimità nel nostro ordinamento hanno appuntato l'apprezzamento di incompatibilità fra una tecnica che "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale"⁹ e la possibilità di riconoscere lo *status filiationis* del minore attraverso la trascrizione dell'atto o del provvedimento estero nei registri dello stato civile.

Il punto abbisogna di essere indagato sotto il profilo della emersione della questione del rapporto fra libertà e diritto e ciò con specifico riferimento

⁵ Quanto al c.d. *diritto a procreare* si veda I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, p. 49 ss.; A. LIU, *Artificial reproduction and reproductive rights*, Worcester, 1991, p. 37 ss.; L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, p. 43 ss.; M. GIAMMARINO, *Il potere di generare. Il limite della legge. Ordine e norme, per le tecnologie di riproduzione assistita*, Roma, Servizi interparlamentari; G. RECINTO, *La genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, p. 1 ss.; G. MILAN, *La madre su commissione. Problemi giuridici*, in *Giustizia civile*, II, p. 312 ss.

⁶ In questo senso si esprime A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi.*, Torino, 2012, p. 139 ss.

⁷ In questo senso si veda A.B. FARAONI, *Maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, 2002, p. 20 ss. L'A. distingue tra tecniche di "procreazione medicalmente assistita, quando con esse si favorisce solamente la naturale potenzialità riproduttiva della coppia, che presenta perciò una fertilità spontanea, seppur molto ridotta (in generale l'inseminazione artificiale); e tecniche di «riproduzione artificiale», quando invece di privilegia una sostituzione della tecnica alle fasi della fecondazione umana che non possono realizzarsi naturalmente (GIFT, FIVET, ICS)". Per una disamina delle diverse tecniche riproduttive si veda nella letteratura recente S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, 2021, Milano, p. 3 ss.; S. GERLI, *Attività medica e diritto a procreare*, in R. CIPPITINI e S. STEFANELLI (a cura di), *La purificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-Mexico, 2013, p. 105 ss.

⁸ P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009, p. 205 ss.

⁹ In questo senso Corte Cass., Ss.Uu., 30 dicembre 2022, n. 38162, spec. punto 21.1.

alla eventualità di ritenere che la scelta di divenire madri portatrici possa essere considerata come frutto di una determinazione autonoma.

Il dibattito può essere ricostruito facendo riferimento a tre correnti fondamentali: la corrente liberale, quella abolizionista e infine la riformista¹⁰.

Quanto alla prima opzione interpretativa essa si compendia nel c.d. *liberal feminism*¹¹. Questo indirizzo pone al centro la scelta della donna e considera frutto di approccio paternalista la scelta giuridica di impedirle di partecipare ad un progetto genitoriale altrui nella fase cd. gestativa. L'approccio fonda le proprie premesse sulla considerazione della autonomia contrattuale intesa come espressione di libertà¹², all'interno del paradigma più generale del pensiero c.d. neo-liberale. La libertà si identifica in questa dimensione come forma di autonomia individuale capace di divenire fonte di legittimazione di qualsiasi atto purché scelto liberamente¹³. La visione neoliberista in questo senso determina una prevalenza dello spazio privato sullo spazio pubblico al quale sarebbe relegato il compito limitato di stabilire le condizioni sulla base delle quali ritenere una scelta libera¹⁴: il riferimento è alla capacità di agire che in sostanza si identifica con il concetto di autonomia individuale¹⁵. Il discorso trova poi la sua realizzazione nel concetto di responsabilità che diverrebbe “la funzione centrale della categoria dell'autonomia individuale”¹⁶.

¹⁰ Per una compiuta ricognizione della tematica si rimanda a T. PENNA, *Il dono di capacità riproduttiva: la PMA con dono di gameti e la GPA negli ordinamenti francese e italiano*, Napoli, 2020, p. 199 ss.

¹¹ In questo senso si veda J.A. PARKS, *Gestational surrogacy and feminist perspective*, in E. SCOTT STILLS, *Handbook of Gestational surrogacy. International clinical practice and policy issues*, Cambridge University press, Cambridge, 2019, p. 27. Con riferimento al rapporto con c.d. libertà procreativa si veda J.A. ROBERTSON, *Embryos, Families and Procreative Liberty: The legal Structure of the new reproduction*, in *Southern California Law Review*, 1986, 59, p. 1013.

¹² Si veda L.B. ANDREWS, N. ELSTERN, *Regulating reproductive technologies*, in *Journal of Legal medicine*, 2000, 21, 1, p. 41.

¹³ La costruzione di gioca poi tutta sull'idea di proprietà di sé per cui si rimanda in una prospettiva storica a A. FACCHI, *Sulle radici della proprietà di sé*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2018, p. 427 ss. Si veda poi V. MARZOCCO, “Dominum Sui”. *Il corpo tra proprietà e personalità*, Napoli, 2012. All'idea di proprietà si aggancia poi la possibilità di negoziazione e dunque l'istituto del contratto per cui si rimanda a C. PATEMAN, *Il contratto sessuale. I fondamenti nascosti della società moderna*, Bergamo, 2015; M. SANDEL, *What money can't buy. The moral limits of the Market*, New York, 2012. In senso critico rispetto alla idea che il contratto possa rappresentare strumento qualsiasi aspetto della vita umana si veda S. POZZOLO, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo o come fine*, in *Ragion pratica*, 1, 2021, p. 161 ss.

¹⁴ Quanto al complesso delle relazioni pubblico/privato si veda I. POPULIZO, *Pubblico e privato. Teoria e storia di una grande dicotomia*, Torino, 2019. Quanto alla condizione della donna e alla riconfigurazione degli spazi di libertà si veda, I. FANLO CORTES e S. POZZOLO, *We want sex equality. Riforme del mercato del lavoro, crisi economica e condizioni delle donne in Europa*, in *About Gender. Rivista internazionale di studi di genere*, 2, 2013, n.4.

¹⁵ Nella letteratura più recente si veda V. PAZÈ, *Libertà in vendita: il corpo fra scelta e mercato*, Milano, 2023.

¹⁶A. FACCHIO e O.GIOLO, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Bologna, 2020, p.29.

In una posizione argomentativa opposta va ricostruito l'approccio c.d. abolizionista¹⁷, frutto di un pensiero che affonda le sue radici nel pensiero femminista degli anni '80. Si ritiene cioè che la *surrogacy* possa essere identificata come una pratica di oggettificazione completa del corpo della donna e del feto¹⁸. Si tratterebbe di un vero e proprio meccanismo biopolitico di soggettivizzazione che si sostanzia nella esistenza di un biopotere che viene esercitato proprio sul corpo della donna determinandone la sua alienazione¹⁹. Il tutto si compendia in una critica al neoliberismo che determina la "mercantilizzazione di ogni aspetto della vita [...] (e) si disinteressa delle condizioni che realizzano effettivamente la libertà di scelta"²⁰.

Infine si collocano le correnti del femminismo riformista²¹ che si impegna, da una parte, nella enucleazione di standard normativi in grado di ovviare alle problematiche di mercantilizzazione del corpo della donna e, dall'altra, tende ad escludere la preminenza delle regole di mercato nella disciplina di aspetti legati di fatto al dominio della sfera più intima degli individui.

Verso un approccio di questo genere sembra a chi scrive si diriga la concezione di libertà come condizione personale proposta da Giolo e Facchi. In particolari le autrici indagano ciò che c'è prima e dopo il fenomeno della scelta, riconfigurando il paradigma classico della volontà negoziale.

Funzionale alla detta costruzione è la distinzione fra due profili: quello dell'*agency*, inteso come statuto morale del soggetto, e quello della sua realizzazione in un contesto specifico che si sviluppa sul piano dell'autodeterminazione. I due aspetti andrebbero intesi come inseriti in un processo articolato e non riducibile in un qualcosa di dicotomico, ma piuttosto comprensibili nella categoria della gradualità.

All'eguale *status* morale viene cioè accompagnata l'analisi dei presupposti di una sostanziale libertà, intesa quale non dominio e che si concreta nel fatto "che gli individui che hanno il potere di interferire arbitrariamente nell'azione degli altri siano posti in condizioni di non farlo"²².

La riflessione così ricostruita tende a riscrivere il rapporto fra privato e pubblico ed in particolare sottolinea il ruolo che le autorità pubbliche possono avere con riferimento alla necessità di evitare che costrizioni alla libertà

¹⁷ Il riferimento è a B.K. ROTHMAN, *Recreating Motherhood: Ideology and technology in a Patriarcal Society*, New York Norton, 1989, *passim*.

¹⁸ Si veda G. COREA, *The mother machine. Reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*, New York, 1985. Con particolare riferimento alla *surrogacy* come forma di prostituzione di veda K.E., EKMAN e L. HELLERSTRÖM, *The swedish women's lobby, A feminist no to surrogate motherhood*, in M. DAVIES, *Babies for sale? Transnational surrogacy, human rights and politics of reproduction*, London, 2017. Una analisi che tende al concetto di madre in base alla esperienza di gravidanza vissuta si ritrova in D. DANNA, *La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità*, in *Ragion pratica*, 2, 2019, p.413 ss.

¹⁹ In questo senso si veda M. COOPER e C. WALDBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, Roma, 2015.

²⁰ A. FACCHIO e O. GIOLO, *op. ult. cit.*, p.31.

²¹ Nel senso della ricerca di standard normativi di veda S.ALLAN, *Governing transnational surrogacy practis: What role can national and international regulation play?*, in M. DAVIES, *Babies for sale?*, cit., p. 344 ss.

