

Maternità surrogata

La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali

di Cristina Varano (*)

Il paradigma di famiglia al quale siamo stati per lungo tempo abituati sta continuamente evolvendosi ed esperienze genitoriali nuove e diverse rispetto al passato sono ora possibili. Come si pone la giurisprudenza avanti al mutamento sempre più repentino della realtà sociale, ove l'evento nascita può prescindere totalmente dall'accoppiamento? Si registra una peculiare atipicità dei risvolti etico-giuridici del fenomeno della surrogazione di maternità, nel nostro ordinamento espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, L. n. 40/2004, derivanti dalla dimensione ormai mondiale che esso ha assunto, travalicando i confini dei singoli paesi e tendendo a superare le limitazioni imposte da normative che come la nostra e molte altre, ancora la vietano in modo assoluto o la circondano di rigorose condizioni. Si rende pertanto necessario inserire, nei ragionamenti riguardanti i delicati temi della surrogazione e della fecondazione, il *best interest of the child*, come criterio guida, generale in quanto flessibile e adatto ad essere utilizzato come parametro per la lettura di tali sensibili argomenti.

Introduzione. Le molteplici tecniche di maternità per sostituzione

La "maternità per sostituzione" è una particolare tecnica di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA), attraverso cui le donne si prestano ad intraprendere e portare a termine una gravidanza, per partorire un figlio non per sé, ma per altri (1).

L'utilizzo di tale pratica è in continuo aumento, in quanto unica forma di soddisfazione del desiderio di genitorialità delle coppie omosessuali e pratica comunque indispensabile, per aggirare i problemi di sterilità ed infertilità che sempre più frequentemente affliggono le coppie eterosessuali, le quali spesso non sono candidati idonei all'utilizzo della fecondazione

omologa e/o eterologa ed incontrano non poche difficoltà nell'accesso alle procedure di adozione (2). La surrogazione, nella sua forma tradizionale, può essere definita "parziale" quando il nascituro conserva un legame genetico con la madre surrogata, poiché vengono utilizzati gli ovociti di quest'ultima e la fecondazione avviene utilizzando spermatozoi del padre committente o di un donatore. Invece, nella surrogazione c.d. totale (definita anche "maternità surrogata gestazionale"), il patrimonio genetico del bambino è il medesimo dei genitori committenti (o di uno soltanto, nell'ipotesi in cui sia stato utilizzato il gamete di un donatore) e la madre surrogata ha il compito di portare unicamente avanti la gravidanza,

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, 1. L'espressione maternità per sostituzione è preferita in dottrina a quella di "utero in affitto", in quanto quest'ultima si riferisce soltanto ai casi in cui la surrogata, dietro corrispettivo, riceve materiale genetico fornito dai committenti o da terzi soggetti donatori. A. Anceschi, *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Torino, 2010, 195, in particolare, distingue fra "maternità

surrogata" (sinonimo di matrice anglo-americana di "maternità per sostituzione") o "madre in affitto", quando la donna sia fecondata, per conto di una coppia sterile, col seme del marito, e "maternità portante" o "affitto di ventre", quando questa riceva l'impianto di un embrione concepito *in vitro*.

(2) I. Corti, *ibidem*, 12: l'autrice sottolinea, in particolare, il limite di età degli aspiranti genitori e la riduzione del numero dei bambini dichiarati in stato di abbandono e pertanto disponibili per l'adozione, imposti quali requisiti essenziali della L. n. 183/1984.

indotta con il ricorso alle tecniche della fecondazione in vitro (3).

Tale delicato tema è ormai divenuto un fenomeno transnazionale, in sensibile aumento anche - ma non solo - a causa del mutamento sempre più repentino della realtà sociale, con il conseguente ampliamento del concetto di famiglia a cui siamo abituati.

Esso si è imposto per la prima volta prepotentemente all'attenzione dell'opinione pubblica e soprattutto dei giuristi, negli Stati Uniti, con il c.d. "Caso Baby M.": due coniugi (4), rivoltisi ad un centro di cura della sterilità e dell'infertilità, si accordarono con una donna disponibile a farsi fecondare con il seme del marito e a consegnare il bambino alla nascita, rinunciando ai propri diritti di madre; intervenuto il pentimento della donna, i coniugi si rivolsero al giudice chiedendo che la stessa venisse condannata a consegnare alla nascita la bambina concepita.

In un primo tempo, la Corte Superiore del New Jersey ritenne che le parti avessero concluso un vero e proprio accordo in piena autonomia, specificando chiaramente quale sarebbe stato il futuro della bambina una volta concepita e quindi stabili che la stessa venisse consegnata ai genitori committenti.

In un secondo momento, la Corte Suprema del New Jersey (5), ammise in via generale la legittimità dell'accordo di surrogazione, specificando tuttavia la sua liceità solo e soltanto qualora lo stesso fosse il frutto di un atto di liberalità della madre surrogata, senza il pagamento di alcun corrispettivo (e pertanto unicamente nel caso di gratuità dello stesso), con possibilità per quest'ultima di mutare le proprie intenzioni fino al momento subito antecedente al concepimento, ma non oltre.

A partire da quel momento, sempre più frequentemente i giudici si sono trovati a dover affrontare questioni eticamente sensibili, in stretto legame con leggi non sempre al passo con i tempi, nel campo bio - medico ove sempre "i risultati tecnici sono ancora oggi molto più avanti della teoria" (6).

"Se infatti - a fronte della rivoluzione sessuale degli anni '70 - si è affermato il diritto a una sessualità senza riproduzione e al di fuori del legame coniugale, che ha portato al diffondersi di tecniche contraccettive e alla disciplina sull'interruzione volontaria di gravidanza, l'evolversi delle tecnologie biomediche ha permesso di dissociare in senso opposto il binomio: è diventato possibile, in altre parole, parlare di riproduzione senza sessualità" (7).

Oggi, quindi, l'evento nascita può prescindere dalla fase dell'accoppiamento.

Questi continui avanzamenti nel campo della scienza medica e della biotecnologia riproduttiva hanno fortemente inciso sul concetto di famiglia a cui eravamo - e per certi aspetti ancora siamo - abituati, permettendo esperienze genitoriali completamente nuove rispetto al passato.

Si è reso necessario, alla luce di tali cambiamenti: (i) dare una veste giuridica ai rapporti familiari, alla luce anche della circostanza che da diverso tempo, ormai, le coppie pretendono di poter gestire in privato ed in autonomia la formazione e la cessazione dei propri rapporti; (ii) inserire, nei ragionamenti riguardanti i delicati temi della surrogazione e della fecondazione, il *best interest of the child*, come criterio nuovo, più flessibile ed adatto ad essere utilizzato come parametro per la lettura di tali sensibili argomenti.

Ciò, alla luce della circostanza che la totale atipicità dei risvolti etico - giuridici del fenomeno della surrogazione di maternità derivano dalla dimensione ormai mondiale che esso ha assunto, travalicando i confini dei singoli paesi e tendendo a superare le limitazioni imposte da normative che, come la nostra, ancora vietano in modo assoluto tale pratica, o la circondano di rigorose condizioni (8).

