

MIMESIS / QUADERNI DI BIOETICA

N. 11 “QUADERNI DI BIOETICA” NUOVA SERIE

CENTRO INTERUNIVERSITARIO DI RICERCA BIOETICA

con sede in via Mezzocannone, 8 – 80134 Napoli

UNIVERSITÀ CONVENZIONATE E ADERENTI: Università degli Studi di Napoli Federico II, Pontificia Facoltà Teologica dell'Italia Meridionale – Sez. S. Tommaso, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa – Napoli, Università degli Studi di Napoli “L'Orientale”, Università degli Studi di Napoli Parthenope, Università degli Studi di Salerno, Università degli Studi del Sannio.

DIRETTORE: Claudio Buccelli

VICE DIRETTORE: Lorenzo Chieffi

CONSIGLIO DIRETTIVO: R. Bonito Oliva; C. Buccelli; P. Buono; L. Canzoniero; G. Carillo; L. Chieffi; L. D'Alessandro; E. D'Antuono; M.V. Del Tufo; E. Di Salvo; P. Giustiniani; G. Imbruglia; V. Ivone; F.M. Lucrezi; C. Matarazzo; V. Nigro; A. Papa; A. Patroni Griffi; A. Roselli; A. Russo; G. Russo; P. Stanzione; A. Tartaglia Polcini; R. Virzo.

COMMISSIONE SCIENTIFICA: G. Capo; E. Capozzi; A. Cesaro; N. Colacurci; F. Contaldo; C. De Agnello; F. del Pizzo; F. De Vita; M. Farisco; C. Ghidini; E. Imparato; L. Kalb; E. Mazzarella; F. Mazzeo; V. Omaggio; S. Papparella; F. Russo; N. Rotundo; D. Scarpato; G. Vacchiano; G. Valerio; V. Verdicchio; V. Zambrano; I. Zecchino.

“QUADERNI DI BIOETICA” NUOVA SERIE

DIRETTORE: Lorenzo Chieffi

COMITATO SCIENTIFICO: A. Bondolfi (Université de Genève); C. Buccelli (Università di Napoli Federico II); A. Carmi (Chairholder of the Unesco Chair in Bioethics); G. Chieffi (Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”); L. Chieffi (Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”); S. Gandolfi Dallari (USP-Universidade de São Paulo); E. Di Salvo (Università di Napoli Federico II); J. R. Salcedo Hernández (Universidad de Murcia); G. Lissa (Università di Napoli Federico II); A. Mordechai Rabello (Università di Gerusalemme e di Safed); J. Robelin (Université de Nice Sophia Antipolis).

I testi pubblicati sono stati sottoposti a un processo di *peer-review*

TECNICHE PROCREATIVE E NUOVI MODELLI DI GENITORIALITÀ

Un dialogo italo-francese

a cura di
Lorenzo Chieffi

Il testo è stato pubblicato con il contributo del C.I.R.B. - Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica di Napoli - Atti del Seminario svoltosi a Napoli il 30 settembre 2016

MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)
www.mimesisedizioni.it
mimesis@mimesisedizioni.it

Collana: *Quaderni di bioetica*, n. 11
Isbn: 9788857546537

© 2018 – MIM EDIZIONI SRL
Via Monfalcone, 17/19 – 20099
Sesto San Giovanni (MI)
Phone: +39 02 24861657 / 24416383
Fax: +39 02 89403935

INDICE

INTRODUZIONE

NUOVE FRONTIERE DELLA MEDICINA DELLA RIPRODUZIONE NEL CONFRONTO
TRA ALCUNE ESPERIENZE GIURIDICHE. RITARDI E INADEGUATEZZE
DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA

Lorenzo Chieffi

9

PARTE PRIMA

LA FECONDAZIONE ASSISTITA NEL DIALOGO TRA DISTINTI MODELLI CULTURALI

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E FILIAZIONE NEL DIRITTO FRANCESE

Laetitia Antonini-Cochin

37

PORTARE AL MONDO, VENIRE AL MONDO. LA GESTAZIONE PER ALTRI TRA
INTERPRETAZIONI E CONFLITTI

Emilia D'Antuono

49

LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN ARGENTINA. UN ANÁLISIS SOCIO-
SANITARIO JURÍDICO DESDE UNA MIRADA BIOÉTICA

Paz Bossio Grigera

67

PARTE SECONDA

LA MATERNITÀ SURROGATA TRA IMPEDIMENTI LEGISLATIVI
E APERTURE GIURISPRUDENZIALI

LA GESTAZIONE PER ALTRI E IL DIRITTO PENALE IN FRANCIA

Christine Courtin

85

LE FRAGILI FONDAMENTA DEL DIVIETO DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ PREVISTO DALL'ART. 12, CO. 6, L. 19 FEBBRAIO 2004, N. 40, IN UN CONTESTO GLOBALE NON ARMONIZZATO <i>Raffaele Picaro</i>	99
---	----

LA MATERNITÀ SURROGATA E IL RUOLO DELLA LEGGE: DAL DIVIETO GENERALIZZATO A UN BILANCIAMENTO PIÙ MITE? <i>Carlo Iannello</i>	163
--	-----

LA MATERNITÀ SURROGATA TRA COPPIE <i>SAME-SEX</i> E COPPIE ETERO. UN ESAME DELLA GIURISPRUDENZA (ULTIMA) INTERNA E DELLA CORTE EDU <i>Luigi Ferraro</i>	195
--	-----

LA MATERNITÀ SURROGATA AL VAGLIO DELLA CORTE DI STRASBURGO: IL CASO PARADISO E CAMPANELLI C. ITALIA <i>Maria Chiara Vitucci</i>	221
--	-----

PARTE TERZA

SVILUPPI APPLICATIVI DELLE TECNICHE DI FECONDAZIONE ASSISTITA

LA RICERCA SULL'EMBRIONE E SULLE CELLULE STAMINALI EMBRIONALI. MUTAMENTI LEGISLATIVI IN FRANCIA <i>Fabienne Ghelfi</i>	237
---	-----

LA FECONDAZIONE ETEROLOGA E IL DIRITTO DI PROCREARE DELLE COPPIE STERILI O INFERTILI <i>Gianpiero Coletta</i>	249
--	-----

LE NUOVE FRONTIERE DELLA FECONDAZIONE IN VITRO: LA DONAZIONE MITOCONDRIALE. PASSATO E FUTURO DI IBRIDAZIONI: IL DESTINO ERRANTE DEL MITOCONDRIO <i>Raffaele Prodomo, Francesca Forni, Luisa Iannicelli</i>	263
---	-----

NOTIZIE SUGLI AUTORI	277
----------------------	-----

INTRODUZIONE

LORENZO CHIEFFI

NUOVE FRONTIERE DELLA MEDICINA DELLA RIPRODUZIONE NEL CONFRONTO TRA ALCUNE ESPERIENZE GIURIDICHE. RITARDI E INADEGUATEZZE DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA

Sommario: 1. Premessa. – 2. Aperture giurisprudenziali a favore della pratica della gestazione per altri svolta all'estero. – 3. Interventi demolitori della legge n. 40 da parte della giurisprudenza costituzionale e persistenti incertezze normative in materia di verifica delle origini genetiche del nato da fecondazione eterologa e di utilizzo degli embrioni soprannumerari. – 4. Conclusioni.

1. Nel 1959, la conferenza svolta a Cambridge dal noto scienziato e romanziere Charles Percy Snow, nell'ambito della *Rede Lecture*, veniva dedicata all'antico, e forse mai risolto, conflitto tra le *due culture* con l'intento di denunciare la perdurante incomunicabilità tra pensiero scientifico e quello umanistico che costringeva, secondo il relatore, «ad interpretare il passato in maniera errata, a non capire il presente» ed a precludere «ogni speranza per il futuro»¹.

A giudizio dell'intellettuale inglese, la separazione tra distinti rami del sapere, nel perpetuare una condizione di incertezza sarebbe stata di ostacolo all'elaborazione della decisione politica che avrebbe continuato a non comprendere, nella giusta misura, la reale portata delle innovazioni tecnologiche. In presenza delle straordinarie «potenzialità» offerte dalle nuove conoscenze scientifiche, in grado di essere apprezzate soltanto dagli specialisti, ne sarebbe infatti derivato un difficile e tormentato confronto politico non adatto ad «evitare disastri» e a consentire l'ottimale appagamento delle prospettive sociali². Da qui l'esigenza di pervenire, in presenza di una rivoluzione scientifica in atto, ad una opportuna alleanza tra scienziati e umanisti proprio attraverso l'affermazione di una auspicabile *terza cultura*, grazie alla sintesi tra queste diverse discipline, a cui avrebbero potuto contribuire gli stessi esecuti della società, e delle sue molteplici dinamiche

1 C.P. SNOW, *Le due culture*, tr. it., 3° ed., Milano, 1977, 60.

2 C.P. SNOW, *op. ult. cit.*, 100.

interne, a cominciare proprio dai cultori delle scienze storiche e, più in generale, sociali³.

Pungenti e articolate furono le critiche indirizzate al saggio di Snow dal filosofo Giulio Preti, per l'eccessiva superficialità e arbitrarietà di analisi, avendo a suo giudizio trascurato l'inevitabile distanza tra le due culture sempre più caratterizzate da un elevato grado di specialismo e tecnicismo, che ne avrebbe impedito l'auspicato avvicinamento. Per lo studioso patavino queste differenti interpretazioni dello scibile umano, al di là di una distinzione «in senso antropologico», come preteso da Snow, esprimevano piuttosto «due forme di riflessione, due modi di sapere, due diverse maniere di rapportarsi verso l'esperienza, il mondo e il senso comune, [...] due scale di valori, due diverse nozioni di "verità", due diverse strutture del discorso, [...] due metodi – insomma, due "civiltà" [...] e quindi due diverse forme di moralità»⁴.

Ciò nonostante, è indubbio che la tesi sostenuta a Cambridge sembrava quanto meno cogliere nel segno nel rilevare l'assenza, da parte degli studiosi interessati, di un indispensabile dialogo che potesse consentire un continuo e proficuo confronto sugli sviluppi della conoscenza scientifica. Una riduzione delle distanze potrebbe certamente agevolare una maggiore permeabilità tra distinti modi di interpretare la realtà che ci circonda, e i fenomeni ad essa correlati, ponendo rimedio ad una loro persistente e ricorrente incomunicabilità.

Una conferma del perdurante e insanabile confronto tra diversi modi di intendere il progresso scientifico, con riguardo alle fasi essenziali dell'esistenza umana, come quelle relative alla nascita o alla morte, ha ad esempio riguardato, in tempi a noi più vicini, alcuni settori della medicina, relativi alla riproduzione umana e alle tecniche di sostegno vitale⁵, particolarmente

3 C.P. SNOW, *op. ult. cit.*, 71.

4 G. PRETI, *Retorica e logica*, Torino, 1968, 14 e 47 ss.

5 Numerosi sono stati gli interventi della giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. I civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, sul caso Englaro, in <http://www.biodiritto.org/>) e di merito [Corte di Appello di Milano, Sez. I civ., 9 luglio 2008, in <http://www.altalex.com/>, che autorizzava il distacco del sondino naso-gastrico idoneo a tenere in vita il malato terminale; TAR Lombardia - Milano, Sez. III, sent. 26 gennaio 2009, n. 214, in <http://www.istitutobioetica.org/>, che rendeva possibile, anche all'interno di strutture rientranti nel Servizio Pubblico Sanitario Regionale, la sospensione del sostegno vitale (idratazione e nutrizione artificiale) utilizzati da un ammalato in stato vegetativo permanente; Trib. Cagliari, giudice tutelare, 16 luglio 2016, in www.biodiritto.org, caso Walter Piludu, che escludeva qualunque imposizione legislativa di trattamenti vitali contrari alla autodeterminazione del malato, alla «percezione che ciascuno ha di sé» in quanto espressione della nozione di salute da considerare non

sensibili dal punto di vista etico, per le implicazioni religiose che ne possono derivare, connesse all'esercizio della libertà di culto e di coscienza dell'individuo. L'inerzia o l'incapacità del legislatore italiano, in taluni casi eccessivamente pervasivo⁶, a rinvenire la giusta sintesi normativa ha sovente rappresentato un ostacolo all'impiego ottimale delle tecniche consentite dalla scienza.