²² A. FACCHIO e O.GIOLO, *op. ult. cit.*, p. 66.

provengano proprio da poteri privati che si sostanziano nella dinamica del mercato. Il diritto assume quindi la posizione di alleato rispetto alla libertà dell'individuo e in particolar modo della donna. Il posizionamento teorico attribuisce per questa via al diritto un ruolo di validazione epistemologica in grado di stabilire standard normativi in grado di risolvere i più delicati problemi di ordine morale.

Il punto interessante risulta essere quello relativo alla necessità che sia istaurato un rapporto circolare fra teoria e prassi, attraverso un approccio casistico che al contempo però eviti di assumere il caso a “modello paradigmatico per affermazione generalizzate”. Il caso della GPA nella sua variopinta morfologia appare quindi uno di quei fenomeni in cui il diritto può trovare l'occasione per sostenere l'autodeterminazione della donna senza comprometterne l'agency e rispondere così alla necessità di bilanciamento dei diversi interessi in gioco²³.

3. Il ruolo del precedente delle S.U. 38162 del 2022

In questo frastagliato panorama teorico, si inserisce il recente pronunciamento della Corte di Cassazione a Ss.Uu. 38162 del 30 dicembre 2022²⁴ che è il punto di riferimento argomentativo per la soluzione del caso da parte del Tribunale meneghino. In particolare, la Corte di Cassazione, seguendo il suo precedente²⁵, ha affermato che il divieto di surrogazione di maternità vigente nell'ordinamento italiano debba qualificarsi come principio di ordine pubblico “internazionale”²⁶, e dunque sarebbe ostacolo insormontabile

²³ Si veda in questo senso A. SCHILLACI, *La gestazione per altri: una sfida per il diritto*, in *Rivista di Biodiritto*, 1, 2022, p. 49 ss.

²⁴ In commento alla pronuncia si vedano G. RECINTO, *Le “istruzioni” per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, in *Fam. dir.*, 5, 2023, p.430; M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n.230*, in *Fam. dir.*, 5, 2023, p.437 ss.; A. SPADAFORA, *Irriducibilità del totalitarismo “minoricentrico”?*, in *Fam. dir.*, 5, 2023, p.456 ss.

²⁵ Si veda il punto 15 della motivazione che rimanda a Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193 in *Foro it.*, 2019, pp. 1951 ss., con nota di G. CASABURI., *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente* e in *Foro it.*, 2019, c. 3346 ss. con nota di A. MORACE PINELLI, *La filiazione da p.m.a. e gli spinosi problemi della maternità surrogata e della procreazione “post mortem”*; in *Fam. dir.*, 2019, pp. 667 ss. con nota di M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, e con nota di G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita*; in *GenUS*, 2019, con nota di BARBA, V., *op. ult. cit.*; in *Dir. pers. fam.*, 2020, pp. 393 ss., con nota di D. MAZZAMUTO, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della genitorialità sociale*.

²⁶ In merito alla ricostruzione della nozione di ordine pubblico si veda nella dottrina più recente G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019; A. GUARNIERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti di diritto civile*, Padova, 1974; Sulla natura interna del limite di ordine pubblico internazionale si veda G. ZARRA, «L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/2017», in *Dir. comm.int.*, p. 722; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'unione europea*, Milano, 2012, p. 28 ss.; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in G. PERLINGIERI, M.D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 409 ss.

alla trascrizione in Italia di un atto di nascita dal quale risulti che i genitori si siano avvalsi all'estero della GPA. In questi termini l'interesse del minore a vedersi riconosciuto in Italia il legame sorto nel paese di nascita, non potrebbe essere oggetto di bilanciamento con il detto divieto. La premessa logica del ragionamento della Suprema Corte si sostanzia nel fatto che in questo caso il bilanciamento sia stato già operato *ex ante* dal legislatore e che, quindi, sarebbe precluso al giudice un ulteriore apprezzamento²⁷.

Il punto merita di essere sottolineato. Di fatto la possibilità di individuare una lacuna normativa²⁸ relativa alla disciplina della attribuzione della genitorialità in capo al minore nato da GPA si sviluppa come logica conseguenza della interpretazione che della clausola generale dell'ordine pubblico internazionali svolgono le Sezioni Unite. Ed infatti il Supremo collegio nel confermare il ragionamento già presente in nel pronunciamento n.12193 del 2019 opta per quel filone ermeneutico che individua i contenuti dell'ordine pubblico internazionale non solo con riferimento “ai principi fondamentali consacrati nella Costituzione e nelle Carte internazionali dei diritti, ma anche dal ‘modo’ in cui questi sono ‘incarnati’ nella disciplina positiva dei singoli istituti, nonché dall’interpretazione che ne fornisce la giurisprudenza ordinaria e costituzionale”²⁹. In questo senso avveduta dottrina ha sottolineato come questa linea interpretativa, sviluppata sulla scia di un precedente relativo alla ben diversa disciplina della condanna al pagamento dei danni punitivi, si distacchi per vero da quell’indirizzo, pur sostenuto nella giurisprudenza della Corte, “secondo cui, salvo quando la legge ordinaria rifletta una soluzione costituzionalmente vincolata, le indicazioni ricavabili dalla medesima non dovrebbero rappresentare nulla più che l’espressione, magari provvisori, della consueta discrezionalità di cui gode il potere legislativo a fronte di situazione suscettibili, in assenza di ‘rime obbligate’, di essere regolata, in astratto, secondo una pluralità di opzioni tutte potenzialmente con-

²⁷ In commento alla prima pronuncia delle Sez. Un. n. 12193 del 2019 si veda V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione*, cit.; l’A. se da una parte sottolinea l’importanza del pronunciamento a Sez. Un. quanto al superamento della distinzione fra legge e diritto dall’altra non condivide la giustapposizione operata fra miglior interesse del minore e ordine pubblico internazionale. Sottolinea infine che il vero scopo della pronuncia delle Sez. Un. non è quello di tutelare il miglior interesse del minore per cui il miglior interesse del minore, nel caso di specie, ha una rilevanza soltanto formale, dacché si svolge una valutazione generica e astratta. V’ha pure di più perché ben lungi dal considerare quale fosse in concreto il miglior interesse del minore, il mancato riconoscimento di efficacia dell’atto di nascita straniero diventa lo strumento giuridico per respingere ai margini del nostro ordinamento il fenomeno della gestazione per sostituzione.” In questo senso l’a. critica l’intendimento delle Sezioni Unite quanto all’accostamento fra migliore interesse del minore e clausola generale dell’ordine pubblico per cui “il miglior interesse del minore non è un contro-limite dell’ordine pubblico internazionale, ma valore normativo del nostro sistema ordinamentale, che concorre ad individuare l’ordinamento del caso concreto” da ciò consegue che “deve escludersi che esista un bilanciamento definitorio svolto a livello legislativo, rispetto al quale l’interprete possa e debba arretrare nel caso di potenziale applicazione di legge straniera”.

²⁸ In questo senso si potrebbe affermare che la lacuna nel caso di specie sia una lacuna creata dall’interprete, per cui si veda G. PINO, *L’interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, p. 245.

²⁹ F. AZZARRI, *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell’ordine pubblico*, in *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, 2022, p. 137.

formi alla Carta”³⁰: orientamento che per vero sarebbe risultato più congruo rispetto ai diritti in gioco.

Se questa è la premessa, la Corte di Cassazione si rivolge al rimedio della adozione in casi particolari epurata però, attraverso lo strumento della interpretazione costituzionalmente conforme, di alcuni elementi che la rendevano un rimedio inidoneo alla tutela del minore.

Ci si riferisce, in modo particolare, alla necessità di garantire l’istaurazione dei rapporti fra il nato e i parenti dell’adottante (superata proprio grazie al pronunciamento della Corte Costituzionale n. 79 del 2022³¹) e al ruolo del consenso del genitore biologico che deve essere posto in relazione, in una dimensione funzionale, al migliore interesse del minore (in questo senso sarebbe non conforme alla *ratio* della norma un diniego ingiustificato).

La Corte di Cassazione stabilisce dunque che “per come attualmente disciplinata” la adozione in casi particolari risulta lo strumento più adeguato per la tutela del minore nato da gestazione per altri.

È pur vero che nel pregevole intento di bilanciare gli interessi in gioco la Corte dà conto anche dei limiti della propria pronuncia, limiti che tuttavia non determinano, nel suo ragionamento la possibilità del riconoscimento della filiazione attraverso il sistema della trascrizione³².

Il riferimento è cioè all’impossibilità per il minore di rivendicare una posizione nei confronti del genitore intenzionale che non voglia riconoscerlo. Forse il detto indice, salve le soluzioni poste da attenta dottrina³³, più di altri

³⁰ Ivi, p. 138. L’autore poi sottolinea come una soluzione del genere sia propria del diritto tedesco e austriaco dove, benché viga il divieto di GPA, “tanto il § 109 I Nr. 4 FamFG, quanto il § 6 IPR-G, calibrano il vaglio dell’ordine pubblico sul risultato (Ergebnis) a cui conduce il recepimento della decisione o l’applicazione della disposizione straniera, il quale non può essere contrastante, rispettivamente, con i «wesentlichen Grundsätzen» (e soprattutto coi Grundrechte) e le «Grundwertungen» dell’ordinamento nazionale. In tale prospettiva non è dunque richiesta alcuna preliminare verifica della compatibilità, col sistema interno, delle regole che al risultato che si vorrebbe recepire preludono, e siffatta apertura al dialogo con esperienze giuridiche diverse è al contempo avvalorata da un’interpretazione della clausola stessa dell’ordine pubblico che l’opinione prevalente ritiene debba essere in senso restrittivo”. (Ivi, p.319-140).