Il panorama internazionale ed europeo

In tema di maternità per surrogazione il panorama internazionale non potrebbe essere più vario, in quanto in alcuni Paesi la pratica è ammissibile e regolamentata, mentre in altri vietata in quanto illecita.

(3) M. Sesta, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 203: "Gli accordi di maternità surrogata sono finalizzati all'assunzione di un obbligo di portare a termine la gravidanza per conto di una coppia sterile; la madre surrogata può essere fecondata con il seme del marito oppure ricevere l'impianto di un embrione già concepito in vitro. Nel primo caso, si parla di maternità surrogata o di madre in affitto; nel secondo, di maternità portante o affitto di ventre".

(4) Nella fattispecie, la madre committente, a causa di una sclerosi multipla diagnosticata, pur potendo concepire, non

poteva portare a termine una gravidanza e quindi partorire se non con gravissime conseguenze per sé stessa e per il figlio.

(5) Corte Suprema del New Jersey, 3 febbraio 1988, in *Foro it.*, 1989, IV, 293.

(6) H. Atlan, *L'utero artificiale*, Milano, 2006, 28.

(7) M. Di Masi, *Maternità surrogata: dal contratto allo 'status'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 4, 616.

(8) A. Querci, *La maternità "per sostituzione" fra diritto interno e Carte internazionali*, in questa *Rivista*, 2015, 1144.

Ad esempio, nel mondo gli accordi di maternità surrogata sono permessi e regolati mediante un'apposita disciplina in Russia (9), India (10) e Gran Bretagna; in alcuni paesi degli Stati Uniti e dell'Australia sono state introdotte soltanto delle linee guida, mentre in Belgio, Finlandia e Grecia tali accordi sono ritenuti validi pur in assenza di una specifica normativa sul punto (11).

Per quanto concerne l'ambito comunitario, sono necessarie invece alcune precisazioni, perché pur tentando di incoraggiare la libera circolazione dei cittadini, l'Unione Europea è ancora lontana dall'agognato traguardo dell'armonizzazione delle regole del diritto di famiglia nei rispettivi ordinamenti giuridici.

Infatti, sebbene in virtù dell'art. 8 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 4 novembre 1950, ogni coppia abbia il diritto di procreare un bambino e di ricorrere ai metodi della riproduzione artificiale, gli Stati possono autonomamente disciplinare la procreazione assistita e vietare determinati metodi riproduttivi alle condizioni previste sempre dall'art. 8 Cedu, capoverso 2 (12).

In tema di maternità surrogata, in ogni caso, si registra un generale atteggiamento di avversione alla pratica, soprattutto qualora la stessa sia accompagnata da un accordo di carattere patrimoniale; ogni Stato ha, comunque, sul punto liberamente legiferato, dettando discipline in molti casi anche antitetiche: (i) in Austria e Germania vi è un esplicito divieto (13); (ii) in Norvegia non vi è

una disciplina specifica, ma il divieto si cela dietro la prevista illiceità della cessione di ovociti alla donna che presta il proprio utero (14); (iii) in Svizzera è espressamente vietata ogni tipologia di donazione di embrioni e di maternità sostitutiva, per tutelare la dignità della madre surrogata e del nascituro (15); (iv) la Francia, pur ammettendo la donazione di ovociti, esclude l'affitto dell'utero, prevedendo anche una sanzione penale a carico sia della madre surrogata, sia dei genitori commitenti (16); (v) in Spagna, infine, è l'art. 10.1 della L. n. 14 del 2 maggio 2006 sulle Tecniche di Riproduzione Umana Assistita che vieta la surrogazione di maternità, in particolare stabilendo che sarà nullo il contratto con il quale si convenga la gestazione, con o senza pagamento, a carico di una donna che rinuncia alla filiazione materna a beneficio del contraente o di un terzo (17); (vi) in Inghilterra, invece, a seguito del "Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology", il 16 luglio 1985 venne redatta la prima legge organica in materia di surrogazione (18), ove si riconosce l'utilità di tale strumento al fine di risolvere il problema della sterilità ed infertilità umana.

L'esperienza italiana

Nel nostro ordinamento la pratica in esame è espressamente vietata dall'art. 12, comma 6 (19), L. 19 febbraio 2004, n. 40, il quale, oltre a sancirne espressamente il divieto, prevede altresì una concreta sanzione penale per il caso di trasgressione (20).

(9) Legge Federale sui "Principi della tutela della salute dei cittadini della Federazione Russa", entrata in vigore il 1° gennaio 2012.

(10) In India, le prime linee guida in tema di surrogazione di maternità furono stabilite dal Ministero della Sanità e del *Family Welfare* nel 2002, successivamente aggiornate nel 2005.

(11) A. M. Fasano, *La maternità per sostituzione e i diritti dei figli intenzionali*, in Paolo Cendon (a cura di), *Persona e Danno*, 10 febbraio 2015, www.personaedanno.it.

(12) Art. 8 Cedu: "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

(13) L. n. 293/1992, art. 3, per quel che concerne l'Austria; L. 13 dicembre 1990, art. 1, comma 7, per la Germania.

(14) L. 12 luglio 1987, art. 11.

(15) Art. 119 capoverso 2, lett. d) della Costituzione Federale della Confederazione svizzera.

(16) L. 29 luglio 1984, n. 94-653, che ha introdotto nel codice civile l'art. 16/7 a norma del quale è nulla ogni convenzione concernente la procreazione o la gravidanza per conto altrui ed ha aggiunto all'art. 227 - 13 del codice penale un terzo comma che

stabilisce che è punito penalmente il fatto di esercitare un'intermediazione tra una persona o una coppia desiderosa di accogliere un figlio e una donna che accetta di portarlo nel proprio corpo per poi consegnarlo alla coppia.

(17) A. Batuecas Caletrio, *L'iscrizione nel registro civile spagnolo dei nati da maternità surrogata all'estero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 5, 1155. L'autore specifica inoltre che la norma in esame indica che il rapporto di filiazione dei figli nati da maternità surrogata sarà determinata dal parto, restando salva la possibile dichiarazione giudiziale di paternità da parte del padre biologico.

(18) Il *Surrogacy Arrangements Act*: esso consente la conclusione di accordi di maternità surrogata, a patto che siano a titolo gratuito e che le parti di tali accordi siano costituite dagli stessi genitori committenti e dalla volontaria; prevede altresì una responsabilità penale per qualsiasi forma di attività commerciale e intermediazione.

(19) L. n. 40/2004, art. 12, comma 6: "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da 3 mesi a 2 anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

(20) Ciò, alla luce delle valutazioni negative sul piano etico e giuridico più volte espresse dal Comitato Nazionale per la Bioetica e dal Consiglio Nazionale della Federazione dei "Ordine dei Medici" che all'art. 42 del codice deontologico vieta espressamente la maternità surrogata.

Tale norma (che non è stata investita dalla declaratoria di illegittimità costituzionale parziale dell'analogo divieto di fecondazione eterologa previsto dall'art. 4, comma 3 del medesimo testo normativo, pronunciata dalla Corte Costituzionale con sent. n. 162/2014 (21)), vieta il contratto di maternità surrogata in quanto apparentemente in contrasto con le norme imperative (22) e pertanto, in considerazione del principio sancito dall'art. 269, comma 3, c.c., secondo il quale la maternità è attribuita soltanto alla donna partoriente, gli accordi di surrogazione non possono che essere considerati improduttivi di effetti costitutivi nei riguardi dei genitori committenti.