In assenza di una adeguata e tempestiva disciplina normativa, pure insistentemente sollecitata dal Comitato Nazionale per la Bioetica (C.N.B.)⁷, inevitabile è stata la maggiore attenzione dedicata, per la risoluzione dei casi di specie, da parte del diritto giurisprudenziale dimostratosi, in numerosi casi, più solerte ad assecondare le aspettative di assistenza provenienti dal corpo sociale.

solo come «assenza di malattia» ma anche come «benessere psico fisico» in grado di coinvolgere gli «aspetti interiori della vita e relazione con altri»] per consentire di soddisfare il diritto di autodeterminazione del malato terminale in stato vegetativo permanente. Ciò nonostante, solo di recente il Parlamento italiano ha finalmente approvato la legge 22 dicembre 2017, n. 219 contenente norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

- 6 Anche a causa di un «ampio sentimento antiscientifico e, più in generale, antintellettuale da parte di alcuni esponenti politici» (E. CATTANEO, *Ogni giorno. Tra scienza e politica*, Milano, 2016, 41). Il comparto della fecondazione assistita, disciplinato in Italia solo nel 2004, con la legge n. 40, rappresenta un evidente testimonianza di una propensione del nostro Parlamento a restringere, in modo considerato irragionevole, le opportunità offerte dalla medicina della riproduzione, come testimoniano i numerosi interventi censori della Corte Costituzionale (sentt. 151/2009; 162/2014; 96/2015; 229/2015; 84/2016) cui si deve l'annullamento di quelle parti di questo testo normativo considerate eccessivamente limitative dell'autodeterminazione dei soggetti interessati e pregiudizievoli per la loro salute.
- 7 Con riguardo alle tecniche di fecondazione assistita, tali sollecitazioni sono contenute nei numerosi pareri espressi dal CNB dal 1992 in avanti, reperibili all'indirizzo www.bioetica.governo.it, in materia di: *Diagnosi prenatale* (18 luglio 1992); *Tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni* (17 giugno 1994); *La fecondazione assistita. Documento del Comitato Nazionale per la Bioetica* (17 giugno 1995); *Identità e statuto dell'embrione umano* (22 giugno 1996); *Dichiarazione sulla possibilità di brevettare cellule di origine embrionale umana* (25 febbraio 2000); *Considerazioni bioetiche in merito all'«ootide»* (15 luglio 2005); *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita* (18 novembre 2005); *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili* (26 ottobre 2007).

Dall'analisi comparata degli ordinamenti giuridici presi in esame (Italia e Francia) nel corso del seminario di studi, promosso dal Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (C.I.R.B.) di Napoli, sul tema delle «Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese», cui è stato in seguito aggiunto anche l'approfondimento dell'esperienza argentina, è infatti emersa una differente capacità di risposta, ad opera dei rispettivi organi legislativi statali, alle indiscutibili opportunità offerte dalle più avanzate metodiche di medicina della riproduzione.

In presenza dei silenzi o manifesti divieti, come per la pratica della maternità surrogata, in vario modo contenuti nella normativa considerata, ovvero dei molteplici vuoti normativi, che ancora si registrano soprattutto in Italia e in Argentina, relativamente alle opportunità offerte dalla fecondazione assistita, con riguardo alla sperimentazione su embrioni soprannumerari abbandonati, indiscutibile è stata l'«attiva opera di attenta ricostruzione del quadro normativo di riferimento» svolta dai giudici interpellati⁸ che ha comunque consentito di ricavare, all'interno dell'ordinamento giuridico, la soluzione dei singoli casi di specie, pure avvalendosi di interpretazioni costituzionalmente orientate.

Proprio con l'intento di indagare, attraverso un modo di incedere comparatistico, le distinte soluzioni adottate dalle leggi vigenti nei Paesi considerati e le problematiche che per ora non hanno invece trovato adeguata risposta, i lavori che seguono, dopo aver illustrato in modo più ampio, nella prima parte del volume, l'assetto delle legislazioni vigenti (L. Antonini Cochín e Paz Bossio Grigera) e i profili di ordine etico sottostanti agli sviluppi di queste pratiche mediche (E. D'Antuono) si sono poi, più attentamente, indirizzati ad esaminare, negli sviluppi dell'opera, le questioni che hanno, nello specifico, riguardato i temi della gestazione per altri (da ora in poi GPA), della fecondazione eterologa e della ricerca sugli embrioni.

2. I saggi contenuti nella parte seconda del volume (C. Courtin, R. Picaro, C. Iannello, L. Ferraro, M.C. Vitucci) hanno preso in esame l'assai controversa pratica della maternità surrogata, al centro di un acceso dibattito che fa registrare opinioni diametralmente opposte, anche all'interno dello stesso universo femminile, da cui sono derivate, a conferma di una molteplicità di sensibilità esistenti in proposito, legislazioni di tipo

8 Così si esprimeva il TAR Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 22 gennaio 2009, n. 214, *cit.*, adottata in occasione della vicenda di Eluana Englaro.

permissivo, seppure variamente modulate⁹, o, in direzione contraria, assolutamente proibizioniste¹⁰.

Con particolare riguardo agli ordinamenti giuridici analizzati, il silenzio (Argentina¹¹) ovvero esplicito divieto (in Italia¹² e in Francia¹³) allo svolgimento della GPA non ha affatto rappresentato ostacolo al riconoscimento da parte dei giudici aditi dello *status* genitoriale acquisito dalle coppie committenti nel proprio territorio di residenza, con riferimento al Paese sudamericano qui considerato¹⁴, ovvero all'estero in ossequio alle legislazioni introdotte nei Paesi permissivi.

9 Tale apertura a favore della GPA viene comunque diversamente modulata nei vari Paesi. A titolo di esempio, e certamente non esaustivo, si possono distinguere leggi: che ne prevedono la legalizzazione a fini altruistici o anche commerciali [Russia, Ucraina, Georgia, Armenia, Cipro, India, Bielorussia, Uganda, Sud Africa, Stati Uniti (Arkansas, California, Florida, Illinois, Texas, Massachusetts, Vermont)]; che ne escludono invece i fini commerciali solo per le coppie dello stesso sesso (Russia, Georgia, Cipro, Sud Africa, California e Vermont); che consentono soltanto la praticabilità non retribuita a fini altruistici [Belgio, Australia, Regno Unito, Paesi Bassi, Danimarca, Ungheria, Hong Kong, Lettonia, Irlanda, Portogallo, Australia, Canada (ad eccezione del Quebec ove è sempre vietata), Israele, Stati Uniti (New York, New Jersey, New Mexico, Nebraska, Virginia, Oregon e Washington), Grecia (previa autorizzazione di un Tribunale)]; che la restringono solo a coppie formate da propri cittadini (Israele, India, Nepal) o da propri residenti (Gran Bretagna, Thailandia); che non fanno alcun cenno a questa pratica (Argentina, Austria, Finlandia). Le informazioni sono state acquisite all'indirizzo <https://www.internazionale.it/notizie/2016/03/03/maternita-surrogata-dove-regole>.

10 Un esplicito divieto è contenuto nelle leggi della Francia, Italia, Spagna e Polonia.

11 Ley n° 26.862, junio 25 de 2013, recante *Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*.

12 Cfr. art. 12, comma 6 della legge n. 40 del 2004 a norma del quale «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza (...) 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».

13 Article 16-7 del *code civil*, créé par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 3 JORF 30 juillet 1994, a norma del quale «Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle».

14 Il riconoscimento della maternità surrogata risale ad una pronuncia adottata da un giudice civile, María del Carmen Bacigalupo, il 26 giugno 2013, riportata dal sito online del quotidiano *Clarín* (www.clarin.com), *Primera vez en el país: La Justicia inscribió a una nena gestada en un vientre prestado*. Un secondo caso è stato invece deciso dal Primer Juzgado de Familia, Primera Circunscripción Judicial, Provincia de

L'evoluzione delle tecniche di riproduzione umana, come consentite dall'impiego della fecondazione eterologa (da cui potrebbe pure fare seguito la GPA¹⁵) che inducono a privilegiare i legami relazionali/affettivi, in aggiunta (o in alternativa) a quelli genetici¹⁶, cui si accompagna l'esigenza di salvaguardare il *best interest of the child* relativo alla stabilità e continuità delle sue relazioni familiari, hanno indotto i giudici di Francia e Italia ad autorizzare la trascrizione nei registri dello stato civile dei certificati di nascita redatti all'estero, pure in presenza di un espresso divieto della maternità surrogata contenuto nelle rispettive legislazioni.

Nonostante l'indiscutibile pericolo di sfruttamento, anche commerciale, del corpo della donna portatrice che potrebbe essere costretta, a causa del proprio stato di indigenza, a prestare il proprio utero a beneficio di coppie committenti benestanti, con grave pregiudizio per l'esercizio del suo diritto di autodeterminazione¹⁷, ad una diversa conclusione potrà tuttavia pervenirsi in quegli Stati, socialmente e giuridicamente evoluti, in grado di assicurare le indispensabili garanzie che consentano una libera ed autonoma scelta di condurre la maternità per altri.

In questa direzione, certamente più rassicurante, la recente modifica introdotta dalla *Ley* n. 17/2016 alla legge portoghese (*Ley* n. 32/2006) sulla procreazione medicalmente assistita, ha condizionato l'accesso alla GPA all'autorizzazione, data dal Consiglio Nazionale della procreazione medicalmente assistita, alla stipula dell'accordo di gestazione che potrà essere adempiuto in centri pubblici o privati a loro volta individuati dal Ministro della salute.

Mendoza, Argentina, fecha 29 de Julio de 2015, Expte. n° 714/15/1F, reperibile all'indirizzo <http://www.maternidadsubrogada.com.ar>.

- 15 Nel caso di ovulo di donatrice fecondato dal seme del partner maschile della coppia committente ovvero di ovulo della partner femminile della medesima coppia committente fecondato, questa volta, da seme di donatore esterno.
- 16 O anche di tipo biologico, in caso di surrogazione.
- 17 Conduce a questa preoccupazione la diffusione, anche commerciale, della pratica in esame in Paesi, come l'India e l'Ucraina, che sono popolati da larghi strati di individui al di sotto della soglia di povertà. Nella stessa direzione il CNB (*Mozione su Maternità surrogata a titolo oneroso*, 18 marzo 2016, in www.bioetica.governo.it), nel richiamare l'assoluta contrarietà verso qualsiasi «mercificazione del corpo umano», ritiene che la «commercializzazione e sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia» attraverso la maternità surrogata sia «lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione» e, per ciò stesso, «in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali».