³¹ In commento al pronunciamento si veda M. SESTA, *Stato giuridico di filiazione dell’adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *Fam. dir.*, 10, 2022, p. 897; M. CINQUE, *Nuova parentale da adozione in casi particolari: impatti sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2022, p.1013. Il riferimento al pronunciamento appare *expressis verbis* nel punto 10 della decisione delle Sezioni Unite 38162 del 2022.

³² Il riferimento è al punto 12 della motivazione delle Sezioni Unite 38162 del 2023 e infatti il decidente sottolinea che “l’adozione è, ancora, non pienamente adeguata nella prospettiva di una tutela piena del generato nei confronti di chi, partecipando al progetto procreativo, ha assunto la responsabilità di farlo venire al mondo, perché l’istituto dell’adozione in tutte le sue forme, presuppone che il genitore assuma l’iniziativa. L’iniziativa ai fini della costituzione dello *status* non compete mai all’adottando (ma) [...] la costatazione di questa evenienza particolare non conduce, tuttavia, ad ammettere o a giustificare l’automatismo della trascrizione”.

³³ In questo senso si legga A. MORACE PINELLI, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna alle Sezioni Unite*, in *giustiziainsieme.it*, il quale fa riferimento alla possibilità di applicare analogicamente l’art. 279, comma 1 c.c. È da segnalare che in un recente saggio il riferimento all’art.279 c.c. è ripreso da A. RENDA, *Anco-*

avrebbe dovuto far propendere per sostenere che il rimedio non supera il test di effettività cui lo stesso deve essere sottoposto e questo perché esso contrasta in particolar modo con quel diritto di azione che il legislatore costituzionale in forza dell'art. 24 Cost. riserva anche al minore³⁴.

Va poi sottolineata una ulteriore aporia legata alla scelta di rivolgersi al rimedio della adozione in casi particolari, per come ricostruito alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale. Di fatto la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 55 legge 184 del 1983 nella parte in cui stabilisce che l'adozione in casi particolari non fa sorgere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante attraverso il combinato disposto dell'art. 55 e dell'art. 300 co. 2 del c.c. e questo in quanto “la norma lede il minore nell'identità che gli deriva dell'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità”. Tuttavia rimarrebbe vigente, in quanto non intaccato dalla pronuncia di illegittimità costituzionale, il richiamo all'art. 304 co.1 c.c. che stabilisce che l'adozione non attribuisce all'adottante alcun diritto di successione. Il meccanismo dunque parrebbe inserire sì il minore nella rete di relazioni che gli derivano dal lato dell'adottante ma non creerebbe comunque quella reciprocità di rapporti tipici della solidarietà familiare e che inevitabilmente costruiscono quella identità familiare che la Corte di legittimità, anche attraverso la interpretazione conforme a convenzione, vuole garantire al minore.

4. Il ritorno del vuoto normativo.

Il ragionamento sviluppato dalle Sezioni Unite si concentra in modo particolare su una questione che ai fini del ragionamento operato dal Tribunale nel provvedimento in commento appare fondamentale. Il problema è quello relativo alla presenza o meno di un vuoto normativo che spetterebbe al giudice colmare per rispondere alla domanda di giustizia del minore.

Su questo aspetto le S.U. ritengono che di vuoto normativo non si possa parlare e che la tutela del minore nato da gestazione per altri possa trovare congrua soluzione ermeneutica attraverso una lettura costituzionalmente orientata della disciplina della adozione in casi particolari³⁵.

ra sulla surrogazione di maternità. *Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2, 2023, p. 282 ss.

³⁴ G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 88.

³⁵ Il tema della interpretazione conforme a costituzione rimanda al tema della *normative coherence* per cui si veda N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, p. 152 ss. Nel dibattito foraneo il riferimento è anzitutto a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, 2016, p. 391 ss. Si veda poi G. PINO, *Interpretazione costituzionale e teorie della costituzione*, Modena, 2019. Nel dibattito relativo al rapporto fra interpretazione conforme e sindacato accentratore di costituzionalità si vedano G. LANEVE, *L'interpretazione [11] conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentratore*, in B. CARAVITA (cur.), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012, p. 21 ss.; A. BONOMI, *Il limite oltre il quale non può spingersi l'interpretativa di inammissibilità per omessa interpretazione “conforme a” e il suo diverso “colore” rispetto alla decisione*

Ebbene il Tribunale di Milano torna su questo punto evidenziando che nel caso di specie il decidente si troverebbe ancora una volta di fronte ad un vuoto normativo che nel ragionamento della Corte ha da essere colmato attraverso quello che nel percorso argomentativo appare l'unico strumento in grado di tutelare pienamente il minore: la trascrizione dell'atto di nascita che assicura al minore "una posizione di tutela dei propri diritti costituzionali".

In particolare il ragionamento si svolge seguendo i seguenti snodi argomentativi. Innanzitutto, il procedimento di adozione in casi particolari necessita del consenso del genitore biologico, consenso che nel caso di specie non può essere prestato in quanto il genitore biologico risulta defunto e che comunque non può trovare equipollenti essendo atto personalissimo. In secondo luogo, è escluso ai fini della costituzione dello *status* la possibilità di una iniziativa da parte del minore nei confronti del genitore intenzionale. In terzo luogo, l'impossibilità di utilizzare lo strumento della adozione in casi particolari, esclusa l'applicazione analogica delle altre azioni volte alla costituzione dello *status*, determina la insorgenza di un vuoto normativo che si concreta nella condizione fattuale per cui il minore si trova nell'ordinamento italiano in una situazione giuridica, quella di orfano, non conforme alla condizione che viceversa gli è riconosciuta in un ordinamento straniero e precipuamente quello degli USA.

La relazione di cura con il genitore di intenzione si tradurrebbe nello Stato italiano esclusivamente nella forma di un ufficio di diritto privato, quello del tutore. Simile soluzione appare essere contraria al preminente interesse del minore a conservare lo *status* estero in questa peculiare condizione fattuale in cui il rimedio della adozione in casi particolari di fatto non risulta esperibile. Dacché ne discende la preferenza ermeneutica per la trascrizione dell'atto di nascita estero.

L'*iter* argomentativo portato avanti dal giudice di merito abbisogna di essere analizzato sotto il profilo che appare di maggiore interesse, quello relativo al concetto di vuoto normativo e alla possibilità del giudice di poterlo colmare.

Vuoto³⁶, silenzio, lacuna³⁷ sono lemmi che ineludibilmente convocano il discorso di portata più ampia relativo da una parte al problema del rap-

di infondatezza, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013; V. SCIARABBA, *L'“interpretazione conforme” tra sindacato diffuso (su “norme”) e ipotesi di “graduazione della costituzionalità”: spunti di riflessione*, in BINDI, PERINI, PISANESCHI (a cura di), *Principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008. In senso comparatistico si veda G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, Fasc. spec., 2019, p. 555 ss.

³⁶ Il riferimento è al concetto di *Rechtsleerer Raum* per cui il rimando è a K. BERGBOHM, *JURISPRUDENZ UND RECHTSPHILOSOPHIE. KRITISCHE ABHANDLUNGEN*, Leipzig, 1892, p. 375 ss., ad esso richiama G. CAPOGRASSI, *Karl Bergbohm (1848-1927)*, in *Id.*, *Opere*, Milano, 1959, VI, p. 52.

³⁷ Sul tema della lacuna nella sterminata letteratura il riferimento quanto meno va a M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 257 ss.; P. CHIASSIONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, p. 169 ss.; ZIETELMANN, *Luchen in Recthe*, 1903; GUASTINI, *Le lacune nell'ordinamento italiano*, in *La regola del caso*, Torino, 1995; BETTI, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1925, p. 49 ss.; MOOR, *Sulla questione delle lacune nel diritto*,

porto fra diritto e società: in modo particolare ci si riferisce alla difficoltà che proviene dalla relazione fra finitezza delle norme e pluralità delle condizioni fattuali che richiedono una valutazione giuridica; dall'altra alla questione della definizione stessa dell'ordinamento in termini di completezza ovvero di defettibilità³⁸.

I due aspetti evidenziati si inseriscono inevitabilmente nel recinto dell'attività ermeneutica in quanto afferiscono all'ordinamento giuridico inteso come una struttura composta da norme, quasi fossero, si mutua il linguaggio di una attenta dottrina, buchi o crepe di un edificio, quello giuridico appunto³⁹.

Il tema è vastissimo e la letteratura sterminata, bastano qui ai fini del discorso che si sta portando avanti alcune considerazioni.

La prima inerisce l'angolo di visuale dal quale prendere posizione con riferimento alla grammatica della lacuna: si vuole chiarire che guardare alla lacuna come problema ermeneutico significa attribuire preminenza logica alla norma positiva ed escludere dunque un certo approccio giusliberista che guarda all'ordinamento più che come insieme di norme come insieme di lacune⁴⁰.

In secondo luogo, ritenere d'altro canto che l'ordinamento sia completo non impedisce la pensabilità della lacuna: a questo fine lacuna sarebbe un concetto di relazione ricavabile dal rapporto fra scopo e decisione normativa. E cioè vi sarebbe uno scarto logico fra la *ratio* della norma positiva e la sua attuazione storica che per vero potrebbe anche essere parziale⁴¹. Emergerebbero in questa dimensione i cosiddetti casi omessi⁴², ipotesi cioè non contemplati dalla norma ma contemplati dalla sua *ratio*. In questo senso, la emersione interpretativa di una lacuna corrisponde logicamente alla giuridica rilevanza del caso omesso. Questa notazione può essere di un certo inte-

in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, p. 313 ss.; N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, s.d., p. 421 ss.; DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910.