Tale divieto, tuttavia, ha implicato ed implica tutt'oggi diversi rischi e incertezze: dal pericolo che i genitori committenti provino ad aggirare la rigorosa proibizione domestica attraverso il turismo procreativo, a quello di trovarli coinvolti in un procedimento penale e vederli privati della possibilità di esercitare la responsabilità genitoriale una volta rientrati in Italia, al rischio ancora più rilevante del bambino di confrontarsi con una dichiarazione di stato d'abbandono e vedersi disconosciuto non soltanto il legame parentale, bensì anche e soprattutto i diritti di cittadinanza.

La giurisprudenza italiana, comunque, si è trovata a dover affrontare e pronunciarsi sul tema già prima dell'introduzione della L. n. 40/2004: la prima decisione in merito è del Tribunale di Monza (23), il quale ha definito il contratto di maternità surrogata come il contratto con il quale una donna si obbliga, di regola verso una coppia sterile, con o senza corrispettivo, e con il consenso del proprio marito se coniugata, a farsi fecondare artificialmente dal componente maschio della coppia committente o da un terzo o anche, per via naturale dallo stesso suo marito ovvero a ricevere l'impianto di un embrione non suo e a condurre la gravidanza a termine.

A dire del collegio monzese, tale accordo incontra ostacoli normativi di ordine costituzionale e di ordine legislativo (24): (i) sotto il primo profilo, vengono

richiamati i principi della infungibilità dei doveri personali ed economici connessi alla potestà dei genitori di sangue e del diritto del minore a crescere nella famiglia formata da questi; (ii) sotto il secondo profilo, vengono richiamati gli artt. 232 e 269 c.c., i quali fanno unicamente leva sulla identità della donna partoriente al fine dell'attribuzione della qualifica di madre, sulla base di una presunzione di identità con quella biologica.

In un'altra occasione, la Corte d'Appello di Salerno (25), pur pronunciandosi solo incidentalmente circa la questione della legittimità degli accordi di maternità surrogata, ne ha sostenuto l'illiceità e la nullità (26).

Una successiva sentenza del Tribunale di Roma, pronunciata sempre antecedentemente all'introduzione della L. n. 40/2004 nel nostro sistema normativo (27), ha sancito invece alcuni principi assolutamente innovativi sul tema, con l'intento di attribuire tutela ai diversi interessi in gioco, primo fra tutti quello del nascituro.

In particolare, chiamato a pronunciarsi su un ricorso con cui si chiedeva l'adempimento di un contratto stipulato tra due coniugi ed un medico del settore, avente ad oggetto la fecondazione in vitro di un utero in affitto, il Tribunale di Roma rifletté innanzitutto sull'evidente difficoltà del compito attribuito al giudicante, quando lo stesso si trova a decidere del più intimo e privato spazio individuale, quello familiare.

Il giudice riconobbe in primo luogo il fondamentale diritto a diventare genitore, il quale trova espressione tanto nell'adozione quanto anche nella trasmissione del proprio patrimonio genetico; nell'analizzare il concetto di maternità, il giudice romano fece leva sulla necessità di dimenticare l'ormai antico assunto che vede la madre unicamente quale gestante e partoriente, riconoscendo ad ogni donna anche il diritto di essere madre in assenza di gravidanza.

Pertanto, a dire del Tribunale di Roma, è lecito il contratto di maternità surrogata a titolo gratuito,

(21) Corte cost. n. 162/2014, in www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do.

(22) Ciò, alla luce di quanto disposto dall'art. 1343 c.c. secondo cui la causa del contratto è illecita quando è contraria a norme imperative, con la conseguenza che tutto il contratto diverrebbe illecito e sanzionato dall'ordinamento con la nullità ex art. 1418, comma 1, c.c.

(23) Trib. Monza 27 ottobre 1989, in *Dir. fam. e pers.*, 1991, 191.

(24) M. C. De Tommasi, *Le conoscibilità dei c.d. "parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*, in questa *Rivista*, 2010, 3, 265 ss.

(25) App. Salerno 25 febbraio 1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 177.

(26) Nel caso *de quo*, una coppia si rivolgeva ad un'associazione di Marsiglia al fine di accedere alle pratiche di surrogazione: la madre surrogata venne fecondata con il seme del padre committente e la madre committente, successivamente alla nascita, avanzava richiesta di adozione "particolare", ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. b), L. n. 184/1983; il Tribunale per i minorenni di Salerno, pronunciò conseguentemente il decreto di adozione e il Procuratore della Repubblica lo impugnò mediante reclamo.

(27) Trib. Roma 17 febbraio 2000, ord., in questa *Rivista*, 2000, 2, 151 ss.

data la meritevolezza degli interessi in gioco (28), senza che gli stessi possano essere considerati in contrasto né con la disciplina relativa agli status familiari né con il divieto di atti di disposizione del proprio corpo, né tantomeno con il principio dell'ordine pubblico e del buon costume (29).

Sempre antecedentemente alla entrata in vigore della L. n. 40/2004, anche in dottrina vi era un acceso dibattito sul tema ed in particolare in merito alla figura della madre portatrice ed alla attribuzione alla stessa della qualifica di madre in senso legale del nascituro: "c'è un vezzo, una piccola moda nelle discussioni sulla surrogazione" (30).

Alla luce dei quesiti sempre più frequenti che venivano agli organi giudiziari avanzati in tema di surrogazione, sorse pertanto il dibattito sulla possibilità di individuare nella dignità della donna il bene giuridico tutelato dal divieto di maternità surrogata: "etichetta di sintesi e caposaldo degli stessi diritti fondamentali" (31), quello di dignità è un concetto che ha fatto e fa tutt'oggi da punto di partenza e di riferimento per svariati testi internazionali (32).

Ma se tale assunto può essere posto a spiegazione del divieto di maternità surrogata c.d. commerciale (ossia dietro pagamento di un corrispettivo), quale motivazione può celarsi dietro al divieto anche della surrogazione a titolo gratuito e per spirito di liberalità? Tale scelta del legislatore ha suscitato infatti non poche critiche, anche se forte era il sospetto che si fosse scelto un divieto assoluto perché troppo spesso il confine tra rimborso spese e compenso riconoscibile alla "madre in affitto" è fin troppo labile e passibile di raggiri.

Anche tale principio, pertanto, non risultava per nulla sufficiente e si dovettero ricercare diverse spiegazioni.

Con l'approvazione della L. n. 40/2004, che introduceva quanto meno un divieto generale di accesso alla

pratica qui esaminata, inizialmente si assistette ad un drastico calo delle controversie e dei casi sottoposti alle autorità giudiziarie, che riguardavano soprattutto interventi di surrogazione praticati precedentemente alla sua entrata in vigore.