Ulteriori prescrizioni, a garanzia dell'intento altruistico e solidaristico della GPA, riguardano la gratuità della pratica¹⁸, fatte salve le spese ritenute indispensabili per garantire l'assistenza sanitaria a favore della gestante (art. 8, n. 5, della *Ley* n. 32/2006, come modificato nel 2016).

L'affinità genetica del nato con almeno uno dei genitori intenzionali, e certamente non con la madre portatrice (art. 8, n. 3, della *Ley* n. 32/2006, come modificato nel 2016), cui è preclusa la possibilità di donare i propri ovuli per consentire la fecondazione dell'embrione, nel ridurre i pericoli di commercializzazione di embrioni o di bambini (generati da estranei e poi ceduti) avrebbe l'effetto di assicurare una maggiore certezza e stabilità ai legami familiari, non solo di tipo affettivo/relazionale, che si verranno per questa via a instaurare.

Pur permanendo in dottrina, e nella stessa società, opinioni diametralmente opposte¹⁹ sulla opportunità di consentire la GPA, appare allora eccessiva e, per certi versi, forzata, rispetto alla questione di costituzionalità

18 In ossequio al divieto contenuto nell'art. 21 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina (cd. Convenzione di Oviedo) del 1997 e nell'art. 3, 2° comma, lett. c) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 2000, «di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro».

19 Tra coloro che propendono per la valorizzazione piena del diritto della donna portatrice a disporre liberamente del proprio corpo (e utero) (H. TRISTRAM ENGELHARDT Jr., *Manuale di bioetica*, IX ed, tr. it., Milano, 1999, 301; R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 4; V. FRANCO, *Gestazione per altri e bioetica*, in *Bioetica*, n. 1, 2016, 268), escludendo pure significative conseguenze psicologiche per il bambino ceduto ad altri, a cui sarebbe peraltro legato da affinità genetica totale o parziale (con uno soltanto dei due), e coloro che, in direzione opposta, esprimono invece preoccupazione per i pericoli di sfruttamento del corpo femminile, in nessun caso evitabile, con grave pregiudizio per la dignità della donna (D. DANNA, «*Fare un figlio per altri è giusto*». *Falso*, Roma-Bari, 2016; P. BINETTI, *Maternità surrogata: un figlio a tutti i costi*, Roma, 2016; L. MURARO, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Milano, 2016). A riprova di un diverso approccio verso questa pratica di maternità anche tra gli studiosi del Diritto Costituzionale sono le, affatto coincidenti, posizioni assunte dagli Autori dei saggi contenuti nel recente volume curato da S. NICCOLAI e E. OLIVITO dal titolo *Maternità, Filiazione, Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017. Una analoga varietà di posizioni emerge anche dal *Focus: Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, curato da B. PEZZINI, contenuto nel n. 2/2017 della rivista online *GenIUS*, reperibile all'indirizzo <http://www.articolo29.it>.

sollevata dal giudice *a quo*, la conclusione cui è recentemente giunta la Corte Costituzionale italiana²⁰.

Nel prendere nuovamente in considerazione questa pratica procreativa²¹, il giudice delle leggi, attraverso un *obiter dictum*, è infatti pervenuto a censurarla, in modo da non lasciare spazio a soluzioni intermedie e alternative fondate su diversi presupposti motivazionali (anche di tipo solidaristico) in grado di giustificarne, in taluni casi, l'impiego. E così, senza alcun approfondimento delle molteplici e distinte ragioni (certamente non riconducibili ad unità) che potrebbero indurre la madre portatrice a prestare il proprio utero, la Consulta boccia inderogabilmente questa pratica perché in grado di offendere, «in modo intollerabile», la «dignità della donna» oltre a minare «nel profondo le relazioni umane», anche in «considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette» al suo impiego.

Nonostante la prevalenza riconosciuta al principio della conservazione dello *status filiationis*, pure in assenza di una genitorialità biologica o genetica²², questo giudice esclude la praticabilità della GPA, senza eccezione alcuna, che non contempla neppure il suo possibile svolgimento nei territori di quegli Stati aperti a questa modalità di gestazione.

L'«assolutezza» del divieto contenuto nell'art. 12, comma 6, della legge n. 40, che non viene in alcun modo messa in discussione dalla Corte, non impedisce tuttavia a questo giudice di ridimensionare, nel contempo, la priorità della rilevanza costituzionale dell'«accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo» che, nonostante il «favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione», non potrebbe

20 Corte Cost. sent. 272/2017.

21 Nella sent. 162/2014 la Consulta, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui stabiliva per la coppia il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, traeva spunto per precisare che tale apertura dovesse comunque essere «rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta “surrogazione di maternità”, espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia».

22 Determinata dal ricorso alla fecondazione eterologa, dall'istituto della adozione e dalla introduzione da parte della legge (art. 263 ss. c.c.) di rigorosi termini di decadenza per consentire agli altri legittimati, diversi dal figlio, di esperire azioni demolitorie dello *status filiationis*.

essere sottratta «a qualsiasi bilanciamento»²³ in sede di accertamento dello *status filiationis*. Nel prendere atto di una profonda «evoluzione normativa e ordinamentale del concetto di famiglia, a conferma del rilievo giuridico della genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica», la Consulta²⁴, richiamando la precedente sentenza n. 162 del 2014, ancora una volta ribadisce che «“il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa”».

L'esplicita preclusione, contenuta nell'art. 9 della legge n. 40, per il coniuge o convivente, che avesse in precedenza consentito alla fecondazione eterologa, di «promuovere l'azione di disconoscimento o impugnare il riconoscimento ai sensi dell'art. 263 c.c.»²⁵, potrebbe allora condurre il giudice di merito, in presenza di analoga «divergenza tra genitorialità genetica e genitorialità biologica», a valutare, caso per caso, la soluzione da adottare nella definizione delle azioni demolitorie del rapporto di filiazione, pure a prescindere dalla mera verifica della «verità biologica della procreazione»²⁶.

23 Corte Cost. sent. n. 272 del 2017. Per la Consulta, infatti, «in tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale, la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento di verità e interesse concreto del minore è resa trasparente dall'evoluzione ordinamentale intervenuta e si proietta sull'interpretazione delle disposizioni da applicare» al caso concreto.

24 Corte Cost. sent. n. 272 del 2017.

25 Corte Cost. sent. n. 272 del 2017. Per questo giudice, nel caso della fecondazione eterologa (che determina una divergenza tra identità genetica e identità legale) si deve al legislatore del 2004, che ha attribuito la «prevalenza al principio di conservazione dello *status filiationis*», la risoluzione del bilanciamento tra gli interessi coinvolti. In analoga direzione, anche la legge n. 173 del 2015 ha inteso valorizzare, per la Consulta, «l'interesse del minore alla conservazione di legami affettivi che sicuramente prescindono da quelli di sangue, attraverso l'attribuzione di rilievo giuridico ai rapporti di fatto instaurati tra il minore dichiarato adottabile e la famiglia affidataria».

26 Per il giudice delle leggi (sent. n. 272 del 2017) «l'accertamento della verità biologica fa parte della complessiva valutazione rimessa al giudice, alla stregua di tutti gli altri elementi che, insieme ad esso, concorrono a definire la complessiva identità del minore e, fra questi, anche quello, potenzialmente confliggente, alla conservazione dello status già acquisito». Nel richiamare la precedente sent. n. 216 del 1997, la Corte ribadisce che costituisce «“compito precipuo del tribunale per i minorenni (...) verificare se la modifica dello status del minore risponda al suo interesse e non sia per lui di pregiudizio; così come contemporaneamente occorre anche verificare, sia pure con sommaria deliberazione, la verosimiglianza del preteso rapporto di filiazione, dovendosi garantire il diritto del minore alla propria identità”».

L'assenza, oltre i casi già indicati, di ulteriori previsioni derogatorie da parte della legge, in grado di attenuare l'importanza della veridicità biologica del rapporto di filiazione, non potrebbe per ciò stesso indurre il giudice adito ad abbandonare la verifica del primario interesse del minore. Attraverso la realizzazione di un «giudizio comparativo tra interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore», sarà compito dell'interprete del caso di specie rinvenire la soluzione in grado di soddisfare il migliore interesse di quest'ultimo, prendendo pure in considerazione la stessa «durata del rapporto instauratosi con il minore e quindi» la «condizione identitaria già da esso acquisita»²⁷.

La risolutezza delle conclusioni cui è giunta la Corte Costituzionale a proposito della GPA, nonostante non fosse stata neppure compulsata dal giudice remittente, non parrebbe allora precludere il possibile ricorso ad interpretazioni costituzionalmente orientate²⁸, da parte dei giudici aditi, del divieto contenuto nell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, in presenza di una genitorialità realizzata all'estero, coerentemente a quanto consentito in altri ordinamenti giuridici (come quello portoghese, già citato, o inglese, canadese, statunitense, israeliano, belga, olandese, danese, australiano, ungherese, greco, ecc.) certamente non imputabili di una minore sensibilità e attenzione per la tutela dei diritti fondamentali, a cominciare proprio da quelli da riconoscere alle donne e ai minori.

Senza affatto approfondire i possibili sviluppi interpretativi del diritto di autodeterminazione, ricavabili dal combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost., in grado di circoscrivere la portata della stessa nozione di dignità umana²⁹, la Corte, nel ribadire il divieto vigente in Italia del ricorso alla

27 Corte Cost. sent. n. 272 del 2017.

28 Attraverso gli spazi pure ricavabili dal disposto costituzionale (artt. 13 e 32) per valorizzare il diritto di autodeterminazione della donna che intendesse volontariamente portare a termine la gestazione per altri.

29 Nell'escludere la possibilità di conferire alla dignità umana una dimensione assiologica isolata, di difficile delimitazione potendo condurre a giustificare interpretazioni tra di loro divergenti, la dottrina dominante ritiene preferibile un suo impiego a supporto, o rafforzamento, dei valori personalistici (come l'integrità psico/fisica, l'autodeterminazione, appunto, la riservatezza) pure richiamati in Costituzione, in modo da circoscrivere gli ambiti stessi dell'esercizio della discrezionalità legislativa e dell'interpretazione giurisdizionale. Per un ulteriore approfondimento del tema sia consentito rinviare a L. CHIEFFI, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista. Brevi note introduttive*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 1, 2013, 3-12.

GPA, finisce perciò per precluderne qualunque sviluppo altruistico, quale potrebbe essere quella condotta a beneficio di una sorella, di una figlia, di una cara amica. In queste circostanze, il diritto della donna portatrice di decidere in piena autonomia la gestazione surrogata verrebbe a coesistere, senza affatto pretendere di imporsi su altri valori di pari rilievo costituzionale, con il contestuale esercizio da parte della stessa della solidarietà a beneficio di colei che fosse impedita di soddisfare il desiderio di maternità.

La libertà di disporre del proprio corpo per cedere sue parti riproducibili (come il fegato³⁰) o non riproducibili (un rene³¹), indispensabili alla vita di un consanguineo, non potrebbe invece estendersi, seguendo questa interpretazione restrittiva, al prestito del proprio utero, per soddisfare una aspettativa di genitorialità di una donna che ne fosse fisiologicamente impedita, le cui conseguenze per la madre portatrice (affatto demolitorie, come negli espianti di organi doppi o, in altra direzione, rigenerabili) appaiono certamente meno invasive.