³⁸ Il tema della completezza emerge in G. BRUNETTI, *Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, 1917, ora in *Scritti giuridici varii*, II, Torino, 1920, 1 ss.; Santi ROMANO, *Osservazione sulla completezza dell'ordinamento*, Modena, 192; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 238 ss.; A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962. L'ordinamento è poi necessariamente completo in H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990, p. 277 ss. così come per ragioni diverse legate alla natura valoriale dei principi capaci di avere una risposta per qualsiasi accadimento umano R. DWORKIN, *On Gas in law*, in N. MACCORMICH, O. AMSELEK, *Controversies about law's ontology*, Edinburgh, 1999.

³⁹ Si veda G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, p. 242.

⁴⁰ In questo senso M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, cit. p. 260; Quanto al diritto come sistema di lacune si veda KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, Milano, 1908.

⁴¹ Il riferimento è a G. CARCATERRA, *Analogia*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 14.

⁴² G. CARCATERRA, *op. ult. cit.*, p. 6 in cui L'A. sottolinea che "il caso da decidere non sia previsto significa non solo che esso non è previsto dalla particolare norma che si assume come modello ma, più in generale, che non è previsto da nessuna norma, altrimenti non vi sarebbe lacuna da colmare!" e però l'A. poi si concentra sul concetto di non previsto e infatti osserva che "è tuttavia ovvio che ciò non vuol dire che il caso non è previsto da nessuna norma in assoluto, giacché una norma valida che lo regola infine esiste, ed è appunto la norma analogica trovata in virtù del principio generale analogico".

resse con riguardo alla necessità di svolgere anche una analisi che porti alla distinzione semantica fra lacuna e vuoto.

Torna d'aiuto quell'esempio visivo relativo all'edificio e alle sue crepe. L'idea della lacuna come crepa credo colga del segno: la fenditura tale è in quanto convoca una presenza che dovrebbe esserci ma che non v'è. La lacuna richiama cioè l'idea di una presenza. E, di fatto, si è concordi nell'affermare che la lacuna necessariamente presuppone che il caso omesso pur sia un caso giuridicamente rilevante⁴³. In fondo, la lacuna rappresenta un concetto statico che non supera il perimetro dello *iure condito*⁴⁴. L'interprete non potrà svolgere, per così dire, un abuso edilizio, dovrà semplicemente svolgere un'opera manutentoria.

Diverso, invece, il concetto di vuoto che al contrario potrebbe ben essere congeniale rispetto alla struttura dell'edificio: si pensi allo spazio vuoto lasciato dalle luci o dalle vedute. Uno spazio cioè che ha da essere vuoto, uno spazio che fa emergere la natura performativa dell'assenza⁴⁵. Il vuoto a sua volta si potrebbe convocare l'idea della presenza, ma solo a patto che di quell'edificio si decida di cambiare il prospetto, la struttura, la forma. Ecco in questo senso la vuotezza richiama invece un concetto dinamico che si svolge al di là dei bastioni dell'ordinamento giuridico e anzi forse nella maniera più marcata incide su di esso: quell'assenza è il luogo della lotta⁴⁶ che dà forma nella dinamica della storia a quell'edificio che il giurista viceversa di volta in volta ricostruisce dall'interno.

I due termini si confondono nel discorso svolto dalla giurisprudenza nella casistica relativa all'attribuzione della genitorialità al minore nato da gestazione per altri, se ne è dato già conto. Il profluvio di pronunciamenti mostrano la possibilità per l'interprete di prevenire, superare, creare talvolta confermare⁴⁷ la presenza di una lacuna dando il senso all'avventore che voglia ricostruire i termini del problema di un mosaico di argomenti affastellati.

E pure è vero che il pendolo, come si evince dal ragionamento sin qui svolto, oscilla rimbombante fra il rimedio della trascrizione dell'atto o provvedimento straniero e quello della adozione in casi particolari: fa da perno l'asserito vuoto, *rectius* lacuna normativa.

⁴³ In questo senso G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., p. 243.

⁴⁴ Se ne avvede G. CARCATERRA, *op. ult. cit.*, p.3 quando con riferimento allo strumento analogico come solutorio delle lacune afferma che il fatto che a casi simili è attribuita la medesima disciplina del caso regolato significa intendere “non già che tale disciplina “deve essere”, *de jure condendo*, ma che essa è attribuita attualmente dal diritto: egli (l'operatore del diritto) usa l'inferenza per risolvere un problema relativo al *quid iuris* e al *jus conditum*”.

⁴⁵ Il concetto dicotomico presenza/assenza come dimensione spaziale emerge in IRTI, *Sconfinatezza*, in *Nuova enc. it.*, Milano, 2003; ID., *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 52 ss. Con riferimento alle dottrine sullo spazio giuridico si veda A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti*, Torino, 1962, p. 89 ss.

⁴⁶ Il riferimento non può che andare a R. JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi*, traduzione di R. Mariano, a cura di P. Piovani, Bari, 1960. Si rimanda fra l'altro quanto al dibattito sull'opera dello Jhering nel contesto italiano a M.G. LOSANO, “*La lotta per il diritto*” di Jhering nel dibattito politico dell'Italia degli anni trenta, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 1998, p. 195 ss.

⁴⁷ Si veda G. PINO, *op. ult. cit.*, p. 244.

5. Insufficienza di un approccio dicotomico.

Avviarsi verso le conclusioni significa, nell'ottica di quanto si è detto, dare conto di alcuni passaggi argomentativi che aprono la possibilità, forse, di incamminarsi verso una terza via e questo utilizzando lo strumento principe di autointegrazione dell'ordinamento a fronte di una lacuna: il ragionamento analogico⁴⁸.

Il quadro normativo nazionale vigente prevede, all'interno della l. 40/2004 che disciplina le pratiche di ausilio medicale alla procreazione, che la pratica in discorso abbia rilievo penale. L'art. 12 comma 6 della l. 40/2004 punisce infatti chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza, o pubblicizza la commercializzazione dei gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità.

Sotto questo profilo, tuttavia, alla predisposizione di una sanzione non si accompagna la previsione di una disciplina regolativa dello *status* del figlio, comunque venuto al mondo in violazione delle disposizioni vigenti.

Pur nel silenzio della legge, la giurisprudenza sovranazionale ha più volte ribadito la necessità di tutelare la posizione del minore: da ultimo si segnala il pronunciamento della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che nella Causa C c. Italia Ricorso n.47196/21⁴⁹, non ha mancato di sottolineare, sulla base dell'art.8 della convenzione che assicura al minore la tutela della sua vita privata⁵⁰, come ella non sia "chiamata a esaminare le modalità di accertamento o di riconoscimento di un bambino nato ricorrendo a una GPA praticata all'estero (trascrizione dell'atto di nascita straniero parziale o completa, adozione piena o semplice, accertamento *ex novo* del rapporto nel paese di residenza del minore), ma deve invece verificare se il processo decisionale dello Stato di residenza del minore abbia assicurato una adeguata protezione degli interessi in gioco. Infatti è fondamentale che le modalità di accertamento previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua attuazione, conformemente all'interesse del minore in modo da evitare che quest'ultimo sia mantenuto a lungo nell'incertezza giuridica"⁵¹.

⁴⁸ Sul ragionamento analogico si veda *infra* n.60. Si avvede della problematicità del caso della GPA come caso lacunoso G. SORRENTINI, *Il giudice soggetto alla legge...in assenza di legge: lacuna e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, p. 59 ss. Si tenga anche in considerazione la riflessione di V. BARBA, *Lacune della legge e integrazione del diritto*, in *Annali SISDC*, 2022, p. 105 ss.

⁴⁹ Corte EDU, Causa C c. Italia, 31 agosto 2023, n. 47196/21 in *giustizia.it*.

⁵⁰ Si veda Guida all'articolo 8 della Convenzione sui diritti dell'uomo, Aggiornata al 31 agosto 2018, Corte Europea dei diritti dell'uomo. In argomento, si vedano SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2016, 358 e HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2018, 501, nonché, con particolare riferimento alla questione qui discussa, JACOBS, WHITE, OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2017, p. 374.

⁵¹ In questo senso è richiamato il parere preventivo della CtEDU, Camera Grande, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, reperibile su <https://hudoc.echr.coe.int> per cui si veda R.G. CONTI, *Il pa-*

È chiaro, dunque, che la condizione del minore si configuri alla luce del quadro italo-europeo delle fonti come giuridicamente rilevante⁵², ma è pure vero che, a fronte di una pratica che non riceve il *consensus* degli Stati, ogni singolo ordinamento giuridico abbia un margine di apprezzamento relativo alle modalità con cui riconoscere quel legame di filiazione⁵³.

Emerge così quella lacuna che ha posto il giudice di legittimità di fronte alla possibilità di seguire due strade: la trascrizione dell'atto di nascita ovvero il procedimento di adozioni in casi particolari.

La prima soluzione si sostanzia nella scelta di colmare la detta lacuna mediante un strumento di eterointegrazione dell'ordinamento ovvero il recepimento all'interno dello Stato italiano di un atto o provvedimento straniero. La scelta ermeneutica è stata posta sostanzialmente fuori gioco dall'ultimo pronunciamento delle Sezioni Unite, con una pluralità di argomenti fra i quali tuttavia uno assume una rilevanza particolare ai fini della nostra ricostruzione. Al punto 12 della sua 'sentenza trattato', la Corte afferma che "l'automatico riconoscimento della genitorialità intenzionale già accertata all'estero non realizza la pienezza della tutela del minore, che richiede invece una particolare conformazione, con i caratteri della effettività e della stabilità [...] (*pienezza di tutela*) che impone, invece, che siano ricercati nel sistema strumenti affinché siano riconosciuti al minore, in una logica rimediabile, tutti i diritti connessi allo *status* di figlio anche nei confronti del committente privo del legame biologico, subordinatamente ad una verifica in concreto di conformità al superiore interesse del minore". Ad essere il bersaglio dell'*iter* argomentativo è proprio la *automaticità* del procedimento di attribuzione della genitorialità.