Ad esempio, molto discussa fu l'importantissima decisione della Corte d'Appello di Bari del febbraio 2009 (33), chiamata a pronunciarsi sulla domanda di trascrizione nei registri dello Stato civile italiano dei c.d. *parental order* emessi dall'Autorità giudiziaria britannica nel 1998 e nel 2001, con i quali veniva attribuita alla committente la maternità di due figli, nati con le tecniche della surrogazione: i genitori non avevano mai provveduto al riconoscimento in Italia delle due decisioni inglesi e nel frattempo interveniva la loro separazione.

Il Comune italiano a cui venne successivamente richiesta la trascrizione dei provvedimenti, li ritenne non idonei a tal fine in quanto nell'ordinamento giuridico italiano non era prevista l'attribuzione della maternità a seguito di accordi di surrogazione. La Corte d'Appello di Bari, invece, accertò la sussistenza dei requisiti di legge per il riconoscimento e ne dichiarò l'efficacia ai fini della trascrizione, riconoscendo la c.d. maternità sociale alla madre committente, sulla base della considerazione che ormai tra la stessa e i bambini si era instaurato un legame protratto per oltre dieci anni, legame questo che non poteva essere considerato contrario all'ordine pubblico internazionale, trattandosi di un aspetto necessario della crescita e della personalità dei bambini.

Tale pronuncia, in ogni caso, non può considerarsi risolutiva di tutti gli aspetti problematici sollevati dal tema in esame, in quanto il contratto di maternità dalla stessa esaminato era stato concluso precedentemente all'entrata in vigore della L. n. 40/2004, che espressamente continua a vietare tali fattispecie nonostante il venir meno del divieto di fecondazione di tipo eterologo.

(28) Stabilisce il Tribunale di Roma: "posto che: a) il negozio atipico di maternità surrogata a titolo gratuito, in quanto diretto a realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (l'aspirazione della coppia infecunda alla realizzazione come genitori) e non in contrasto con la disciplina relativa agli status familiari, né col divieto di atti di disposizione del proprio corpo, è pienamente lecito; b) il ritardo nell'effettuazione dell'impianto degli embrioni crioconservati comporterebbe un aggravamento della loro condizione di vitalità, mettendone a rischio l'attività di proliferazione cellulare, deve ritenersi esigibile, e va autorizzata, in via d'urgenza, la prestazione dovuta al sanitario che sia contrattualmente obbligato, nei confronti di una coppia di coniugi, ad impiantare nell'utero di altra consenziente gli embrioni crioconservati, ottenuti mediante fecondazione *in vitro* omologa".

(29) Sotto questo profilo, il Tribunale romano afferma che è il Legislatore stesso ad aver lasciato indefiniti tali concetti, in modo

che gli stessi potessero essere adeguati all'evoluzione storica e sociale in tema di diritto di famiglia.

(30) P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 2, 193.

(31) M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. Medicina legale e del Diritto in campo sanitario*, 2015, 3, 919-940.

(32) Tra i tanti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ed il Trattato sull'UE pongono la dignità tra i propri valori fondanti.

(33) Appello Bari 13 febbraio 2009, in questa *Rivista*, 2010, 251, con nota di M. C. De Tommasi, *Riconoscibilità dei c.d. "Parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*: la vicenda va ricondotta al 2997 e riguarda una coppia di coniugi, la moglie italiana e il marito inglese, che fanno ricorso alla surrogazione di maternità in Inghilterra.

Pertanto, risulta ancora assolutamente necessario l'intervento del legislatore, al fine di introdurre una disciplina simile a quella già prevista dall'art. 9 della L. n. 40/2004 (34) per il riconoscimento dei rapporti di filiazione derivanti da fecondazione eterologa avvenuta all'estero, in presenza di requisiti minimi, pur sussistendo ancora all'epoca un divieto di tali interventi in Italia.

In ogni caso, con la proclamazione di un vero e proprio divieto e l'istituzione del deterrente penale volto a punire i trasgressori, a partire dal 2004 si accentuò quello che viene definito un vero e proprio *cross borders - phenomenon* o fenomeno del "turismo procreativo", ossia la fuga all'estero di coppie sempre più numerose, per soddisfare il proprio desiderio di genitorialità in Paesi che permettono le tecniche di surrogazione.

Uno studio pubblicato su "*Human Reproduction*" (35) dell'Osservatorio sul Turismo Procreativo (36), analizzava la portata del turismo procreativo europeo grazie alla raccolta di dati proveniente da 46 centri di procreazione medicalmente assistita situati in Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Slovenia, Spagna e Svizzera.

I ricercatori hanno in particolare registrato il numero, la tipologia, la provenienza delle richieste che ogni centro gestiva nell'arco temporale di un mese e sulla base dei questionari raccolti hanno stimato che un numero compreso tra gli 11.000 e i 14.000 pazienti attraversa ogni anno i confini del proprio Paese per recarsi all'estero alla ricerca di una cura per il problema dell'infertilità e della sterilità; i pazienti coinvolti nel monitoraggio sono risultati di 49 nazionalità differenti, ma il gruppo più numeroso è costituito dagli italiani, che da soli rappresentano il 31,8% del campione.

Secondo queste stime, quindi, ogni anno ci sono tra i 3.500 e i 4.500 italiani che decidono di affrontare un viaggio alla ricerca di un figlio; tale dato non può che essere interpretato nel senso che molto

probabilmente oggi, come in passato, la domanda di cura della sterilità e dell'infertilità, in Italia non sta affatto ricevendo una risposta adeguata.

Viene infatti da chiedersi "che valenza attribuire ad una norma ripetutamente violata nel convincimento personale del soggetto agente - convincimento condiviso da una certa rappresentanza sociale - che il divieto da esso imposto sia ingiusto" (37).

Surrogazione di maternità all'estero: effetti nell'ordinamento giuridico italiano. Le sentenze della Cedu

Ciò che la L. n. 40/2004 non disciplina, è la liceità o meno della surrogazione di maternità avvenuta all'estero da cittadini italiani, limitandosi la norma soltanto a stabilire, come visto, che "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro", senza nulla legiferare in ordine alla trascrivibilità di atti stranieri volti a riconoscere la liceità di fattispecie riconducibili alla surrogazione di maternità.

Tale tema, che solleva vari e complessi problemi di diritto internazionale privato, da ormai diverso tempo infiamma la dottrina e la giurisprudenza, italiana e europea, coinvolgendo i diversi concetti di genitorialità biologica, genitorialità genetica, genitorialità sociale e creando incertezza circa il riconoscimento dello *status* giuridico e della cittadinanza del figlio nato all'estero a mezzo di surrogazione di maternità.

Nel 1989 il Comitato di esperti sui progressi delle scienze biomediche istituito a livello europeo, aveva presentato un "Rapporto sulla procreazione medicalmente assistita", nel quale si riconosceva in capo agli Stati membri la facoltà di consentire la surrogazione di maternità a titolo gratuito, con la facoltà però della madre surrogata di tenere il bambino.

(34) Art. 9, L. n. 40/2004: "1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile d atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235 primo comma numeri 1) e 2) del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. 2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, comma 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica

parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi".

(35) F. Shenfield - J. De Mouzon - G. Pennings - A.P. Ferraretti - A. N. Andersen - G. De Wert - V. Goossens, *Cross border reproductive care in six European countries*, *Human Reproduction*, 2010, 25, 1361 - 1368.