Tale preclusione alla decisione di una donna di condurre una gravidanza per altri, privandosi in seguito del bambino portato in grembo, sembra pure allontanarsi, nonostante le indiscutibili analogie, dall'opportunità offerta dalle legge italiana (art. 30, DPR 396/2000), pure in presenza di affinità genetica con il nascituro, di non essere nominata al momento del parto, così da condurre alla dichiarazione dello stato di abbandono del nato che potrà essere affidato in adozione ad altra coppia di genitori. Nonostante la relazionalità instauratasi durante la gestazione tra madre biologica e nascituro, è proprio la prevalenza accordata dal nostro ordinamento costituzionale al diritto di autodeterminazione della donna a consentire questa scelta che dovrà essere ovviamente accompagnata dalla previsione di adeguate garanzie a favore del bambino non riconosciuto alla nascita.

30 A norma dell'art. 1, comma 1 della legge n. 483 del 1999 «in deroga al divieto di cui all'articolo 5 del codice civile è ammesso disporre a titolo gratuito di parti di fegato al fine esclusivo del trapianto tra persone viventi».

31 L'art. 1 della legge n. 458 del 1967 consente, in deroga all'art. 5 del codice civile, la disponibilità «a titolo gratuito del rene al fine del trapianto tra persone viventi». Tale «deroga è consentita ai genitori, ai figli, ai fratelli germani o non germani del paziente che siano maggiorenni, purché siano rispettate le modalità previste dalla presente legge. Solo nel caso che il paziente non abbia i consanguinei di cui al precedente comma o nessuno di essi sia idoneo o disponibile, la deroga può essere consentita anche per altri parenti o per donatori estranei». In materia cfr. anche il successivo Decreto 16 aprile 2010, n. 116, recante il Regolamento per lo svolgimento delle attività di trapianto di organi da donatore vivente.

Peraltro, la rigida presa di posizione contraria a qualunque forma di GPA sembra anche eludere quella ormai consolidata prassi, sottoposta all'analisi di una molteplicità di giudici di merito e di legittimità, legata al suo svolgimento negli Stati esteri dotati di una legislazione permissiva.

Pur manifestando consapevolezza sull'attualità della questione concernente i limiti alla trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati all'estero, la Corte ne esclude infatti una esplicita trattazione in considerazione della sua estraneità al giudizio di costituzionalità dell'art. 263 c.c.³² ad essa sottoposto da parte del giudice remittente.

Nonostante la presenza di un recente orientamento espresso dalla *Grande Chambre*³³ che ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU da parte di un provvedimento giurisdizionale interno allo Stato favorevole all'affidamento ad una nuova famiglia, diversa da quella formata dai due genitori

32 Con riguardo alla questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di Appello di Milano avente ad «oggetto la disciplina dell'azione di impugnazione prevista dall'art. 263 cod. civ., volta a rimuovere lo stato di figlio, già attribuito al minore per effetto del riconoscimento, in considerazione del suo difetto di veridicità».

33 Corte EDU, *Grande Chambre*, 24 gennaio 2017, che rivedeva la Corte EDU, sez. II, 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, *causa Paradiso e Campanelli c. Italia*, in <https://www.giustizia.it/giustizia/it>. Questo giudice di ultima istanza, pur condannando il nostro Paese per violazione dell'art. 8 CEDU, per aver consentito di dare per via giudiziaria in adozione il bambino generato dai soggetti istanti in Russia attraverso la maternità surrogata, considerava comunque valido l'affidamento ad altra coppia nel maggiore interesse del minore il quale aveva «certamente sviluppato dei legami affettivi con la famiglia di accoglienza» ove era stato ormai collocato. Doveva pertanto escludersi che «la constatazione di violazione pronunciata nella causa dai ricorrenti» potesse «dunque essere intesa nel senso di obbligare lo Stato a riconsegnare il minore agli interessati». In direzione contraria a quanto sostenuto in precedenza dalla Seconda Sezione della Corte Edu, la *Grande Chambre*, cui aveva fatto ricorso il Governo italiano ai sensi dell'articolo 43 della Convenzione, oltre a mettere in discussione la violazione dell'art. 8, perveniva pure a negare l'esistenza di una vita familiare *de facto* in considerazione di una serie di circostanze legate all'assenza di un legame genetico tra genitori intenzionali e minore, alla breve durata del rapporto che si era instaurato tra di loro, accanto all'incertezza del quadro normativo di riferimento. Pur non sottovalutando «l'impatto che la separazione immediata e irreversibile dal minore» avesse prodotto «sulla vita privata dei ricorrenti» e sul «proprio sviluppo personale proseguendo la loro relazione con il minore», la Corte escludeva, perciò, la legittimazione «a divenire suoi genitori adottivi» che avrebbe avuto l'effetto di «legalizzare la situazione da essi creata in violazione di norme importanti del diritto italiano».

committenti, di un bambino generato all'estero ricorrendo alla GPA³⁴, il disappunto manifestato dalla Consulta per questa modalità di procreazione non sembra affatto cogliere gli spunti interpretativi, certamente più indulgenti, pure in precedenza espressi dal giudice di Strasburgo di primo grado.

Pur essendo riconosciuto un ampio margine di apprezzamento degli Stati membri per la disciplina della maternità surrogata, la Corte EDU aveva, in differenti contesti interpretativi, privilegiato proprio il migliore interesse del minore alla conservazione dei rapporti familiari *de facto* ormai instaurati, subito dopo la nascita, con i genitori committenti a cui fosse legato, sia pure parzialmente, da comprovata affinità genetica, secondo quanto prescritto dalla legislazione dello Stato straniero nel cui territorio fosse stato generato. In ossequio a quanto prescritto dall'art. 3, par. 1 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 1996 e dall'art. 8 della CEDU³⁵, questo giudice sovranazionale, nel condannare lo Stato francese che aveva attribuito «uno *status* giuridico imperfetto» a quanti fossero nati grazie al ricorso ad una maternità surrogata, in presenza, peraltro, «di un genitore biologico appartenente alla coppia», riconosceva infatti la primazia alla tutela della vita privata e del «diritto all'identità personale dei minori»³⁶ e, conseguentemente, la garanzia della continuità delle relazioni affettive in questo modo instaurate all'interno del nuovo nucleo familiare.

Si aggiunga inoltre che, seppure a seguito di alcune pronunce interne, che inizialmente negavano la trascrivibilità dell'atto di nascita, considerata la presunta contrarietà della GPA all'ordine pubblico interno e internazio-

34 La GPA era stata peraltro effettuata dalla coppia committente nel rispetto della legislazione vigente in Russia in materia di maternità surrogata che non prescrive come necessaria la presenza di un legame genetico tra i genitori committenti e il nascituro (cfr. Sentenza della Corte EDU del 27 gennaio 2015 - Ricorso n. 25358/12 - *Paradiso e Campanelli c. Italia*, reperibile all'indirizzo <https://www.giustizia.it>).

35 In aggiunta alle fonti del diritto internazionale richiamate dalla Corte di Strasburgo, la Corte Costituzionale, sent. n. 272 del 2017, prende pure in considerazione la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e l'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, proprio con l'intento di ribadire il radicamento e la «centralità della valutazione dell'interesse del minore nell'adozione delle scelte che lo riguardano».

36 Corte EDU, sez. V, 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, causa *Menesson c. Francia* e 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, causa *Labasse c. Francia*, entrambe reperibili in <http://www.biodiritto.org/>, con cui veniva condannata la Francia per aver negato la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero in applicazione della normativa di questo Paese che vieta la surrogazione di maternità.

nale³⁷, la superiore esigenza di assicurare il *best interest of the child* ha invece, progressivamente, spinto gli stessi giudici nazionali ad una lettura certamente più aperta al riconoscimento dello *status familiaris* oramai instauratosi tra genitori committenti e nato³⁸. Questa recente interpretazione

37 Cfr. Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. civ. comm.*, I, 1990, 357; Trib. Brescia, Sez. II pen., 26 novembre 2013, in www.penalecontemporaneo.it; Trib. Milano, GUP, 8 aprile 2014, in www.penalecontemporaneo.it. e Corte Cass., Sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in <http://www.altalex.com>. Il giudice di legittimità aveva inizialmente negato la trascrizione in Italia dell'atto di nascita del bambino generato ricorrendo alla GPA, del quale era disposto lo stato di adattabilità. A supporto di questa interpretazione negativa veniva rilevata la violazione da parte dei genitori committenti della stessa legge straniera (Ucraina) che prescriveva il necessario contributo genetico (nella misura del 50 %) alla fecondazione dell'embrione realizzata, con il supporto di donatore, da parte degli stessi. La contrarietà all'ordine pubblico italiano del certificato di nascita ucraino, su cui veniva basato dai ricorrenti il rapporto di filiazione con il nato, e alla stessa legge di questo Paese in materia di maternità surrogata, avrebbe impedito il riconoscimento in Italia «di uno *status* di minore quale figlio dei ricorrenti» difettandone «in radice l'attribuzione, ossia il titolo».

38 A favore della trascrizione dell'atto di nascita si sono espressi: il Trib. Varese, GUP, 8 ottobre 2014; il Trib. Trieste, GUP, sent. 4 ottobre 2013, in www.biodiritto.org e il Trib. Milano, sez. V pen., sent. 13 gennaio 2014, in <http://www.penalecontemporaneo.it/>, che ha, nello specifico, proscioltto dall'accusa di alterazione di stato civile, di cui all'art. 567 comma 2 c.p., una coppia che aveva dichiarato come proprio un bambino generato mediante maternità surrogata a seguito di «formazione dell'embrione, in vitro, con il 50% del patrimonio genetico» del *partner* maschile «e l'altra metà proveniente da una ovodonatrice, individuata dalla clinica in un elenco di donne, tutte volontarie, di età compresa tra i 20 e 32 anni, in buono stato di salute, prive di malattie ereditarie, che avevano già portato a termine almeno una gravidanza generando figli nati sani». Alla stessa conclusione è giunto anche il Trib. Napoli, ufficio del GIP, 17 luglio 2015, in <http://www.siallafamiglia.it/>, che ha rilevato la presenza di «una condotta realizzata non per fini di lucro ma per realizzare quel desiderio (costituzionalmente garantito), di diventare genitori». Per il giudice partenopeo, il comportamento degli interessati che si erano limitati a chiedere la trascrizione producendo un atto ufficiale non avrebbe prodotto «alcuna alterazione dello stato civile», non configurandosi «alcun dolo né tanto meno intenzioni di violare la legge». In argomento cfr. pure Cass. pen., Sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525; Cass. pen., Sez. VI, 17 novembre 2016, n. 48696. In analoga direzione, e nonostante il parere decisamente negativo verso la GPA da parte del *Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé* [Avis n° 126 (15 juin 2017) *sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*] che ritiene ancora valide le ragioni giustificative della proibizione

veniva motivata dalla presenza di una (totale o parziale) affinità genetica tra questi protagonisti del rapporto che avrebbe, quindi, rafforzato lo stesso legame affettivo/relazionale intervenuto a seguito della cessione del bambino da parte della madre portatrice.

E così, ad esempio, nel trarre spunto dalla giurisprudenza sovranazionale più favorevole prima considerata, contenente la condanna dello Stato che non aveva riconosciuto la continuità dei rapporti familiari con i genitori intenzionali, nonostante la presenza di affinità genetica con uno dei componenti della coppia stessa, queste pronunce dei giudici di merito³⁹ sono pervenute ad attribuire la prevalenza agli effetti parentali che erano stati oramai prodotti dalla normativa straniera, certamente più liberale di quella italiana.