Proprio in questo senso la seconda soluzione, ovvero quella della adozione in casi particolari, epurata come si è detto degli elementi problematici che non permettevano la piena tutela del bambino, rappresenta quello strumento procedurale in grado di assicurare la pienezza dei diritti del minore nato da GPA "restando la valutazione in ogni caso sottoposta al vaglio del giudice nella concretezza della singola vicenda e ferma la possibilità del legislatore di intervenire in ogni momento per dettare una disciplina ancora più aderente alla peculiarità della situazione"⁵⁴.

L'esito ermeneutico in questo pronunciamento supera la lacuna mediante due strumenti argomentativi. *In primis* è stata recepita quella interpretazione estensiva che aveva permesso di applicare il rimedio in discorso alle c.d. coppie omoaffettive. Il rimedio della adozione in casi particolari previsto dall'art. 44 lett. d) della legge n. 184/83 si inserisce all'interno di un quadro

rere preventivo della Corte Edu (post-Prto.16) in tema di maternità surrogata, in *Questionegiustizia.it*.

⁵² Interessanti quanto alla ricostruzione della giurisprudenza europea le notazioni di M.C. VENUTI, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162*, in *Questionegiustizia.it*.

⁵³ In questo senso si veda R. BARATTA, *Verso la comunitarizzazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. Dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 573 ss.

⁵⁴ In questo senso Corte Cass., Ss.Uu., 30 dicembre 2022, n. 38162, spec. punto 13.

di rimedi di tipo residuale rispetto a quello della adozione c.d. legittimante⁵⁵.

Esso ha rappresentato lo strumento utilizzato dalle Corti di merito come rimedio alla mancanza della previsione della c.d. *stepchild adoption* all'interno della legge c.d. Cirinnà per permettere l'adozione del figlio del partner all'interno della coppia omoaffettiva⁵⁶.

Le Corti minorili avevano interpretato la locuzione “impossibilità di affido preadottivo” come riferita non solo all'impossibilità di fatto⁵⁷ – la quale si connetteva in particolare a quelle situazione di abbandono dei c.d. minori inadottabili in quanto minori difficili – ma anche all'impossibilità di diritto⁵⁸. L'impossibilità giuridica si lega all'assenza dello stato di abbandono

⁵⁵ Si veda E. URSO, *L'adozione dei minori in casi particolari*, in G. FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, III; *Filiazione e adozioni*, Bologna, 2007, p. 1037 ss.

⁵⁶ Sul rapporto fra disciplina dell'unione civile e adozione si veda il contributo di V. BARBA, *Unione civile e adozione*, cit. in particolare p. 384 ss. L'A. ricostruisce diversamente il contenuto della c.d. clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 1 comma 20 della l. 76/2016 e in particolare sottolinea che “La disposizione in parola, in altri termini, non fa divieto di applicare alle persone unite civilmente le disposizioni del codice civile non espressamente richiamate e la legge sull'adozione, bensì fa divieto di applicare a queste norme il meccanismo descritto nella sua prima parte, ossia il meccanismo normo genetico [...] l'assenza di una norma *prima facie* applicabile alle persone unite civilmente non è, però, preclusiva alla possibilità che quella regola, all'esito del procedimento interpretativo, risulti applicabile al caso in via conclusiva”. Il riferimento è a G. PINO, *Teoria analitica del diritto I, la norma giuridica*, Pisa, 2016, p. 124 ss.

⁵⁷ In questo senso si veda T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, p. 339 ss.; M. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Comm. c.c.*, a cura di Schlesinger, Milano, 2002, p. 807 ss.; L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1997, p. 297 ss.; P. VERCELLONE, *La filiazione legittima naturale e adottiva e la procreazione artificiale*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1987, p. 194 ss.; V.M. CAFERRA, *Famiglia e assistenza. Il diritto di famiglia nel sistema della sicurezza sociale*, Bologna, 1984, p. 120 ss.; C. EBEME COBELLI, *sub Art. 44*, in G. FANCHINI, S. SCHIPANI, C.M. BIANCA e F. D. BUSNELLI (a cura di), *La nuova legge sull'adozione, Legge 4 maggio 1983, n. 184*, Padova 1985 p. 179. In giurisprudenza si veda Trib. Min. Potenza, 15 giugno 1984, in *Dir. fam.*, 1984, p. 1039 ss.; Trib. Min. Roma 22 dicembre 1992, in *Giur. merito*, 1993, p. 924 ss.; App. Torino, 9 giugno 1993, in *Dir. fam.*, 1994, p. 165 ss.; Trib. min. Ancona, 15 gennaio 1998, in *Giust. Civ.*, 1998, p. 1711 ss.

⁵⁸ In questo senso il trend giurisprudenziale è inaugurato da Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 679 ss., con nota di G. SALVI, *Omogenitorialità e adozione (in casi particolari): segnali di apertura dai giudici minorili*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 109 ss., con nota di J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1550 ss. con nota di R. CARANO, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omosessuali*; in *Fam. dir.*, 2015, p. 574 ss., con nota di M. RUO, *A proposito di genitorialità adottive e interesse del minore*; in www.articolo29.it, con considerazioni di M. GATTUSO, *Tribunale per i minorenni di Roma, l'omogenitorialità è “sana e meritevole di essere riconosciuta”*; in www.giustiziacivile.it, con nota di M.M. WINKLER, *Genitori non si nasce: una sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma in materia di scond-parent adoption all'interno della realtà omogenitoriale*. La sentenza è confermata da App. Roma, 23 dicembre 2015, in *Dir. pers. fam.*, 2017, p. 94. Nello stesso senso Trib. Roma, 22 ottobre 2015, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1143 ss. e in *Foro it.*, 2016, c. 339 ss.; e Trib. Min Roma, 23 dicembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 969 ss., con nota di M. FARINA, *Adozioni in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*. Alla vicenda imprime natura di principio nomofilattico Cort. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, p. 1218 ss., con commento di G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza*

del minore, ma rappresenta comunque una situazione in cui l'adozione appare necessaria al fine di una tutela effettiva dei diritti del minore.

È pur vero che la interpretazione data dalla giurisprudenza modifica la funzione che l'art. 44 lett. d) aveva all'interno del sistema: da norma residuale, essa diventa fonte di un rimedio generale del sistema che costituisce "una valvola di sfogo finalizzato a garantire l'interesse del fanciullo in situazioni in cui manchino i presupposti per l'adozione legittimante ma il bambino abbia tuttavia bisogno di essere inserito, a pieno titolo giuridico, in un dato contesto familiare"⁵⁹.

In secudis, di fatto le Sezioni unite mendiate lo strumento della interpretazione costituzionalmente conforme riescono di fatto ad espungere tutti (o quasi) quegli elementi che rendevano il rimedio dell'adozione sostanzialmente inidoneo allo scopo di tutela cui era stato giudizialmente destinato.

Senonché il nostro giudice meneghino torna alla trascrizione, increspano il lineare ragionamento delle Sezioni unite. L'idoneità dello strumento della adozione in casi particolare, come rimedio generale, viene dunque nuovamente posto in dubbio.

In via di prime conclusioni, certamente da una parte si ritiene condivisibile l'idea per cui l'adozione in casi particolari rappresenti lo strumento prediletto dalla giurisprudenza sulla base del fatto che essa permette la proceduralizzazione della istaurazione del rapporto genitoriale nel caso della GPA. La sostanza del pronunciamento delle Sezioni unite evidenzerebbe la necessità che il legame fra il bambino e il genitore di intenzione venga vagliato da un organo dello Stato in relazione alla importanza degli interessi coinvolti e alla natura astrattamente illecita del comportamento della coppia genitoriale sul territorio italiano.

D'altra parte la scelta dell'adozione in casi particolari sembra però avere un sapore simbolico⁶⁰ più che tecnico giuridico, che emergerebbe nel momento in cui le Sezioni unite, ripercorrendo il ragionamento della decisione n. 12193 del 2019, escludono "che nell'ordinamento italiano esista, un modello di genitorialità, diverso dall'adozione, alternativo a quello fondato sul legame biologico tra genitore e figlio".

Per vero la Corte qui sembra dimenticare, ad esempio, quei progetti genitoriali portati avanti attraverso la fecondazione eterologa e che prevedono l'assunzione della responsabilità genitoriale come effetto della semplice espressione di volontà a prescindere dal legame genetico.

della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016; in *Fam. dir.*, 2016, p. 1025 ss., con nota di S. VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*. In particolare Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, afferma che "l'interpretazione dell'espressione constatata impossibilità di affidamento preadottivo da prescegliere non può che essere quella adottata dalla Corte di Appello di Roma: coerentemente con il sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica e adottiva attualmente vigente, deve ritenersi sufficiente l'impossibilità di "diritto" di procedere all'affidamento preadottivo e non solo quella di "fatto" derivante da una condizione di abbandono in senso tecnico giuridico o di semi abbandono".

⁵⁹ G. SALVI, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, cit., p. 27.

⁶⁰ Il riferimento è mutuato dalla riflessione di F. MACIOCE, *Il same-sex marriage tra inclusione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2016, p. 283 ss.

La critica allo strumento della adozione in casi particolari può seguire non solo la strada, già segnalata da attenta dottrina, relativa, come si è detto, alla riconfigurazione di un rimedio residuale come generale per via interpretativa, ma vieppiù anche quella di una sottaciuta dimensione adultocentrica che il rimedio avrebbe e che si sostanzia nella mancanza di previsione di un'azione a favore del minore. Si vuole significare che l'adozione è sì uno strumento approntato dall'ordinamento per far fronte alla necessità che i minori possano sviluppare la loro identità all'interno di una determinata compagine familiare, ma è pur vero che il detto strumento presuppone *ex latere adulti* la volontà di prendersi cura di un minore frutto di un progetto genitoriale altrui.