(36) L'Osservatorio sul Turismo Procreativo nasce nella primavera del 2005, dopo l'entrata in vigore della L. 19 aprile 2004, n. 40, per monitorare l'esodo delle coppie infertili che cercano un figlio all'estero: nel corso degli anni, l'Osservatorio ha condotto tre ricerche sulla fecondazione eterologa ed una ricerca sulla procreazione medicalmente assistita nei paesi arabi; in www.osservatorioturismoprocreativo.it.

(37) C. Irti, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 3, 483.

Tuttavia, come già ampiamente rilevato, la maggior parte degli Stati europei attualmente non ammette la pratica ed è molto probabilmente tale atteggiamento di chiusura ad aver favorito il descritto fenomeno del turismo procreativo e la proliferazione di accordi transnazionali sul tema (38).

Proprio alla luce di questi accordi in diversi Paesi dell'Unione, ivi compresi quelli che non ammettono la pratica di surrogazione nel proprio ordinamento giuridico, è stata riconosciuta la possibilità, per la coppia committente, di ottenere il riconoscimento del legame di filiazione con il figlio nato all'estero mediante surrogazione di maternità, attraverso un procedimento di *exequatur* del provvedimento emanato nello Stato straniero o la semplice trascrizione dell'atto di nascita ivi redatto (39).

Per quel che concerne l'Italia, gli accordi di surrogazione e le successive richieste di trascrizione degli atti di nascita hanno dato origine a procedimenti penali portando, contraddittoriamente, in alcuni casi alla condanna per alterazione di stato (e alla conseguente cancellazione del nome della madre committente dell'atto di nascita) (40) ed in altri, alla opposta decisione di procedere alla annotazione nei registri dello Stato civile di *parental order* che ordinavano di sostituire, nell'atto di nascita, il nome della committente italiana a quello della partoriente (41).

Le risposte della giurisprudenza sono state quindi negli ultimi dieci anni a dir poco confuse e contraddittorie, sia per quanto concerne le fattispecie contestate, sia con riferimento alle persone direttamente od indirettamente coinvolte nella successiva reazione punitiva.

Diverse sono state anche le problematiche analizzate dai vari organi giudiziari via via aditi: la validità o meno degli accordi stipulati fra madre surrogata e

genitori committenti; l'alterazione di stato mediante falsità *ex art. 567*, comma 2, c.p.; il reato previsto dall'art. 71, L. n. 184/1983 (42), che incrimina le condotte di affidamento definitivo di un minore a terzi in violazione delle norme di legge in materia di adozione; il limite dell'ordine pubblico; il criterio del superiore interesse del minore.

La sempre maggiore attualità del problema dei contratti di maternità surrogata con implicazioni transfrontaliere emerge da due importanti pronunce della Corte di Strasburgo (43) (caso *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia*): due famiglie francesi, a causa della sterilità che affliggeva entrambe le mogli, decidevano di sottoporsi al trattamento di maternità surrogata negli Stati Uniti, utilizzando lo sperma dei mariti. A seguito dell'impianto e della nascita dei figli, le sentenze emesse dalla California stabilirono il legame di genitorialità fra i genitori committenti e i bambini.

Tornati in Francia, la prima coppia si vide riconosciuto subito l'inserimento dei certificati nei registri dello stato civile, ma il pubblico ministero ne ottenne successivamente l'annullamento; alla seconda coppia, invece (e contraddittoriamente), la registrazione fu negata sin dall'inizio.

Entrambe le coppie ricorsero alla Cedu, nell'ottobre 2011, invocando la violazione dell'art. 8 della Cedu e facendo valere in particolare il superiore interesse del minore alla continuità del proprio *status*, nonché la violazione del diritto al rispetto della vita familiare. La Corte di Strasburgo affermò in particolare che vi era stata violazione del diritto al rispetto della vita privata dei figli (in ottemperanza appunto, dell'art. 8 Cedu) da parte delle autorità francesi, nell'impedire a tali soggetti di vedere riconosciuto il loro diritto all'identità personale e nel non consentire che il

(38) Come testimoniano i lavori in corso presso la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, che nel 2011 ha lanciato il "*Parentage/Surrogacy Project*" dedicato agli aspetti prettamente internazionalprivatistici e pubblicato sul sito internet www.hcch.net.

(39) C. Campiglio, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, nota di commento a Cedu 26 giugno 2014, ric. 65192/2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1133.

(40) Come ad esempio avvenuto nel caso deciso dal Tribunale di Brescia, con sentenza del 26 novembre 2013.

(41) Si tratta del caso *ut supra* analizzato e deciso dalla Corte d'Appello di Bari, con sentenza del 13 febbraio 2009.

(42) Art. 71, L. n. 184/1983: "Chiunque, in violazione delle norme di legge in materia di adozione, affida a terzi con carattere definitivo un minore, ovvero lo avvia all'estero perché sia definitivamente affidato, è punito con la reclusione da uno a tre anni. Se il fatto è commesso dal tutore ovvero da altra persona cui il minore è affidato per ragioni di educazione, di istruzione, di vigilanza e di custodia, la pena è aumentata della metà. Se il fatto è commesso

dal genitore la condanna comporta la perdita della relativa responsabilità genitoriale e l'apertura della procedura di adottabilità; se è commesso dal tutore consegue la rimozione dall'ufficio; se è commesso dalla persona cui il minore è affidato consegue la inidoneità ad ottenere affidamenti familiari o adottivi e l'incapacità all'ufficio tutelare. Se il fatto è commesso da pubblici ufficiali, da incaricati di un pubblico servizio, da esercenti la professione sanitaria o forense, da appartenenti ad istituti di assistenza pubblici o privati nei casi di cui all'articolo 61, numeri 9 e 11, del codice penale, la pena è raddoppiata. La pena stabilita nel primo comma del presente articolo si applica anche a coloro che, consegnando o promettendo denaro od altra utilità a terzi, accolgono minori in illecito affidamento con carattere di definitività. La condanna comporta la inidoneità ad ottenere affidamenti familiari o adottivi e l'incapacità all'ufficio tutelare. Chiunque svolga opera di mediazione al fine di realizzare l'affidamento di cui al primo comma è punito con la reclusione fino ad un anno o con multa da lire 500.000 a lire 5.000.000".

(43) Cedu, Sez. 5, 26 giugno 2014, n. 65941/2011 e n. 65942/2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1, 1122 - 1132.

legame di filiazione venisse accertato concretamente.

Non riconobbe invece la violazione del diritto al rispetto della vita familiare, dal momento che in concreto il suo godimento non risultava affatto impedito (di fatto, gli era stato consentito di vivere in Francia insieme ai propri figli come una famiglia) ed in ogni caso i genitori committenti francesi non potevano dirsi all'oscuro del divieto, nel loro ordinamento di origine, del riconoscimento della filiazione così ottenuta.