Neppure la difettosa rappresentazione della realtà, a seguito di una falsa dichiarazione da parte dei coniugi di una inesistente genitorialità naturale, avrebbe potuto impedire, secondo il GUP del Tribunale di Varese, la suddetta trascrizione o addirittura condurre alla loro condanna. Il travisamento della verità, consumatasi al momento della «assegnazione dello *status* di genitore in conformità dell'ordinamento italiano» e non della precedente «formazione dell'atto di nascita» in Ucraina⁴⁰, conduceva pertanto alla as-

di questa pratica concernenti il «respect de la personne humaine, refus de l'exploitation de la femme, refus de la réification de l'enfant, indisponibilité du corps humain et de la personne humaine», anche la Corte di Cassazione francese, *Première chambre civile*, in presenza di una GPA realizzata all'estero, ha autorizzato [arrêt n° 824 du 5 juillet 2017 (15-28.597), arrêt n° 825 du 5 juillet 2017 (16-16.901; 16-50.025); arrêt n° 826 du 5 juillet 2017 (16-16.455) et arrêt n° 827 du 5 juillet 2017 (16-16.495), reperibili all'indirizzo <https://www.courdecassation.fr>] la trascrizione dei certificati di nascita «*sur les registres de l'état civil français en ce qu'il désigne le père, mais pas en ce qu'il désigne la mère d'intention, qui n'a pas accouché*». Secondo questo interprete, infatti, «*une GPA réalisée à l'étranger ne fait pas à obstacle, à elle seule, à l'adoption de l'enfant par l'époux de son père*».

39 Cfr. Trib. Varese, GUP, 8 ottobre 2014, reperibile all'indirizzo www.penalecontemporaneo.it.

40 L'assenza di una corrispondenza genetica con la madre dichiarante di un bambino generato presumibilmente attraverso GPA con il seme del coniuge maschile, di cui era stata invece accertata l'affinità genetica, induceva il giudice ad assolvere la coppia di cittadini italiani, che aveva richiesto la registrazione del certificato di nascita dei figli, imputati del reato di false dichiarazioni idonee ad incidere sullo stato civile di una persona (art. 495, co. 2 c.p.), per aver negato di essere ricorsi ad una madre portatrice, proprio in considerazione della necessità di salvaguardare il preminente interesse dei minori alla conservazione della continuità dei rapporti familiari già instaurati nel Paese estero.

soluzione degli imputati dal reato di alterazione dello stato civile in quanto giudicato, nella fattispecie esaminata, inesistente rispetto all'«attitudine lesiva del bene giuridico tutelato dalla norma criminale»⁴¹.

Oltre a beneficiare coppie eterosessuali, tale apertura da parte della giurisprudenza di merito, a favore della trascrizione in Italia del provvedimento giudiziale straniero comprovante lo *status filiationis*, ha pure interessato analoga richiesta avanzata da coppie omosessuali maschili che erano in precedenza ricorse ad una fecondazione eterologa (che impiegava il seme di uno dei due partner) e, successivamente, alla GPA⁴².

Il silenzio serbato sulla *stepchild adoption* dalla legge n. 76 del 2016, recante la Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, ha finito inesorabilmente per rimettere al giudice adito il compito di valutare, caso per caso, il migliore interesse

41 Trib. Varese, GUP, sent. 8 ottobre 2014, cit.

42 Trib. per i minorenni di Roma, 31 dicembre 2015, Pres. Relatore Carmela Cavallo, reperibile all'indirizzo <http://www.articolo29.it>, con cui veniva riconosciuta a una coppia di uomini, sposati in Canada dopo sette anni di convivenza, l'adozione di un bimbo, figlio di uno dei due. Attraverso il ricorso alla *stepchild adoption* si consentiva perciò il diritto di uno dei due partner maschili di adottare il figlio del compagno, a seguito della sua nascita all'estero grazie alla maternità surrogata. Per questo Tribunale «il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati», rientra «nell'ambito del diritto alla vita familiare, nel “vivere liberamente la propria condizione di coppia” riconosciuto come diritto fondamentale, anzi ne sia una delle espressioni più rappresentative». Da qui l'esigenza che la normativa sulle adozioni «debba poter essere interpretata alla luce delle emergenze sociali che sollecitano per il riconoscimento di nuove forme di genitorialità». Ne discende, pertanto, che «una volta valutato in concreto il superiore interesse del minore a essere adottato e l'adeguatezza dell'adottante a prendersene cura, un'interpretazione dell'articolo 44, comma 1, lettera d), della Legge 184/1983 che escludesse l'adozione per le coppie omosessuali solo in ragione della omosessualità, al tempo stesso riconoscendo la possibilità di ricorrere a tale istituto alle coppie di fatto eterosessuali, sarebbe una interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di uguaglianza (articolo 3 della Costituzione) e della tutela dei diritti fondamentali (articolo 2)». Nella medesima direzione cfr. le seguenti pronunce reperibili nel sito www.articolo29.it: Trib. per i minorenni di Roma, 23 dicembre 2015; Corte d'Appello di Roma, 23 dicembre 2015; Corte di Appello di Milano, 28 ottobre 2016; Corte d'Appello di Milano, Sez. delle persone, dei minori e della famiglia, 5 ottobre 2016; Corte di Appello di Trieste 22 gennaio 2017; Trib. per i minorenni di Bologna, 6 luglio 2017; Corte di Appello di Trieste 26 febbraio 2017; Corte di Appello di Genova, ord. n. 1319 del 1 settembre 2017; Corte d'Appello di Trento, 23 febbraio 2017; Trib. per i minorenni di Firenze, Sezione adozioni, 7 marzo 2017.

del minore in presenza della richiesta del partner di una coppia omosex (sia maschile che femminile⁴³), privo di qualunque legame genetico, di avvalersi dell'istituto dell'adozione in casi particolari contemplata nell'art. 44 ss. della legge n. 184 del 1983.

L'evoluzione dei legami tra individui appartenenti al medesimo sesso, «rispondente alla ricchezza e complessità delle relazioni umane nell'epoca attuale», consente perciò, a giudizio della Corte d'Appello di Milano⁴⁴, di dare spazio anche alla richiesta di adozione superando così i «pregiudizi legati» ad una antica, e mai superata, «concezione di vincoli familiari».

Alla luce delle considerazioni che precedono, assolutamente favorevoli al mantenimento dei legami parentali instaurati all'estero a seguito di GPA, pur apprezzandosi il proposito della Consulta di porre un argine all'indebitato sfruttamento del corpo della donna, in presenza di mere motivazioni di tipo economico e commerciale, non si comprende come la contrarietà dalla stessa espressa per questa forma di procreazione, in grado di pregiudicare – a suo giudizio – un «interesse alla verità» di «natura pubblica»⁴⁵, possa poi

43 A seguito di alcune pronunce di giudici di merito, reperibili nel sito [www.articolo29](http://www.articolo29.it) (Corte d'Appello di Milano, Sez. Persone, minori, famiglia, 16 ottobre 2015; Corte d'Appello di Roma, 23 dicembre 2015; Trib. per i minorenni di Roma, 22 settembre 2015; Trib. Napoli, decr. 6 dicembre 2016; Corte d'Appello di Torino, 27 maggio 2016; Corte d'Appello di Milano, Sezione persone, minori e famiglia, 9 febbraio 2017; Tribunale per i minorenni di Bologna, 6 luglio 2017), ha fatto poi seguito una giurisprudenza, altrettanto favorevole al riconoscimento dell'adozione in casi particolari, del giudice di legittimità. Dopo una prima pronuncia (Corte Cass., Sez. I civ., 22 giugno 2016, n. 12962) sono intervenute altre sentenze della stessa Corte Cass., Sez. I civ., n. 19599 del 30 settembre 2016 e n. 14878 del 15 giugno 2017 che autorizzavano la trascrizione, in Italia, dell'atto di nascita redatto in un Paese estero (Spagna, Gran Bretagna) a favore di un bambino procreato da una delle due partner (la madre biologica) a seguito di fecondazione eterologa da donatore anonimo dell'ovulo ceduto dalla seconda partner (la madre genetica). Nella stessa direzione, anche la sent. della Corte di Appello di Napoli del 5 aprile 2016 che ha ordinato la trascrizione di due sentenze del Tribunale civile di Lille (Francia) con le quali si riconosceva l'adozione reciproca di due bambini figli di due donne italiane che si erano sposate in Francia.

44 Corte d'Appello di Milano, Sez. persone, minori e famiglia, 9 febbraio 2017.

45 Corte Cost. sent. n. 272 del 2017. Per la Consulta la tutela del migliore interesse del minore incontrerebbe, in presenza di una GPA espressamente vietata dalla legge, il limite rappresentato dalla esigenza di assicurare la prevalenza della verità (di natura pubblica) relativamente alle effettive origini biologiche del nato.

incidere su una prassi sviluppatasi all'estero e, per ciò stesso, di difficile contenimento e agevolmente eludibile.

Del resto, la Corte, pur ribadendo «l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità», come «vietata da apposita disposizione penale», che rende imprescindibile per il giudice adito la «presa d'atto della verità» biologica relativamente al rapporto di filiazione, non può tuttavia esimersi dal precisare, mostrando consapevolezza di questo fenomeno, che, anche in queste circostanze, l'interesse del minore non possa per questo essere «cancellato»⁴⁶, con l'effetto di assicurare un margine di valutazione all'interprete del caso di specie.

Pure in presenza di questa persistente avversione alla GPA, il ricorso a specifici accordi internazionali, soprattutto se di tipo bilaterale⁴⁷ con i Paesi permissivi, in grado di imporre comuni regole di condotta per evitare possibili abusi e salvaguardare la stabilità dei legami familiari⁴⁸, potrebbe allora consentire, secondo quanto sostenuto nei contributi che seguono, la conformazione alle indubitabili trasformazioni dei modelli familiari⁴⁹, di cui non viene affatto messa in discussione la stabilità rispetto a quelli (che prevedono la generazioni di figli all'interno di una matrimonio eterosessuale) appartenenti ad una più antica e consolidata tradizione giuridica.

Il riconoscimento delle indispensabili garanzie a favore del minore, a cominciare dalla continuità dei rapporti parentali, alla possibilità di risalire alle proprie origini genetiche qualora sorgesse la necessità di avviare protocolli terapeutici, alla opportunità di conoscere le modalità che ne hanno consentito la gestazione e la nascita, costituirebbe il contenuto indispensabile di un'intesa sottoscritta con i Paesi favorevoli alla GPA, proprio con l'intento di accompagnare il ricorso da parte di cittadini italiani a pratiche difficilmente contenibili nonostante il divieto contenuto nella legge n. 40.

46 Corte Cost. sent. n. 272 del 2017, a giudizio della quale «se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro».

47 Considerata la difficoltà di pervenire, anche in Europa, ad un accordo internazionale multilaterale in presenza di una persistente asimmetria tra gli Stati che attualmente proibiscono o, in direzione opposta, consentono la GPA.

48 Oltre al diritto del minore di risalire alle sue origini genetiche, analogamente a quanto oggi consentito a seguito della sent. 278/2013 della Corte Costituzionale per gli adottati, qualora necessario per avviare, in presenza di una grave patologia genetica, un corretto percorso terapeutico.

49 Fondati principalmente (seppure non esclusivamente) sugli affetti e la responsabilità genitoriale.

3. Le aperture giurisprudenziali, che hanno consentito di ricavare dal nostro ordinamento giuridico spazi interpretativi per garantire la continuità e stabilità familiare a beneficio del nato attraverso la GPA svolta all'estero, trovano ulteriore sviluppo nell'analogo attivismo mostrato da questo interprete, di ogni ordine e grado, per conformare al disposto costituzionale le parti della legge n. 40 considerate eccessivamente pervasive e irragionevoli.