Ebbene è di tutta evidenza che nel caso della GPA il genitore di intenzione voglia prendersi cura di quel minore non perché frutto di un progetto genitoriale alieno ma proprio perché frutto di una scelta condivisa con il genitore biologico e coadiuvata dalla donna gestante. L'elemento di somiglianza rispetto alla adozione in casi particolare viene cioè fatta ricadere sulla non riconducibilità biologica del minore al genitore di intenzione⁶¹.

È una scelta quella dell'adozione che guarda più al genitore che al minore, e il pronunciamento meneghino ne darebbe prova ritornando alla trascrizione. Scelta quella del giudice del merito che nel pur apprezzabile tentativo di riconoscere tutela all'infante produce a livello sistematico il paradosso per cui la trascrizione diventerebbe strumento di tutela del minore solo nel caso estremo e tragico della morte del genitore biologico avvenuta prima della possibilità di esprimere il consenso alla adozione in casi particolari.

6. Un possibile ritorno all'analogia.

Sulla base dei rilievi occasionati dalla pronuncia meneghina, ci si vuole chiedere infine se l'interprete ad ordinamento giuridico invariato possa compiere un percorso ermeneutico differente, fondato come si è anticipato sullo strumento analogico⁶², inteso quale mezzo attraverso cui l'ordinamento provvede alla sua autointegrazione nel caso di lacuna.

L'uso argomentativo del ragionamento analogico ha come scopo quello di permettere la espansione della sfera di validità dell'ordinamento giuridico⁶³. In questa dimensione, il detto argomento andrebbe ricostruito distin-

⁶¹ Quanto al riferimento al rimedio adottivo si veda R. TONG, *Prospettive femministe e maternità gestazionale: in cerca di un punto di vista giuridico unitario*, in FARALLI e CORTESI (a cura di), *Nuove maternità. Riflessioni bioetiche al femminile*, Reggio Emilia, 2005, p. 109 ss.

⁶² Nella sterminata letteratura il riferimento quanto meno deve andare a M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *JUS*, 4, 1941, p. 516 ss.; G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1544, N. BOBBIO, *Analogia*, in ID., *Contributi a un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 1 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Analogia* (voce), in *Dig. Civ.*, I, Torino, 1987, p. 320 ss.; V. VELLUZZI, *Alcune considerazioni su ragionamento analogico e diritto positivo*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, *Analisi e diritto 1997*, Torino, 1998, p. 209 e ss.; ID., *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, p. 86 ss.; ID., *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, Pisa, 2012, p. 84 ss.

⁶³ G. CARCATERRA, *op. ult. cit.*, p. 16.

guendo da una parte il suo nucleo essenziale e dall'altra una serie di presupposti. Il nucleo essenziale consisterebbe nel fatto che l'analogia si configura come un'inferenza mediante la quale si risolve il *quid iuris* di un determinato caso, affermando che esso sia disciplinato in un certo modo in quanto in quel modo è disciplinato un caso simile: emerge così la centralità della categoria della somiglianza. I presupposti riguardano invece: *i*) la assunzione di esistenza di un principio generale di analogia: la c.d. base; *ii*). La presenza di una lacuna; *iii*) il rispetto di determinati limiti normativamente previsti⁶⁴.

La ricostruzione operata fa emergere la presenza di due sistemi: da una parte, il sistema pre analogico inteso come sistema di norme valide (norme modello) a prescindere dal principio generale di analogia (da ora pga) e dall'altra il sistema analogico⁶⁵. Il primo sistema sarebbe individuato grazie alle norme sull'interpretazione che fungono da metanorme di riconoscimento, il secondo muove dalla norma modello ma è frutto dell'applicazione del pga che in questo senso assume la natura di norma costitutiva e di individuazione di norme valide. Da qui, emerge un dato da non trascurare: “pga e norme sull'interpretazione hanno in comune la qualità di essere norme di riconoscimento. In quanto tali, esse sono del pari norme costitutive [...] e perciò creative di altre norme, ma al tempo medesimo, come tutte le norme di riconoscimento, fanno parte del sistema, e perciò quello che mediante di esse si costituisce non è arbitraria creazione bensì creazione secondo i principi del sistema stesso”⁶⁶.

Il finale riferimento ai principi dell'ordinamento tende a chiarificare la natura stessa del pga. Esso, infatti, sarebbe soluzione sì al problema della lacuna, ma in un senso del tutto originale: esso, di tutta evidenza, integra l'ordinamento in modo tale da garantire l'omogeneità e la unità intrinseca del sistema. Il discorso è funzionale alla delucidazione del nucleo essenziale del ragionamento analogico cioè la somiglianza che assume una rilevanza di tipo deontico-valoriale, capace cioè di trasformare un dover essere in essere per mezzo del pga. In questo senso, il pga “trasforma in essere non genericamente un dover essere ma specificamente un dover essere già presente nell'ordinamento: traduce in atto una tendenza del sistema. Il che spiega l'ambivalenza delle norme introdotte per analogia: da un lato esse sono norme nuove, ma nello stesso tempo appaiono come generate da una intrinseca tendenza e quasi per naturale forza di espansione dell'ordinamento”⁶⁷.

L'ultima notazione, che discende dalla ricostruzione in termini valutativi del criterio di somiglianza⁶⁸, è quella relativa al fatto che, necessariamente

⁶⁴ Ivi, p.3.

⁶⁵ Ivi, p.6.

⁶⁶ Ivi, p. 7.

⁶⁷ Ivi, p.12.

⁶⁸ In questo senso appare rilevante la notazione di VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica*, cit., p.92-93 intorno alle questioni che si pongono a monte della scelta del criterio di somiglianza e che si sostanziano nella significazione della c.d. *ratio legis*. In particolare l'A. ritiene che “gli strumenti usati dai giuristi e dai giudici per attribuire uno scopo ad una norma (siano) frutto di una scelta discrezionale, scelta ammantata di una vana pretesa di oggettività, oppure di una altrettanto discutibile sovrapposizione tra proprie intenzioni, intenzione del legislatore ideale e intenzione del legislatore, per così dire, ‘reale’” dacché discende che “i criteri di valutazione della bontà dell'attribuzione della *ratio* ad una norma, permettono

rendendo il caso omesso meritevole del medesimo trattamento del caso regolato nel sistema preanalogo, il ragionamento analogico “attualizza sempre una esigenza di eguaglianza”⁶⁹.

Quanto detto ha uno specifico rilievo quanto alla questione relativa all’attribuzione della genitorialità al minore nato da GPA nei termini emersi a valle della recente pronuncia meneghina.

Si è detto che la scelta ermeneutica che ha condotto le Sezioni Unite alla scelta del rimedio della adozione in casi particolari sia legata alla esigenza di proceduralizzazione della attribuzione di genitorialità in caso di condotta illecita dei genitori. Eppure, quella pur legittima necessità si scontra con la incongruente emersione di una impossibilità di una piena tutela del minore: incongruenza che porta il giudice meneghino ad eterointegrare l’ordinamento attraverso il recepimento di *status* riconosciuto all’estero.

Ebbene, può dirsi che la proceduralizzazione della attribuzione della genitorialità sia estranea al nostro ordinamento?

La risposta non può che essere negativa. L’ordinamento vigente infatti prevede al combinato disposto degli art. 251 e 278 c.c. un sistema di attribuzione della genitorialità (nelle forme del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale) che si basa sostanzialmente sulla valutazione di un organo giurisdizionale “avuto riguardo all’interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio” nel caso di figlio parentale⁷⁰. Così come nella GPA, anche nel caso previsto dalla norma presa in considerazione, la condotta dei genitori integra astrattamente una condotta oggetto di disciplina penale, da una parte l’art. 12 co. 6 della l.40/2004 dall’altra l’art. 564 c.p..

più che altro di escludere alcuni significati dal novero di quelli attribuibili alla norma stessa, piuttosto che individuare un solo significato come quello compatibile con, o diretto a realizzare la *ratio* [...] (in definitiva) più che una lampante e immanente finalità della legge, avremo uno scopo attribuito dall’interprete che non stride con la formulazione della norma stessa, plausibile e non assurdo o contraddittorio e per questo in grado di essere accolto come scopo di quella norma”.

⁶⁹ G. CARCATERRA, *op. ult. cit.*, p. 13, qui il riferimento di Carcaterra è a L. GIANFORMAGGIO, *L’analogia giuridica*, in ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di V. Velluzzi e E. Diciotti, Torino, 2018, p.140-141 ove l’Autrice sostiene che l’analogia si ricollega al concetto di proporzionalità per cui “il fondamento dell’analogia nel diritto è il nucleo razionale dell’idea della giustizia distributiva, cioè l’eguaglianza, che non soccorre solo nell’applicazione delle regole (la perelmaniana regola di giustizia) ma anche nella loro produzione”. In questo senso per una ricostruzione del pensiero dell’autrice si veda V. VELLUZZI *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all’interpretazione*, cit., p. 70.

⁷⁰ Per la ricostruzione della categoria del figlio parentale si veda Con riferimento alla dottrina sulla filiazione incestuosa si veda G. AZZARITI, *Adulterini e incestuosi (figli)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, pp. 307 ss.; ID., *Adulterini e incestuosi (figli)*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, I, Torino, 1980, pp. 111 ss.; T. AULETTA, *La filiazione derivante da incesto*, in AA.Vv., *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, p. 232; A. PALAZZO, *La filiazione*, Milano, 2013, p. 446 ss.; G. LISELLA, *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2013, 3; A. SASSI, *Azioni di stato*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2018, p. 395 ss. Si rimanda inoltre a A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, p. 66 ss. ad esso si rimanda anche per la ricostruzione della nota vicenda originata dalla pronuncia della Corte Cost., n. 494 del 2002.