La Corte Europea appare cioè orientata a tutelare il diritto del minore nato da maternità surrogata a vedere riconosciuto il proprio legame di filiazione, utilizzando come parametro l'art. 8 Cedu, il quale tuttavia troverebbe applicazione unicamente con riguardo alla protezione dell'identità personale ma non per la tutela della vita familiare (44). Ecco quindi che si impone preponderante ed in modo evidente un nuovo parametro di lettura: il c.d. *best interest of the child*, che ha orientato la lettura dell'art. 8 Cedu da parte della Corte, con la conseguente proclamazione della necessità di rispettare il diritto all'identità personale dei minori nati da maternità surrogata, nell'interpretazione delle problematiche transnazionali e non - ad essa connesse.

(segue) Caso Paradiso e Campanelli c. Italia. Le conseguenze delle pronunce europee nel nostro ordinamento

La Corte Europea è intervenuta in tempi recentissimi anche su un ricorso presentato nei confronti del nostro Paese: si tratta del noto caso Paradiso e Campanelli c. Italia (45).

I ricorrenti, dopo aver tentato invano di ottenere una gravidanza mediante la fecondazione *in vitro*, decidevano di siglare un contratto di maternità surrogata in Russia, ove tale pratica era consentita; nato il bambino all'inizio del 2011, i coniugi, tornati in Italia si videro negare la registrazione dell'atto di nascita presso il Comune di residenza perché il Consolato italiano a Mosca aveva informato sia il Tribunale per i minorenni competente che il Ministero degli Affari Esteri, oltre al Comune stesso, che il documento attestante la nascita del bambino non menzionava il fatto che egli fosse nato mediante surrogazione di

maternità; di conseguenza, veniva formalizzata nei loro confronti un'accusa penale per false dichiarazioni nello stato civile.

Confermato anche dalla Corte d'Appello competente, il rifiuto di registrazione del certificato di nascita russo - sulla base appunto della considerazione che la registrazione, per la legge italiana, sarebbe contraria all'ordine pubblico, contenendo il certificato informazioni non corrispondenti a verità, ossia non essendovi alcuna relazione biologica tra il bambino e i ricorrenti - i genitori committenti decisero di ricorrere alla Corte di Strasburgo.

In tale sentenza "non è centrale l'aspetto della trascrivibilità degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata" (46), rilevando più in particolare, come nelle sentenze riguardanti i casi francesi, gli aspetti dell'interesse del minore e della tutela dell'identità personale dello stesso.

La Corte, nel valutare l'allontanamento del minore dai genitori, disposto dai giudici italiani, ravvisò una violazione dell'art. 8 Cedu sotto il profilo della rilevanza dei legami familiari; in particolare individuò il diritto del minore al riconoscimento della propria identità, che a parere della Corte di Strasburgo nel caso di specie era stato compromesso, con conseguenze rilevanti sia per quanto concerne la cittadinanza che per il diritto al nome, aspetti questi di fondamentale importanza per la formazione dell'identità di un individuo.

Inoltre, la Corte censura la decisione del Tribunale italiano, a suo tempo adito, di allontanare il minore dai genitori committenti sulla scorta di una pretesa loro inidoneità a tale compito, valutata sulla base del fatto che, recandosi all'estero per stipulare un accordo di maternità surrogata vietato in Italia, avevano volontariamente deciso di aggirare la disciplina italiana, sul punto particolarmente restrittiva.

La Cedu a tal proposito ricorda che la misura dell'allontanamento del minore (e la conseguente dichiarazione dello stato di adottabilità del minore nato mediante utilizzo della tecnica di maternità surrogata), deve essere disposta solo e soltanto con carattere di residualità nei casi in cui si ravvisi un pericolo grave ed imminente per il minore e pertanto, la sua disposizione nel caso "Paradiso e Campanelli c. Italia" è da considerarsi contraria all'art. 8 Cedu, per i

(44) Anche se, di fatto, le minori coinvolte nei casi citati vedono leso il proprio diritto ad una vita familiare, dalla mancata registrazione degli atti di nascita nei registri sullo stato civile. Sul punto, la Corte ritiene tali limiti rientranti nel margine di apprezzamento lasciato agli Stati nei casi in cui in questi ultimi non vi sia uniforme disciplina del tema della maternità surrogata.

(45) Cedu, Sez. II, 27 gennaio 2015, n. 25358/2012, consultabile su www.altalex.com.

(46) S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2015, 9, 208.

pregiudizi arrecati all'identità personale del minore (47).

Pertanto, la scelta operata dal Tribunale di allontanare il minore, seppur adottata nell'ottica di sanzionare il comportamento dei genitori che agivano palesemente in violazione delle norme nazionali, è risultata assolutamente sproporzionata rispetto all'obiettivo e potenzialmente generatrice di conseguenze negative per il minore stesso.

Tale pronuncia si colloca nell'evidente percorso giurisprudenziale che tende a considerare la creazione di qualsiasi tipo di legame familiare sempre e soltanto coerentemente al principio del "superiore interesse del minore", il quale si è ormai imposto sul diverso e vetusto criterio della contrarietà all'ordine pubblico.

Solo e soltanto i figli, a parere della Corte, subiscono una lesione significativa del rispetto della propria vita familiare: "in tal senso deve leggersi il comma II, dell'art. 8 Cedu: cioè un'ingerenza statale è consentita *solo e limitatamente* quando è la stessa legge a prevederla, e quando si mostra necessaria 'per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute e della morale, o per la protezione di diritti e delle libertà altrui'" (48).

Il best interest of the child

Alla luce delle pronunce sopra esaminate, il supremo interesse del fanciullo sembra costituire, allo stato attuale, un limite ormai invalicabile da parte dello Stato, al quale - nella valutazione di ordine pubblico rispetto a questioni che coinvolgono i minori - residua un margine di apprezzamento davvero molto ridotto. Infatti, anche in presenza di accordi di maternità surrogata invalidi, la tutela del minore impone comunque agli organi pubblici di allocare la responsabilità genitoriale ai soggetti che - a prescindere dal contributo biologico che hanno apportato alla nascita del bambino - hanno in ogni caso e nel concreto acconsentito al ricorso ad una tecnica di

PMA vietata (quale è la surrogazione, appunto, in Francia e in Italia).

Verrebbe quindi da chiedersi quale sia la conseguenza di tale orientamento: si è osservato, in proposito, che "la Corte di Strasburgo è giunta a tutelare il limite costituito dal *best interest of the child* per mezzo dell'art. 8 Cedu. Tale norma pare confermarsi la leva per tutelare la *privacy* individuale nelle sue molteplici sfaccettature, tanto che ogni intervento della Corte EDU su una presunta violazione dell'art. 8 della Convenzione è un'occasione per ricordare che la nozione di vita privata è una nozione ampia" (49), non suscettibile di esaustiva definizione.

In tema di filiazione, in passato, si è affermato che è la nascita a far sorgere il legame tra genitore e figlio ed è tale legame che deve essere protetto ai sensi dell'art. 8 Cedu.

Nell'individuazione degli obblighi positivi posti a carico degli Stati al fine di assicurare il rispetto di tale diritto alla vita familiare, è apparso quindi di fondamentale rilievo trovare un equilibrio tra il diritto dei singoli da un lato e l'interesse della collettività dall'altro; bilanciamento questo, che tuttavia deve essere il più flessibile possibile e suscettibile di adattamento al caso di specie.