A questa spinta offerta dalla giurisprudenza, cui sono pure derivati significativi effetti demolitori della citata legge, per le parti giudicate dalla Consulta palesemente contrarie al disposto costituzionale, non hanno tuttavia fatto seguito adeguati interventi normativi, giustamente rimessi da questo stesso interprete all'esercizio della discrezionalità del legislatore statale⁵⁰, in grado di colmare i vuoti provocati dalle pronunce di accoglimento.

In direzione opposta alla maggiore tempestività dimostrata dal legislatore francese e argentino, a introdurre le indispensabili garanzie a tutela dei diversi soggetti coinvolti nella pratica della fecondazione eterologa⁵¹, l'opportunità pure oggi consentita in Italia per questo tipo di procreazione, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 162/2014, non ha ancora indotto il legislatore italiano ad assicurare, con una specifica disciplina normativa, il diritto del nascituro di risalire, nel pieno rispetto dell'anonimato del donatore di gameti, alle proprie origini genetiche, qualora emergesse l'esigenza di avviare un corretto percorso terapeutico a salvaguardia della sua salute.

Il silenzio serbato al riguardo dall'art. 1, comma 298, della legge n. 190 del 2014⁵² e dal D.M. 265/2016⁵³ costringe perciò l'interprete a ricavare per analogia la regola da applicare, a garanzia di questo diritto del minore, dalla legislazione vigente in materia di adozione⁵⁴ nonché dal d. lgs. n. 191

50 Questo rinvio alla discrezionalità del legislatore viene ripetutamente effettuato nelle più recenti sentenze della Corte Cost. in materia di fecondazione assistita: 162/2014, 229/2015 e 84/2016.

51 Cfr. Article L.1131-1-2, R1131-20, L1244-6 del *Code de la santé publique* e Article 16-8 del *Code civil* francese; art. 30 *Ley argentina* n° 26.862, junio 25 de 2013, recante *Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*. Analogo diritto è riconosciuto dall'art. 5, n. 5 della *Ley spagnola* 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*.

52 Che istituisce il Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopo di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

53 Contenente il Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

54 Come interpretata alla luce della sentenza di condanna inflitta all'Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (*Godelli c. Italia*, 33783/09, 25 settembre 2012, reperibile all'indirizzo <https://www.giustizia.it>) e della

del 2007, su cui si sofferma il lavoro di G. Coletta, recante norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione dei tessuti e cellule umane.

Sempre con riguardo alla normativa vigente in Italia, ulteriori lacune, rispetto alla legislazione comparata qui considerata, continuano ad interessare le modalità di esecuzione della selezione preimpianto e soprattutto la sorte degli embrioni soprannumerari crioconservati di cui la coppia interessata avesse espressamente dichiarato l'abbandono⁵⁵, anche in considerazione della loro non utilizzabilità per essere affetti da una grave patologia genetica attualmente non curabile.

Ancora una volta, nonostante gli auspici della Consulta (sent. 96/2015 e 84/2016), pronunciatisi anche all'esito delle sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU⁵⁶, a favore di una tempestiva introduzione di apposite dispo-

sentenza della Corte Cost. 278/2013. Quest'ultima pronuncia dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dall'art. 177, comma 2, del d. lgs. n. 196 del 2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali), nella parte in cui non prevedeva – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicurasse la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre che avesse dichiarato, su richiesta del figlio, di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. n. 396 del 2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione. Il successivo d. lgs. n. 154 del 2013, richiamato dalla Corte Cost. nella sent. 272 del 2017, ha quindi «garantito, senza limiti di tempo, l'interesse primario ed inviolabile dei figli all'accertamento della propria identità e discendenza biologica».

55 Avendo già soddisfatto, attraverso un impianto precedente, il bisogno di genitorialità; essendo sopraggiunta la rinuncia all'impianto per ragioni determinate dallo stato di salute della donna; per una successiva (rispetto alla fecondazione) separazione tra i coniugi; per la morte del partner maschile.

56 Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, causa *Costa e Pavan c. Italia* (Ric. n. 54270/10), reperibile all'indirizzo <http://www.camera.it>, che riconduceva il «desiderio» di «mettere al mondo un figlio non affetto da malattia genetica», di cui i genitori fossero portatori sani, all'ambito di protezione offerta dall'art. 8 CEDU che consente una scelta «espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti». Per il giudice di Strasburgo, un'eventuale preclusione a questa diagnosi nel determinare uno «stato di angoscia della ricorrente», costretta nella tragica opzione tra possibilità di generare un «figlio affetto da malattia» e «le sofferenze derivanti dalla scelta dolorosa di procedere, all'occorrenza, ad un aborto terapeutico», sarebbe «sproporzionata», proprio per la sua ingerenza nel «diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata».

sizioni normative, rimesse principalmente, anche se non esclusivamente⁵⁷, alla discrezionalità del legislatore, in grado di circoscrivere le patologie di cui sia affetto l'embrione, che possano giustificare la selezione e l'abbandono⁵⁸, continua a permanere nel nostro Paese un inspiegabile vuoto normativo che finisce per rimettere la scelta della soluzione da adottare alla esclusiva responsabilità del medico procedente, sia pure all'esito del consenso espresso dalla coppia interessata.

Non potendo in alcun modo ricorrere ad un «intervento additivo (...) stante il carattere non “a rime obbligate” di un tale intervento», che avrebbe dovuto interessare la sorte degli embrioni soprannumerari, il giudice costituzionale italiano⁵⁹ demandava proprio al legislatore, stante la molteplicità

57 Con la sent. 162/2014 la Corte Costituzionale, nel richiamare una precedente pronuncia (sent. 8/2011), ribadisce infatti come qualunque «intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza», non possa «nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (...)». La delega, contenuta nella legge, al *soft law* potrebbe, infatti, consentire una tempestiva regolamentazione della materia scientifica, in considerazione di una maggiore duttilità della fonte. L'introduzione di opportune Linee guida, secondo le indicazioni dettate dall'art. 5, cui dovrà certamente riferirsi il giudice nell'accertamento della responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, è richiamata nella recente legge n. 27 del 2017, in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie.

58 Per il giudice delle leggi (sent. 96/2015), che escludeva un sua competenza al riguardo, è infatti «compito del legislatore introdurre», attraverso l'adozione di scelte assunte discrezionalmente, «apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa)».

59 Corte Cost. sent. 84/2016. Questa valutazione avrebbe dovuto per questo giudice, ad esempio, riguardare: il possibile impiego, per lo svolgimento di ricerche, di «embrioni affetti da malattia» – di cui dovrebbe essere specificata la natura – «o scientificamente “non biopsabili”»; la «selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell'embrione»; la «eventualità» e la «determinazione della durata, di un previo periodo di conservazione»; la

delle «opzioni intermedie», la «valutazione di opportunità (sulla base delle “evidenze scientifiche” e del loro grado di condivisione a livello sovranazionale)» di una loro successiva utilizzazione.

Nella prospettiva di una auspicabile procedimentalizzazione della decisione scientifica, che possa correttamente orientare la selezione degli embrioni da impiantare, di assoluto interesse è la soluzione adottata dal legislatore francese nel *Code de la Santé publique* (Article L. 2131-4) che consente la realizzazione di tale pratica «solo in una struttura specificamente autorizzata a tal fine dall’Agenzia per la biomedicina», a seguito dell’accertamento di una malattia genetica di particolare gravità idonea a provocare la morte precoce (nei primi anni di vita) del nascituro e, per ciò stesso, giudicata inguaribile al momento della diagnosi (Article L2131-4-1).

Ulteriori spunti potranno essere pure tratti dalla legislazione francese in ordine alla utilizzazione degli embrioni soprannumerari.

La presenza di una grave patologia genetica, comprovata dallo stato delle «evidenze scientifiche» e dal loro grado di condivisione a livello internazionale, cui si aggiunge il superamento del periodo massimo di conservazione degli embrioni stessi che non potrà superare i cinque anni (Article L 2141-4, III), potrà allora giustificare l’impiego a fini di ricerca (Article L2141-3) con esclusione di un loro sfruttamento commerciale o industriale (article L. 2141-8).

Su impulso di uno studio elaborato dal *Conseil d’Etat* nel 1999⁶⁰, pure richiamato da Fabienne Ghelfi nel suo saggio, il legislatore francese ha definitivamente aperto la strada, anche all’esito di successive riforme introdotte il 6 agosto 2013, l’11 febbraio 2015 e il 26 gennaio 2016, alla sperimentazione sull’embrione umano o sulle cellule staminali, previa apposita autorizzazione della *Agence de la biomedicine* e la raccolta del necessario consenso espresso dalla coppia legittimata al loro utilizzo, adeguatamente e previamente informata sulla tipologia della ricerca sperimentale per la cura, con rimedi innovativi, di patologie allo stato incurabili.

«opportunità o meno (dopo tanti periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di una sua destinazione alla sperimentazione»; le «cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui»

60 *Les Lois de la bioéthique: cinq ans après: étude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat le 25 novembre 1999*, reperibile all’indirizzo <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/994001756/index.shtml>.

Indiscutibili, allo stato delle conoscenze scientifiche, sarebbero i vantaggi legati all'utilizzo delle cellule embrionali per il prelievo di cellule staminali finalizzato alla cura di gravi patologie geneticamente trasmissibili.

Il perdurante divieto contenuto nell'art. 13 (recante sperimentazione sugli embrioni umani) della legge n. 40, che all'art. 1 lett. a) espressamente vieta, in senso contrario a quanto previsto in Francia, «la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla (...) legge», pure precludendo qualsiasi derivazione delle cellule staminali dalle blastocidi soprannumerarie prodotte in Italia, nonostante il loro definitivo abbandono e successiva distruzione, appare perciò un irragionevole ostacolo all'esercizio della libertà di ricerca e di scienza di indubbia valenza costituzionale⁶¹.

Tale impedimento, peraltro, non sembra tuttavia escludere, in un modo che viene considerato da alcuni scienziati contraddittorio quando non addirittura ipocrita⁶², il loro impiego sperimentale qualora fossero state, al contrario, importate da altri Paesi.

61 La pronuncia della Corte EDU, Grande Camera, 27 agosto 2015, causa *Parrillo c. Italia*, ric. n. 46470/11, in <http://presidenza.governo.it/>, pur rigettando la richiesta dell'istante di destinare, a seguito della morte del coniuge (che non aveva potuto manifestare il proprio consenso), gli embrioni in precedenza fecondati a fini di ricerca, rimette comunque al libero apprezzamento degli Stati qualunque decisione sulla loro utilizzabilità a scopo sperimentale, anche se da questa attività ne possa derivare la loro estinzione. Senza affatto escludere la possibile sperimentazione sugli embrioni, la sentenza della Corte di Lussemburgo (Grande Sezione, 18 ottobre 2011, Causa C-34/10, *Oliver Brüstle contro Greenpeace e V.*, in <http://curia.europa.eu/>) ha, invece, rivolto la sua attenzione al divieto di brevettare il procedimento che, attraverso il prelievo di cellule staminali ricavate da un embrione umano nello stato di blastocisti, possa determinare la distruzione di quest'ultimo. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a V. TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 30 settembre 2015, in www.penalecontemporaneo.it e a G. PERRONE, "Eppur si muove". Il divieto di donazione alla ricerca scientifica degli embrioni umani prodotti "in vitro" ma non più destinati ai fini procreativi: la posizione della Corte EDU tra pronunce e nuove prospettive, 4 febbraio 2016, in *Osservatorio costituzionale dell'AIC*.