Ciò che qui si vuole proporre e la tesi per cui la norma enucleata dal combinato disposto degli art. 251 e 278 c.c. rappresenti la regola generale per il caso in cui il progetto procreativo sia illecito, eppure rilevi il diritto del minore alla istaurazione del rapporto genitoriale, diritto tuttavia che in relazione ai plurimi interessi in gioco deve essere sottoposto ad una valutazione di un organo dello stato. Il riferimento invero nella normazione codicistica alla sola filiazione incestuosa darebbe conto di una lacuna storica “dovuta cioè ai vincoli giuridici esistenti al momento di emanazione della norma”⁷¹, lacuna che tuttavia potrebbe trovare soluzione attraverso il ragionamento analogico che in questo caso tenderebbe ad estendere la struttura procedurale della attribuzione della genitorialità anche al caso omissivo della GPA. In questa dimensione il pga, come descritto, determinerebbe la trasformazione della *ratio* della norma enucleata nel sistema preanalogico in diritto oggettivo⁷². Ciò consentirebbe, da una parte, il superamento della violazione della tutela in capo al minore determinata dall’utilizzo del rimedio dell’adozione in casi particolari e, dall’altra, la esclusione della necessità di eterointegrare il sistema attraverso la trascrizione dell’atto o del provvedimento straniero. La condizione del minore nato da GPA diventerebbe così tutta una questione interna al sistema e darebbe conto che l’utilizzo dei principi (in questo caso il principio di migliore interesse del minore) sia possibile anche in caso di *analogia legis*, dal momento che è proprio il pga “a implicare che certi casi sono meritevoli di eguale disciplina” e che questa valutazione egualitaria possa “diventare la base di una integrazione per somiglianza”⁷³.

Posta la giuridica rilevanza alla istaurazione della relazione di genitorialità a valle di un progetto di GPA svolto a certe condizioni, seppur illecito nel territorio italiano, non si vede la ragione per cui i figli il cui progetto procreativo è individuato dal legislatore come portare di un disvalore penale sottoposto alla applicazione di un eventuale regime sanzionatorio più favorevole (rispetto alla disciplina sanzionatoria dell’incesto) debbano trovarsi in una posizione deteriore rispetto alla situazione di altri minori pur essi frutto di un progetto procreativo illecito, quello incestuoso, pur oggetto di un regime sanzionatorio più aspro.

7. Aspetti critici e ricostruzioni alternative.

La tesi proposta abbisogna tuttavia di un vaglio ulteriore che sostanzialmente segue tre strade: la prima è relativa alla possibilità che la norma enucleata dalla disposizione dell’art.251 c.c. possa costituire una norma eccezionale e dunque incapace ai sensi dell’art. 14 delle preleggi⁷⁴ di sviluppo

⁷¹ Si veda G. CARCATERRA, *op. ult. cit.*, p. 15.

⁷² *Ivi*, p. 16.

⁷³ *Ivi*, *op. ult. cit.*, p. 20.

⁷⁴ Con riferimento al concetto di norma eccezionale e al divieto di cui all’art. 14 delle preleggi si vedano in particolare N. BOBBIO, *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, p. 605-606; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria e dogmatica generale)*, Milano, 1949, p.185 ss.; F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, 1978, p.517 ss.; N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano,

per analogia; la seconda riguarda l'emersione di elementi di differenza fra le due fattispecie tali per cui prevarrebbe l'utilizzo dell'*argomentum a contrario* e non dell'*argomentum a simili*; infine viene in luce la possibilità che si il ragionamento analogico costituisca una buona strada da seguire per la risoluzione della questione che ci impegna, ma che la norma di riferimento non sia quella relativa ai figli parentali ma viceversa quella contenuta nell'art. 128 co. 3 c.c. come pure certa dottrina ha evidenziato⁷⁵.

Quanto al primo aspetto è da intendersi sulla corretta⁷⁶ interpretazione dell'art. 14 delle preleggi quanto alla individuazione del carattere di eccezionalità di una norma, nozione questa certamente controversa⁷⁷ e che nel sentire dei giuristi è stata per lo più avversata quasi a volerne fare un vero e proprio "anatema"⁷⁸. Va in primo luogo ricordato che l'impossibilità di applicazione analogica delle norme eccezionali non dipende da una loro intrinseca struttura quanto da una valutazione di opportunità legata ad una pluralità di fattori⁷⁹. Secondo l'opinione prevalente la norma eccezionale esprimerebbe infatti una *ratio* non riconducibile ai principi generali dell'ordinamento⁸⁰ ovvero secondo una ricostruzione alternativa incapace essa stessa di esprimere un principio⁸¹. La norma eccezionale costituirebbe cioè una deroga a una norma regolare mediante la produzione di un effetto con essa incompatibile⁸²: sarebbe cioè sul piano delle conseguenze giuridiche da apprezzare la qualità eccezionale della norma in quanto essa aprirebbe ad un nuovo criterio di disciplina rispetto alla serie costituita dalla norma generale. In questo senso il rapporto fra i due enunciati (regola-eccezione)

1999; V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione. Una introduzione critica*, Pisa, 2013, p. 80 ss.; ID. e L. PELLICCIOLI, *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, 2011, p. 189 ss.; D. CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, 2011, cap. IV; M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, p. 184 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 195; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 88-89; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. II *Fonti e Interpretazione*, Napoli, 2020, p. 357 ss.

⁷⁵ Il richiamo è a A. NICOLUSSI, *Famiglia e Biodiritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2019, pp. 713 ss.

⁷⁶ Sul concetto di interpretazione corretta si veda V. VELLUZZI *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, cit., p. 28 ove l'A. non manca di sottolineare che "può esservi, è vero, un'interpretazione che è, in maniera contingente per uno o più interpreti, 'più corretta' delle altre, cioè più convincente, preferibile etc., ma siffatta interpretazione non esclude la correttezza delle altre, non è, cioè, l'unica interpretazione giuridicamente fondata, è soltanto 'la migliore' del lotto delle interpretazioni corrette in quel dato momento per quell'interprete, ma, per così dire, non una volta per tutte".

⁷⁷ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 195.

⁷⁸ D. CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, cit., p. 390.

⁷⁹ V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione. Una introduzione critica*, cit., p. 80.

⁸⁰ E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 185.

⁸¹ In questo senso Bobbio ricostruisce il divieto di applicazione analogica delle norme eccezionali che riprende da due passi di Paolo (I, 3, D., *de leg.*, 14 e 16) affermando che "mentre la legge comune è fondata sulla *ratio*, ed è quindi assoggettabile ad una interpretazione che ne sviluppi logicamente tutti gli elementi impliciti, il *ius singulare*, essendo istituito *propter aliquam utilitatem*, è accolto nell'ordinamento non per una ragione che lo giustifichi, ma solo per l'autorità che lo ha posto, e dunque non può essere sviluppato per via razionale ma solo autoritativa". N. BOBBIO, *Analogia*, cit., p. 606.

⁸² M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, cit., p. 185.

sarebbe di tipo antinomico⁸³ per cui “la norma regolare resisterà fino a che non sia espressamente esclusa, ossia fino a quanto la semantica dell’eccezione non la neghi”⁸⁴.

Questa ricostruzione è stata messa in dubbio da quella dottrina che viceversa ha indagato le ragioni storiche del dettato dell’art.14 delle preleggi cercando di individuare il suo obiettivo significato⁸⁵. In particolare il divieto di cui all’art. 14, quanto alle norme eccezionali, sarebbe legato ad uno scopo conservativo “di custodia degli orientamenti politici espressi dal potere legislativo in determinati momenti [...] e di compressione del ruolo della giurisprudenza”⁸⁶ e si fonderebbe sulla sovrapposizione di *ius singulare* e *privilegium*⁸⁷. L’aspetto sottolineato non è di poco momento in quanto la apparente sterilità della norma eccezionale, ovvero la sua incapacità di generare per analogia, si lega in senso più ampio alla qualificazione del potere legislativo inteso in quel senso mitologico che chiaramente emerge in senso avversativo nel pensiero di Paolo Grossi⁸⁸. Rileggere il detto primato significa leggere la disposizione dell’art. 14 alla luce dell’ordinamento costituzionale in cui essa è inserita e non viceversa⁸⁹ in questo senso “il primato della legge è messo in relazione con il valore dell’eguaglianza, quindi con il principio democratico appare che le scelte espresse nella legge devono trovare prolungamento, per così dire, nel circuito dell’assimilazione razionale, e che ciò vale allo stesso modo per le scelte espresse in qualunque disposizione di legge, che sia o meno formulata in termini di deroga a una precedente, o comunque più generale disciplina”⁹⁰.

Ciò significa ammettere che anche le norme eccezionali devono avere una giustificazione costituzionale e in forza di tale giustificazione “suscettibili di avere una più estesa sfera di applicazione di quella originariamente immaginata” con ciò non costituendo la possibilità che si dia luogo ad una nuova eccezione ma al contrario contribuendo all’ “individuazione della sfera di operatività della ratio della disposizione, del principio che essa concorre ad esprimere, nel complessivo sistema ordinamentale”⁹¹.