L'analisi dell'orientamento della Cedu in merito alla riconoscibilità degli *status* come complemento del rispetto della vita familiare ci ha infatti offerto, come visto, una duplice lettura della trascrivibilità degli atti di nascita derivanti da surrogazione: (i) da un lato, vi era il principio dell'ordine pubblico, il quale tuttavia non è più sembrato, alla luce della giurisprudenza europea, sufficientemente flessibile ed adattabile agli interessi in gioco; (ii) dall'altro lato vi era, ed è, la necessità di operare un corretto bilanciamento delle posizioni coinvolte, alla luce soprattutto della rilevanza dell'interesse del minore.

La nostra legge di riforma del diritto internazionale privato ha previsto, sin dalla sua originaria formulazione, un generale *favor filiationis* che si rinviene, oltre che nelle disposizioni di cui agli artt. 33 - 37 L. n. 218/1995 (50), soprattutto nella norma di cui all'art. 13

(47) Nel caso di specie, in particolare, il 5 maggio 2011 si aprì una procedura di adottabilità del minore dinanzi al Tribunale per i minorenni di Campobasso e nell'ambito dello stesso venne nominato un curatore speciale del minore, ex art. 8, L. n. 184/1983; quest'ultimo chiese di sospendere l'autorità genitoriale dei Campanelli, in un procedimento ex art. 10, L. n. 184/1983, nell'ambito del quale si accertò l'inesistenza di legami biologici tra i genitori ed il minore e pertanto, il 20 ottobre 2011 venne deciso di allontanare il minore dagli aspiranti genitori e di collocarlo presso una famiglia affidataria. Su richiesta del tutore, il Tribunale attribuì al minore un'identità convenzionale per consentirgli l'iscrizione a scuola e l'utilizzo dei servizi sanitari. La Corte d'Appello di Campobasso

accolse infine la domanda del PM di formare un nuovo atto di nascita nel quale il minore fosse indicato come figlio di ignoti e gli fosse attribuito un nuovo nome.

(48) A. Vesto, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in questa *Rivista*, 2015, 3, 311-312.

(49) M. Di Masi, *Maternità surrogata: dal contratto allo "status"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 4, 639.

(50) In particolare, l'art. 33, comma 1, L. n. 218/1995 stabilisce: "Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita".

ove si prevede che, in tema di rinvio, questo operi solo ove sia in grado di condurre all'applicazione di una legge che consenta lo stabilimento della filiazione (51).

Alla luce delle pronunce di cui si è detto, tuttavia, è risultato evidente come anche le attuali norme di diritto internazionale privato (oltre a quelle più specifiche in tema di procreazione medicalmente assistita in particolare e di diritto di famiglia in generale), non sempre riescano a risolvere adeguatamente e puntualmente i problemi transnazionali relativi al riconoscimento dello *status* di figlio acquisito all'estero.

Il diritto dell'Unione europea, infatti, si occupa di certi aspetti della filiazione, quali appunto la surrogazione di maternità e la procreazione medicalmente assistita, soltanto in via indiretta ed è quindi ancora necessario un accordo fra gli Stati membri sull'armonizzazione del diritto internazionale privato con riguardo al riconoscimento dello *status* di figlio acquisito all'estero, in quanto, altrimenti, non sembra ipotizzabile un'immediata soluzione del problema analizzato (52).

È necessario, in conclusione, un puntuale intervento del nostro legislatore, il quale è il solo ed unico che abbia il potere di evitare che il margine di discrezionalità lasciato ormai da troppo tempo ai giudici a causa del vuoto legislativo sul punto (53), possa estendersi oltre i confini della ragionevolezza, bilanciando l'interesse dei genitori alla filiazione e quello del figlio di vedersi riconosciuto un legame familiare, il quale, come visto, può ormai assolutamente prescindere da un legame biologico.

(segue) La legge sulle unioni civili. Conclusione

Nonostante i tempi fossero ormai maturi per una disciplina concreta sul punto, quando il legislatore di recente si è trovato a dover legiferare sul diverso - ma pur sempre connesso - tema delle unioni civili tra persone dello stesso sesso (54), la tematica della filiazione (e, di riflesso, dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita e di surrogazione di maternità per le coppie non sposate e soprattutto, per quelle dello stesso sesso), compresa nel dibattito pre - approvazione e nel testo originario del disegno di legge, è rimasta totalmente esclusa in seguito al maxi emendamento.

Ciò, perché invece di concentrarsi sulla possibilità di dare accesso, alle coppie omosessuali, alle tecniche riproduttive suscettibili di decretare la nascita di un comune rapporto giuridico di filiazione (55), si è preferito concentrarsi sulla possibilità, per la coppia sempre *same sex*, "di adottare il figlio del *partner*, da quest'ultimo/a generato, nella maggior parte dei casi, in virtù di procreazione artificiale di tipo eterologo effettuata nell'ambito di ordinamenti che ne ammettono l'accesso al *single*" (56), per poi, alla resa dei conti, eliminare anche tale discorso dal testo della legge.

Quali conseguenze poteva avere, l'introduzione nel nostro sistema normativo, dell'istituto della *stepchild adoption*? Avrebbe forse aperto la strada della procreazione assistita alle coppie omosessuali? Tale apertura avrebbe inciso in qualche modo sulla disciplina della surrogazione di maternità nell'ordinamento italiano, alla luce della giurisprudenza della Corte

(51) Vi sono autori che hanno sottolineato, nel commentare tale norma, come il Legislatore abbia voluto svincolare il rapporto di filiazione dallo *status* di membro di una famiglia fondata sul matrimonio. Si vedano sul punto: Campiglio, *Artt. 33 - 37 (filiazione)*, in *Commentario alla riforma del sistema di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, 454 e Carella, *Commento agli artt. 33 - 36 della legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1996, 1185.

(52) E. Bergamini, *Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte*, cit., in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2015, 2, 346.

(53) In tempi recentissimi, si veda sul punto la decisione della Cass. pen., Sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525. Con tale pronuncia, la Suprema Corte ha stabilito come non commetta illecito penale la coppia che si rechi all'estero per ottenere un figlio mediante la tecnica di surrogazione di maternità, se nel Paese prescelto la pratica sia legale, affermando di conseguenza anche la correttezza della trascrizione in Italia dell'atto di nascita ufficializzato nel Paese estero, nel quale si attesta che i due italiani sono genitori del bambino. Il caso di specie, in particolare, vedeva due cittadini italiani divenire genitori di un bambino nato in Ucraina a seguito di affitto di un utero, come attestato dalla madre naturale cittadina

ucraina, la quale aveva anche acconsentito che i due imputati fossero registrati come genitori. Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli presentò ricorso per Cassazione lamentando la violazione dell'art. 12, comma 6, L. n. 40/2004, sulla considerazione che gli imputati avevano consapevolmente taciuto al funzionario consolare dell'Ambasciata italiana di Kiev di avere fatto ricorso alla tecnica di procreazione della maternità surrogata; la Corte, tuttavia, ha ritenuto insussistente il reato contestato, in quanto la coppia non aveva alcuna volontà di commettere l'illecito, avendo compiuto detta attività in un Paese dove tale pratica era perfettamente lecita. Consultabile su www.foroitaliano.it.