62 Cfr. le dichiarazioni rese da E. CATTANEO e M. DE LUCA nell'intervista contenuta in *Fecondazione, Consulta: "No a ricorso su ricerca embrioni"*, in *La Repubblica* online, 22 marzo 2016 nonché all'indirizzo <http://www.AssociazioneIuliacoscioni.it/rassegnastampa/celle-staminali-embrionali-italia-troppe-ipocrisie>.

Nonostante gli auspici avanzati dalla Commissione di studio sull'utilizzo delle cellule staminali per finalità terapeutiche, presieduta dal Premio Nobel per la medicina, Renato Dulbecco⁶³, a favore delle opportunità offerte dalla medicina rigenerativa attraverso l'impiego, per ora realizzato «con successo su modelli animali»⁶⁴, di cellule staminali embrionali per la cura di talune patologie degenerative, come il Parkinson, la Corea di Huntington, la Sclerosi multipla, il diabete, la degenerazione retinica, analogamente a quanto con successo già avviato in altri Paesi, continua a persistere in Italia la moratoria introdotta dal legislatore del 2004.

Il divieto all'impiego sperimentale degli embrioni soprannumerari, non preclude, tuttavia, nel nostro Paese, analogamente a quanto consentito oltrelpe, una ricerca su queste entità *in fieri* destinate al trasferimento in utero per consentirne la successiva gestazione⁶⁵.

Gli scenari sperimentali, illustrati dal saggio di Raffaele Prodomo, Francesca Forni e Luisa Iannicelli, la cui delimitazione non potrebbe che essere affidata all'esercizio dei poteri discrezionali del legislatore⁶⁶, e al

63 Cfr. Conclusioni della Commissione ministeriale di esperti in campo scientifico e morale, istituita dal Ministro della sanità, Umberto Veronesi, il 20 settembre 2000 e presieduta da Renato Dulbecco, presentata il 28 dicembre 2000, reperibile all'indirizzo <https://www.uaar.it/laicita/bioetica/10f.pdf>. Nella risoluzione maggioritaria adottata da questa Commissione si affermava l'opportunità di destinare per finalità di ricerca gli embrioni soprannumerari che, per varie ragioni, non fossero più destinati all'impianto e suscettibili di distruzione, per i possibili benefici che ne sarebbero derivati per l'umanità. Tale opzione non avrebbe affatto comportato, a giudizio della stessa Commissione, alcuna «concezione strumentale dell'embrione», né costituito «un atto di mancanza di rispetto nei confronti della vita umana, in specie se si considera che l'alternativa è di lasciare che questi embrioni, per i quali non è più possibile la destinazione per cui sono stati formati, periscano».

64 E. CATTANEO, nell'intervista contenuta *Fecondazione, Consulta: "No a ricorso su ricerca embrioni"*, cit.

65 La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione sarà infatti «consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative» (art. 13.2, legge n. 40). Per la Francia *Article L2151-5, V del Code de la Santé publique*.

66 Sull'esigenza che la sperimentazione sugli embrioni, che comporta una «scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano», sia rimessa alla decisione del legislatore, dovendo conseguentemente essere sottratta al sindacato della Corte Costituzionale, cfr. sent. 84/2016.

successivo intervento del *soft law*, che comportano il trapianto dell'ovocita materno nell'ovocita di una donatrice privato del proprio nucleo, in modo da consentire l'ibridazione – prima della fecondazione da parte del seme del padre – del DNA della madre malata con quello di una donatrice sana, dimostrano l'importanza delle attività sperimentali di questa natura, per ora avviate soltanto in alcuni Paesi (Ucraina e Regno Unito⁶⁷), condotte in una fase precoce della fecondazione embrionale, prima dell'impianto nell'utero materno.

Peraltro, in alternativa al sacrificio a fini sperimentali degli embrioni soprannumerari, la legge francese apre anche la strada ad una loro possibile cessione, da parte dei legittimi proprietari, ad una diversa coppia (di cui dovrà rimanere ignota l'identità) interessata ad avviare la loro gestazione (Article L. 2141-4 ss.).

Analogamente a quanto stabilito per l'adozione di un bambino, tale liberalità potrà avvenire soltanto a seguito di una decisione dell'autorità giudiziaria che verifichi la presenza delle necessarie condizioni legittimanti il trasferimento: dal consenso liberamente espresso da parte della coppia che abbia contribuito, con i propri gameti, alla fecondazione dell'embrione; all'idoneità della coppia, che abbia deciso di accoglierlo, ad assicurare al nascituro adeguato supporto educativo, assistenziale, psicologico.

4. Seppure non possa escludersi un inevitabile attivismo del giudice in un settore della conoscenza umana particolarmente dinamico, l'introduzione di una previa disposizione di legge in grado di orientarne la funzione interpretativa appare, per tutte le ragioni esposte, indispensabile.

La presenza di una norma giuridica, non invasiva degli ambiti di autonomia da riconoscere agli organi abilitati ad assumere decisioni scientifiche (attraverso le Linee guida, Protocolli, le norme di Buona pratica clinica o di natura deontologica), avrebbe pure l'effetto di ridurre i margini di oscillazione giurisprudenziale in grado di provocare incertezze quando non discriminazioni tra i soggetti interessati, nonostante le somiglianze dei casi considerati.

D'altra parte, questa disciplina legislativa, adeguatamente duttile e adattabile alle trasformazioni delle conoscenze scientifiche, certamente distante dalla pervasività, per certi versi, e lacunosità, per altri, che ha caratterizzato in origine la legge n. 40, dovrebbe indurre ad un profondo ripensamento delle

67 La notizia è riportata in *Un bambino in provetta e tre genitori*, 6 febbraio 2015, in <https://www.focus.it/scienza/salute/fecondazione-dna-due-madri-fda-mitocondri>.

tecniche di elaborazione normativa, in modo da renderla permeabile all'esperienza di quanti operano quotidianamente in siffatto settore della conoscenza.

In questa prospettiva, in aggiunta alle aperture alle opinioni degli esperti, come pure consentite dai Regolamenti parlamentari in sede di audizioni svolte nel corso dei lavori in Commissione⁶⁸, di un certo interesse è la proposta della Senatrice a vita e scienziata Elena Cattaneo di avvalersi di Consiglieri scientifici. Si tratta di un supporto, sempre più diffuso nelle democrazie europee, in grado di orientare il decisore politico, sia esso il Parlamento o il Governo, cui ovviamente spetterà la scelta finale, verso la migliore soluzione tecnica fondata sulle più diffuse evidenze scientifiche.

Un diverso approccio dei processi di elaborazione della norma giuridica, fondato sulle più accreditate conoscenze scientifiche, potrebbe indurre, in analogia a quanto già realizzato nell'esperienza tratta dal diritto comparato, anche il legislatore italiano a una regolamentazione delle innovative tecniche della medicina della riproduzione più rispondente alle attese della collettività, nel pieno rispetto dei diritti di coloro che intendono accedere alla fecondazione assistita e ad una successiva utilizzazione della GPA, compatibilmente al migliore interesse del nascituro.

I proficui risultati raggiunti, grazie all'impegno profuso dagli Autori dei saggi che seguono, all'esito di una efficace collaborazione tra studiosi del C.I.R.B. e dell'Università di Nizza Sophia Antipolis, potranno certamente rappresentare uno stimolo alla prosecuzione degli ulteriori approfondimenti diretti ad analizzare i possibili sviluppi di una scienza in continua evoluzione oltre a contribuire al necessario dibattito pubblico che dovrà precedere, anche a fini di orientamento, la successiva introduzione della regola giudica.

68 A condizione di non ridurle ad «una vetrina preselezionata di posizioni politiche preconcrete» distanti dalla originaria funzione di luogo di «vera informazione»» (E. CATTANEO, *Ogni giorno. Tra scienza e politica*, cit., 169).

PARTE PRIMA

LA FECONDAZIONE ASSISTITA NEL DIALOGO TRA DISTINTI MODELLI CULTURALI

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E FILIAZIONE NEL DIRITTO FRANCESE*

Anche se oggi la coppia non si fonda più esclusivamente sulla procreazione, bisogna riconoscere che il desiderio di avere un figlio resta vivo nella maggior parte dei casi. Tuttavia questo desiderio profondo può, a volte, essere ostacolato dalla natura (in caso di sterilità o semplicemente di impossibilità fisiologica), diventando fonte di vissuti dolorosi.

La medicina ha quindi cercato, fin dal XIX secolo, di trovare rimedi all'infertilità umana: a poco a poco sono stati scoperti e sviluppati dei metodi che consentono a una coppia infertile di dare alla luce un bambino. Questi metodi sono tradizionalmente raggruppati sotto la denominazione di procreazione medicalmente assistita¹.

Tali avanzamenti della medicina non potevano poi essere ignorati dal diritto. Così in Francia il legislatore, dal 1994, ha inquadrato la procreazione medicalmente assistita mediante due leggi del 29 luglio, dette leggi di bioetica², che in seguito sono state oggetto di tre successive revisioni con le leggi n. 2004-800 del 6 agosto 2004 e n. 2011-814 del 7 luglio 2011 e, più di recente, con il decreto del 4 marzo 2016 relativo alla procreazione medicalmente assistita³.

Con questi testi il legislatore ha inteso regolamentare strettamente tali pratiche mediche, riguardanti oggi in Francia il 3% delle nascite, e lo ha fatto in tre modi.

In primo luogo definendo chiaramente la loro finalità: «*porre rimedio all'infertilità il cui carattere patologico sia stato clinicamente diagnosticato o evitare la trasmissione al bambino o a un membro della coppia di una malattia di particolare gravità*»⁴. La legge vieta dunque ogni forma di

* Traduzione dal francese di Emilia Tagliatela.

1 Cfr. l'art. L. 2141-1 del *Code de la Santé Publique*.

2 *Lois* n° 94-653 e n° 94-654 del 29 luglio 1994.

3 *Décret* n° 2016-273 del 4 marzo 2016.

4 Articolo L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*.

procreazione medicalmente assistita motivata da ragioni personali, impedendo così il ricorso ad essa da parte di una coppia omosessuale.

Inoltre la legge ha precisato i procedimenti autorizzati.

Sono infatti consentite:

- la procreazione medicalmente assistita detta omologa, vale a dire quella effettuata a partire dai gameti della coppia (inseminazione artificiale con lo sperma del coniuge, fecondazione *in vitro*, procedimenti derivati dalla *fivet*, stimolazione ovarica);

- la procreazione medicalmente assistita eterologa, cioè quella eseguita con il ricorso a un donatore esterno alla coppia (inseminazione con donatore, *fivet* eterologa);

- al contrario è vietata la gestazione per altri o la maternità per altri, vale a dire la pratica con cui una donna assicura la gestazione di un embrione a beneficio di un'altra donna, che diventerà la madre legale del bambino (madre intenzionale)⁵. Tale procedimento è illegale in Francia, anche se oggi il suo divieto è rimesso in discussione. In effetti è stata innanzitutto la giurisprudenza a condannare fermamente questo procedimento in una sentenza dell'Assemblea plenaria della *Cour de cassation* del 31 maggio 1991. La Corte ha rilevato che *«l'accordo con il quale una donna si impegna, anche a titolo gratuito, a concepire un bambino per abbandonarlo al momento della nascita viola sia il principio di ordine pubblico dell'indisponibilità del corpo umano, che quello dell'indisponibilità dello stato personale»*. Tale accordo è dunque viziato da assoluta nullità⁶.