Una ricostruzione del genere confermerebbe quel giudizio del Carnelutti che proprio con riguardo alla formulazione dell’art. 14 affermava che essa era da attribuirsi ad una scarsa preparazione tecnica” dei *conditores* e sul pregiudizio “secondo il quale il giudice non può produrre diritto sibbene soltanto applicare il diritto prodotto dal legislatore”⁹². E non appare casuale che la illogicità del divieto di estensione analogica della norma eccezionale venga provato proprio dal Carnelutti con riferimento ad un caso in cui proprio

⁸³ Ivi, p. 186.

⁸⁴ Ivi, p. 187.

⁸⁵ D. CARUSI, *L’ordine naturale delle cose*, cit., p. 401.

⁸⁶ Ivi, p. 372.

⁸⁷ Ivi, p. 385 ove l’A. richiama il noto scritto di R. ORESTANO, *Jus singulare e privilegium in diritto romano*, in *Annali dell’università di Macerata*, XI, 1937, pp. 5 ss. e XII-XIII, 1938, p. 5 ss.

⁸⁸ D. CARUSI, *L’ordine naturale delle cose*, cit., p. 385.

⁸⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 359

⁹⁰ D. CARUSI, *L’ordine naturale delle cose*, cit., p.395.

⁹¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 367.

⁹²F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p.89.

in forza dell'art. 14 si negò l'ammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità con riguardo alla nascita di un bambino di colore nato in costanza di matrimonio da una coppia di caucasici⁹³.

Ciò detto implica che quand'anche si volesse qualificare, in forma della particolare conformazione degli effetti, la norma ricavata dall'art. 251 c.c. come norma eccezionale non se ne potrebbe escludere l'applicazione in via analogica e questa in forza del fatto che essa non rappresenta altro, anche ad una interpretazione meramente letterale, espressione del principio di miglior interesse del minore con riguardo al caso di figlio parentale.

È vero, e non lo si può sottacere, che al di là della sua applicabilità analogica, la norma, come da più parti evidenziato⁹⁴, anche all'indomani della riforma del 2012 rappresenti una norma problematica e per alcuni profili potenzialmente affetta da incostituzionalità, ma d'altro canto potrebbe apparire come quella più adeguata, in relazione al procedimento che regola, per la tutela del minore nato a valle di un progetto di GPA.

Questa ultima notazione porta il discorso ad indagare la seconda questione con riguardo alla quale va precisato quanto segue. Si è detto nel paragrafo precedente che il ragionamento analogico si basa su una comparazione effettuata dal giudice "tra classi omogenee per grado di generalità" che determina, in conformità al principio di eguaglianza, l'applicazione di un medesimo trattamento a due classi di casi in relazione alla rilevanza delle somiglianze e alla irrilevanza delle differenze. Congruamente dunque non v'è chi non ha mancato di sottolineare che "in ambito giuridico un ragionamento analogico è adeguatamente sviluppato, almeno nei tratti essenziali, soltanto se si argomenta sia intorno alle somiglianze, sia intorno alle differenze tra le classi di casi raffrontate" e che tale esigenza rappresenti "una condizione necessaria di elaborazione di un ragionamento analogico giuridico"⁹⁵.

Ai fini di completezza del ragionamento che si è condotto dunque è sulle differenze fra le due classi di casi che si è considerato che si deve argomentare. In particolare l'elemento di diversità che potrebbe immediatamente riscontrarsi fra le due fattispecie cioè quella relativa ai figli nati da GPA rispetto ai figli parentali si sostanzia nella presenza, nel secondo gruppo considerato, di un legame pur sempre biologico che connota il rapporto. E cioè si potrebbe sostenere che, pur all'esito di una valutazione effettuata dal giudice, l'istaurazione del rapporto genitoriale, a valle di una vicenda comunque illecita come quella dell'incesto, sarebbe pur sempre giustificata dalla esigenza di tutelare la identità biologica del minore, esigenza che viceversa non sarebbe riscontrabile nella filiazione da GPA e questo in forza del fatto che con riguardo al genitore intenzionale quel legame non sia sussistente. In questo senso verrebbe posto in questione il discorso che si è svolto nel paragrafo precedente volto ad individuare la *ratio* estensibile dell'art. 251 c.c. proprio nella illiceità del comportamento genitoriale, illiceità che insiste non tanto nel rapporto fra i due genitori quanto negli effetti negativi che esso potrebbe determinare in capo alla prole. Eppure è vero che a sostegno della irrilevanza della differenza, che pure si è messa in luce, si potrebbe argomen-

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Ci si richiama alla nota 70.

⁹⁵ V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, cit., p.70.



tare in relazione alla irrilevanza del legame biologico come connotato del rapporto genitoriale come la giurisprudenza non ha mancato di segnalare in relazione alla irretrattabilità del riconoscimento inveridico. In sostanza non si potrebbe escludere che anche nel sistema codicistico il fattore volontà concorra con il fattore biologico e quello genetico alla costruzione della relazione genitoriale.

Infine il discorso che schiude il problema della individuazione della *ratio* come questione nevralgica del ragionamento analogico inevitabilmente apre alla possibilità che tale elemento valutativo possa non essere univoco nel senso che “se il ragionamento analogico può dirsi sensato in quanto si inserisce nel sistema razionale del diritto, in quanto ne rispetta, cioè la coerenza e la consistenza, si potranno sviluppare per la medesima fattispecie non regolata svariati ragionamenti analogici razionali, cioè non antinomici col sistema di riferimento e con esso armonizzabili”⁹⁶. E così viene in luce la soluzione proposta da Nicolussi il quale propone la ammissibilità di un ragionamento analogico che riposa sulla norma espressa dall’art. 128 co. 3 c.c. che in tema di matrimonio putativo limita gli effetti matrimoniali al coniuge di buona fede e ai figli. Il ragionamento ha alla base quella dottrina che *ante* riforma preveda la rilevanza dello stato di buona o malafede del coniuge putativo con riguardo ai figli e che ricavava un cd. non reciprocità di effetti: ovvero la malafede del coniuge avrebbe determinato l’istaurazione della responsabilità genitoriale (allora patria potestà) ma non degli altri diritti (ad es. successori, alimentari) che il legame di filiazione attribuisce in capo al genitore con un chiaro intento punitivo. In sostanza “adottando tale soluzione gli autori dell’illecito non avrebbero goduto della sanatoria giudiziale, mentre le ragioni dell’interesse del minore avrebbero ricevuto la debita considerazione”⁹⁷.

La tesi appare pregevole nell’intento di riconoscere il diritto del minore a che esso sia inserito nel contesto familiare in cui si trova a vivere, ma sembra possibile svolgere alcune considerazioni critiche. La prima è relativa alla costruzione delle fattispecie astratte da mettere in rapporto di comparazione. Ed infatti mentre nel caso del minore nato da GPA si può sostenere che il progetto genitore illecito possa produrre i suoi effetti con riguardo alla prole, nel caso del matrimonio putativo la norma riguarda un comportamento illecito afferente alla dinamica della coppia, tant’è che a valle della riforma si può sostenere che con riguardo ai figli il legislatore disciplini una fattispecie che nulla ha a che fare con la putativa ma esclusivamente con gli effetti del matrimonio nullo, tant’è che ci e pure chi ragionevolmente ha sostenuto che la collocazione della disposizione avrebbe potuto più congruamente essere modificata⁹⁸. Ci si troverebbe più che di fronte ad una analogia fra fattispecie alla giustapposizione dell’effetto di c.d. non reciprocità al caso della GPA con lo scopo di volere ottenere un disincentivo sul piano civilistico alla pratica.

⁹⁶Ivi, p. 94.

⁹⁷A. NICOLUSSI, *Famiglia e Biodiritto civile*, cit., p. 761.

⁹⁸M. DOGLIOTTI, *Gli effetti del matrimonio invalido. Il matrimonio putativo*, in *Tratt. di dir. fam.*, diretto da P. Zatti, *Famiglia e matrimonio*, I, a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Rosciello, Milano 2011, p. 986.

Ma è proprio sulla c.d. non reciprocità che va appuntata la ulteriore nota critica ed infatti i commentatori non hanno mancato di sottolineare che l'opinione in discorso appare "tutt'altro che persuasiva [...] anche per i diritti a contenuto patrimoniale che la legge riconosce ai genitori, i quali diritti trovano la propria radice nei vincoli di solidarietà familiare e che, dunque non possono essere soppressi senza sfigurare irrimediabilmente la fisionomia stessa del rapporto di filiazione"⁹⁹.

In sostanza il ragionamento come pure qualcuno non ha mancato di sottolineare rischierebbe "di appalesarsi unicamente come una *shaming penalty*, verso il nato e i suoi genitori"¹⁰⁰ e di replicare quel *vulnus* che si sostanzia in una istaurazione parziale dei rapporti familiare cui anche la adozione in casi particolari come si è detto conduce.

Il discorso non deve lasciare spaesato l'interprete ma anzi consapevole del monito per cui l'analogia non vada considerata come un procedimento logico formale "dal momento che i valori espressi nei rapporti da eguagliare sono valori qualitativi e non quantitativi, e quindi sono sempre suscettibili di interpretazioni diverse e di discussione. Ma questo non significa che tali valori possano venir fissati ad libitum dall'interprete. Significa soltanto che il sistema razionale del diritto [...] non è un *dato*, ma un *prodotto*, perennemente *in fieri*, della collaborazione tra legislatore, giurista, giudici"¹⁰¹.

⁹⁹L. NIVARRA, G. PALMERI, *Il matrimonio civile: l'invalidità*, Torino, 1999, p. 983-984.

¹⁰⁰F. AZZARRI, *I diritti dei nati da gestazione per altri*, cit., pp. 175-176.

¹⁰¹L. GIANFORMAGGIO, *L'analogia giuridica*, in EAD., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986, pp. 147-148.