(54) Ci si riferisce alla L. 20 maggio 2016, n. 76, recante la "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", consultabile su www.normattiva.it.

(55) R. Campione, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in Blasi - Campione - Figone - Mecenate - Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, 24.

(56) R. Campione, *ibidem*, 24.

Europea *ut supra* esaminata? Questi sono alcuni dei quesiti che la dottrina ha dovuto affrontare ed a cui ha tentato di dare risposta, in sede di approvazione della L. n. 76/2016.

Partendo dal dato normativo, il disegno di legge originariamente prevedeva la possibilità di adozione in casi particolari del figlio del *partner*, analogamente a quanto previsto per il figlio del coniuge (57): come già accennato, tuttavia, tale disposizione non è poi stata inclusa nel testo definitivo successivamente approvato, limitandosi quest'ultimo sul punto soltanto a prevedere che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti" (58).

Viene lasciato quindi ancora una volta ai giudici l'ingrato compito di garantire il diritto dei minori ad un ambiente familiare stabile; "ma la giurisprudenza solo in modo imperfetto può attuare quel diritto alla 'propria famiglia' che la L. n. 184/1983, nel suo primo articolo garantisce ad ogni bambino, dove la 'propria' famiglia non è quella ipotizzata in modo generale ed astratto dal legislatore, ma quella reale che la vita ha dato a ciascuno di loro" (59).

Solo focalizzando la propria attenzione su ciascun minore, sulla specifica situazione in cui egli viene a trovarsi, sui suoi bisogni, i giudici possono trovare la risposta ai casi concreti sottoposti al loro vaglio (60), andando ad intervenire, con le proprie decisioni, più o meno indirettamente, sugli attuali temi 'caldi' che in qualche modo il legislatore ha finora evitato di disciplinare puntualmente.

In alcuni casi, infatti, in applicazione dell'art. 44, lett. d), L. n. 184/1983 (61), è stata accolta la domanda di adozione in casi particolari da parte della compagna

della madre biologica che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero (62).

Altre volte, invece, è stato necessario stabilire come comportarsi qualora i *partners* avessero fatto uso della tecnica della surrogazione di maternità all'estero, in aperta violazione del divieto previsto dall'art. 12, comma 6 della L. n. 40/2004: valutando singolarmente ogni situazione sottoposta al vaglio dei giudici, i diversi tribunali sono giunti anche qui a soluzioni diverse e variabili (63).

Ma ciò che alla resa dei conti risulta evidente - sia dal punto di vista prettamente normativo, che alla luce della giurisprudenza della Corte Europea in tema di preminente interesse del minore - è che oggi come in passato i diritti dei minori non stanno ricevendo la giusta attenzione e la tutela adeguata alla loro rilevanza costituzionale.

Le decisioni via via prese dai giudici non offrono una protezione adeguata (64), né tantomeno lo fa il dibattito parlamentare, il quale si è ormai da tempo fossilizzato sullo stigmatizzare e punire la condotta dei genitori, ritenendo di preminente importanza rafforzare la sanzione penale per il ricorso alla maternità surrogata all'estero.

Seguendo questa impostazione, il diritto dei figli allo *status* ed alla relazione con i propri genitori risulta condizionato dalla supposta esigenza di sanzionare le condotte dei genitori; tale ragionamento, tuttavia, alla luce dell'evoluzione del sistema del diritto di famiglia avvenuta negli ultimi anni, non è più attuale né tantomeno concretamente sostenibile e percorribile, in quanto anche in ipotesi di comportamenti dei genitori penalmente sanzionabili, è ormai escluso

(57) L'originario testo dell'art. 44, L. n. 184/1983 prevedeva, alla lettera b), l'ipotesi di adozione da parte del coniuge del genitore. Tale norma, con secondo il disegno di legge sulle unioni civili, successivamente emendato, doveva prevedere una modifica dell'art. 44 stesso, prevedendo la possibilità di adozione dall'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

(58) Art. 1, comma 20, L. n. 76/2016: "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti".

(59) G. Ferrando, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, 7, 1776.

(60) G. Ferrando, *ibidem*, 1777.

(61) L. n. 184/1983, art. 44, lett. d): "I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7: [...] d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo".

(62) Ci riferisce alla decisione del Tribunale per i minorenni di Roma 22 ottobre 2015, in www.articolo29.it; si veda anche Trib. min. Roma 23 dicembre 2015, sempre in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 7-8, 969 ss., con commento di M. Farina, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*, 976 ss.; App. Milano, Sez. pers. min. fam., 16.10.2014, ord., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 5, 725 ss., con commento di C. Benanti, *L'adozione piena del figlio del partner dello stesso sesso, pronunciata all'estero, è efficace in Italia, nel superiore interesse del minore*, 731 ss.

(63) Si veda, ad esempio, Trib. Roma 23 dicembre 2015, in www.aiaf-avvocati.it: in questo caso, il giudice romano ha ritenuto di poter pronunciare l'adozione in casi particolari del compagno del padre biologico.

(64) Come fa notare la Cedu 21 luglio 2015, Oliari c. Italia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, 918.

che dalle stesse possa derivare automaticamente una qualche conseguenza sullo *status* dei figli e sul rapporto degli stessi con i genitori (65).

Si registra quindi uno spostamento del baricentro del discorso, dall'originaria centralità del matrimonio all'odierno principale e diverso punto di interesse, costituito dai diritti del minore e del loro carattere preminente: "non si accetta più che in nome di un interesse superiore possano essere sacrificati i diritti delle persone, quelle del figlio in modo particolare" (66) e si chiede a gran voce un intervento puntuale che ponga fine alle tante incertezze createsi, soprattutto anche alla luce del recentissimo intervento della *Grande*

Chambre (67) (relativamente al citato caso *Paradiso - Campanelli c. Italia*), la quale negherebbe la violazione dell'art. 8 Cedu.

Risulta ora come non mai auspicabile, alla luce di tutto quanto analizzato, una riforma organica del settore, che tenga conto non solo dell'evoluzione del concetto di famiglia e della rivendicazione di un diritto all'autodeterminazione della propria sfera privata, richiesto a gran voce dalle coppie italiane, bensì anche - e soprattutto - del più importante interesse in gioco, quello del minore, che non si deve vedere limitato nel riconoscimento della propria identità, del proprio diritto al nome ed alla cittadinanza.

(65) Si pensi, ad esempio, a quanto previsto dall'art. 9 della L. n. 40/2004, precedentemente al venir meno del divieto di fecondazione eterologa: tale norma, infatti, pur vietando di per sé l'accesso a tale tecnica di procreazione assistita, disciplinava comunque lo *status* del figlio nato a mezzo della stessa, stabilendo il divieto di impugnazione della paternità da parte dell'uomo che

aveva a suo tempo dato il proprio consenso all'inseminazione della compagna.

(66) G. Ferrando, *ibidem*, 1779.

(67) Si tratta della pronuncia della *Grande Chambre* della Cedu 24 gennaio 2017, commentata in questo fascicolo, *retro*, 729 ss., da E. Falletti.