Questa condanna è stata poi sancita nel 1994 dal legislatore, che ha integrato l'articolo 16-7 del codice civile stabilendo chiaramente che *«ogni accordo riguardante la procreazione o gestazione per altri è nullo»*.

Infine i beneficiari sono anch'essi elencati in modo circostanziato.

L'articolo L. 2141-2 comma 2 del *Code de la Santé Publique* assume espressamente come riferimento una *coppia eterosessuale costituita da persone che siano in vita, che siano in età fertile e che vivano insieme*. In sostanza il testo prevede che *«la procreazione medicalmente assistita ha lo scopo di rispondere alla richiesta di genitorialità di una coppia. L'uomo e la donna che formano la coppia devono essere viventi, in età fertile, sposati o in grado di dare prova di una vita comune e devono preventivamente*

5 In termini scientifici esistono due modalità: in primo luogo quella della madre sostituita (bambino concepito con lo sperma del marito o del compagno) e poi quella della madre portatrice (bambino concepito con i gameti della coppia).

6 Ass. Pl. 31 maggio 1991, n° *de pourvoi*: 89-15231. Tale soluzione è stata richiamata a più riprese dopo il 1991 in sentenze del 2003, 2011, 2013 e 2014.

esprimere il consenso al trasferimento degli embrioni o all'inseminazione. Rappresentano un impedimento all'inseminazione o al trasferimento di embrioni la morte di uno dei membri della coppia, il deposito di una istanza di divorzio o di separazione legale o la cessazione della vita in comune, così come la revoca del consenso, da parte dell'uomo o della donna, espressa per iscritto dinanzi al medico incaricato di attuare la procreazione medicalmente assistita».

Il Codice civile dunque vieta il ricorso alla procreazione medicalmente assistita da parte dei *singles*, delle donne in età avanzata⁷ e delle coppie omosessuali. Allo stesso modo sono vietati l'inseminazione *post mortem* e il trasferimento *post mortem* di embrioni.

A differenza di altri paesi europei, il legislatore francese ha quindi optato per un criterio di ammissibilità ragionata, vale a dire inquadrata e limitativa, della procreazione medicalmente assistita, adattando all'occorrenza le norme del diritto comune della filiazione per salvaguardare al meglio tutti gli interessi in campo (quelli del genitore biologico, del genitore d'intenzione e di terzi donatori). Ma una tale scelta è oggi considerata troppo restrittiva e persino superata da quanti ritengono ch'essa favorisca lo sviluppo del turismo procreativo. Alcune coppie francesi non esitano a fare ricorso all'estero a procedimenti proibiti nel nostro territorio, sollevando inevitabilmente la questione dell'accertamento della filiazione in Francia.

In ultima analisi la procreazione medicalmente assistita, sia che venga praticata in Francia o all'estero, comporta necessariamente conseguenze giuridiche sul piano dell'accertamento della filiazione, che è opportuno considerare nei loro diversi e molteplici aspetti.

Dobbiamo constatare che se la filiazione di un bambino nato da una PMA autorizzata è stata considerata e adattata dal legislatore francese (I), la sua definizione in presenza di una PMA vietata dal diritto nazionale è molto più problematica e delicata (II).

⁷ In Francia le maternità tardive sono proibite. L'età della donna che desidera ricorrere a una PMA non è fissata per legge, ma le procedure di PMA sono rimborsate dalla previdenza sociale fino a 43 anni. Per quanto riguarda gli uomini si può constatare come le équipes mediche rifiutino di praticare la PMA nel caso in cui l'aspirante padre abbia più di 60 anni.

I. Il bambino nato da una PMA autorizzata: una filiazione adattata

Nel diritto francese l'accertamento della filiazione di un bambino nato da una procreazione medicalmente assistita ha richiesto alcuni adattamenti del diritto comune della filiazione. Le norme differiscono a seconda della tipologia di PMA utilizzata: PMA omologa (A) o PMA eterologa (B).

A. La filiazione nel quadro di una PMA omologa

Nel caso della procreazione medicalmente assistita omologa, il bambino è per definizione figlio biologico della coppia e pertanto l'accertamento della sua filiazione legale non implica alcuna distinzione rispetto a quello di un bambino concepito naturalmente. Si applicano dunque le regole del diritto comune, che è opportuno richiamare brevemente.

– La filiazione materna, innanzitutto, risulta dall'indicazione del nome della madre nel certificato di nascita, in conformità con l'articolo 311-25 del Cod. Civ.⁸. In questo caso il principio è chiaramente sancito: dal momento in cui l'identità della donna che ha partorito è indicata nell'atto di nascita del bambino, la filiazione materna viene automaticamente riconosciuta. Il fatto che la madre abbia fatto ricorso a una PMA non cambia nulla. Si applica l'adagio classico *mater semper certa*, che resta valido sia nel caso in cui la partoriente sia sposata, sia nel caso in cui non lo sia.

– La filiazione paterna, a sua volta, può essere accertata tramite diverse procedure: sia per presunzione, sia per riconoscimento, sia per possesso di stato o ancora per via giudiziaria.

Nel primo caso, la filiazione paterna può essere accertata tramite il dispositivo della presunzione legale di paternità riservata alle sole coppie sposate⁹. Fondata certamente su un'alta probabilità, essa è, tuttavia, una presunzione semplice¹⁰.

Ma la filiazione paterna può essere ugualmente accertata tramite riconoscimento, nel caso di bambini nati al di fuori del matrimonio. Si ricorre in questa situazione a un atto autentico, di natura personale e dichiarativa, che può intervenire in qualsiasi momento, prima o dopo la nascita, senza limiti di tempo.

8 «La filiazione è riconosciuta nei confronti della madre tramite la designazione di questa nel certificato di nascita del bambino».

9 Art. 312 del Cod. Civ.: *Il bambino concepito o nato durante il matrimonio ha per padre il marito*.

10 La filiazione è indivisibile nell'ambito del matrimonio.

Il legame di filiazione paterna può anche risultare dal possesso di stato. Secondo l'articolo 311-1 del Cod. Civ., tale possesso «viene accertato grazie alla raccolta adeguata di fatti che rivelino il legame di filiazione e di parentela tra una persona e la famiglia alla quale si dice che tale persona appartenga». Tre sono gli elementi considerati per stabilire tale possesso di stato: i rapporti reciproci tra il presunto genitore e il bambino (*tractatus*), il nome che quest'ultimo porta (*nomen*) e l'opinione dell'*entourage* e della comunità circa la realtà della filiazione (*fama*)¹¹. Inoltre il possesso di stato deve avere alcune caratteristiche per produrre i suoi effetti. Ai sensi dell'articolo 311-2 del Codice Civile, «deve essere continuo, incontestato, pubblico e non equivoco». Una volta che il possesso di stato sia stato constatato, può essere richiesto un atto notorio da ciascuno dei genitori, singolarmente o congiuntamente, o dallo stesso figlio¹².

Infine, ricordiamo che la filiazione paterna può essere accertata attraverso un contenzioso, soprattutto quando il padre rifiuta di riconoscere il bambino dopo il ricorso a una PMA¹³. In questo caso la prova della paternità può essere fornita con tutti i mezzi, ai sensi del secondo comma dell'articolo 310-3 sempre del Codice Civile.

Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita omologa non modifica, dunque, le regole classiche della filiazione. Il bambino così concepito è il figlio biologico della coppia e si applica, senza deroghe, il diritto comune della filiazione. Ovviamente la situazione è diversa quando la procreazione medicalmente assistita è di tipo eterologo. La presenza di un terzo donatore ha obbligato il legislatore francese ad adattare le norme sulla filiazione allo scopo di rispettare tutti gli interessi coinvolti.

B. La filiazione nel quadro di una PMA eterologa

La PMA con ricorso a un donatore esterno alla coppia, concepita dal legislatore francese entro un quadro di funzioni sussidiarie¹⁴, ha giustificato

11 Non è tuttavia indispensabile che questi elementi siano compresenti perché si possa dedurre l'esistenza di un possesso di stato.

12 Art. 317 del Cod. Civ.. La richiesta può essere presentata indipendentemente dall'età del bambino.

13 Art. 327 del Cod. Civ.. Per un'analisi recente del tema cfr. *Cass. civ. I^{re}*, 16 marzo 2016, n° 15-13.427.

14 L'articolo L. 2141-7 del *Code de Santé Publique* dispone che «la procreazione medicalmente assistita con terzo donatore può essere praticata quando esiste il rischio di trasmissione di una malattia di particolare gravità al bambino o a un membro della coppia, quando le tecniche di procreazione assistita omologa non

l'emanazione di apposite norme per l'accertamento della filiazione, che sanciscono due principi fondamentali:

- da una parte il divieto di stabilire qualsiasi legame di filiazione tra il donatore e il bambino,
- dall'altra la creazione di un rapporto di filiazione tra il bambino e il suo genitore d'intenzione.

1. *Il divieto di stabilire legami di filiazione tra il donatore e il bambino*

In Francia, il donatore di gameti, protetto dal principio di anonimato¹⁵, rimane dunque estraneo al bambino e questa estraneità si concretizza in due modi.

• Prima di tutto, nessun legame di filiazione può essere stabilito con il bambino. La norma è espressamente sancita dal legislatore a partire dal 1994, nell'articolo 311-19 del Cod. Civ.. Il testo dispone esplicitamente che *«in caso di procreazione medicalmente assistita con terzo donatore, nessun rapporto di filiazione può essere stabilito tra l'autore del dono e il bambino nato della procreazione»*.

Da questo principio derivano due drastiche conseguenze:

– il donatore, anche se cambiasse idea, non potrebbe far valere il suo rapporto di filiazione nei confronti del bambino, in particolare tramite riconoscimento;

– allo stesso modo, il bambino, anche se riuscisse a eludere l'anonimato del donatore, non potrebbe esercitare un'azione di ricerca di paternità.

• A questa interdizione di ogni legame di filiazione nei confronti del terzo donatore si aggiunge infine un'altra norma prevista dal comma 2 del testo, secondo cui nessuna azione per responsabilità può essere esercitata nei confronti del donatore di gameti. Il legislatore ha inteso tutelare il donatore da eventuali azioni per responsabilità che i genitori legali potrebbero all'occorrenza esercitare contro di lui¹⁶.

Così, se è impossibile stabilire qualsiasi filiazione nei confronti del donatore, le cose stanno in maniera diversa per quanto riguarda i genitori intenzionali.

possono avere un esito positivo o quando la coppia, debitamente informata [...], rinuncia a una procreazione assistita omologa».

15 Art. 16-8 del Cod. Civ.

16 Ad esempio nel caso in cui il nato sia affetto da una disabilità.

2. L'accertamento del rapporto di filiazione tra il bambino e il suo genitore intenzionale.

– L'accertamento della filiazione materna non solleva particolari difficoltà.

La soluzione è semplice in quanto, sia che ci sia stato dono di sperma, sia che ci sia stato dono di ovociti, si applica la regola classica secondo cui «la filiazione è riconosciuta nei confronti della madre tramite la designazione di questa nell'atto di nascita» (art. 311-25 C. Civ.)¹⁷. In definitiva poco importa che la madre intenzionale sia o no la madre biologica, è il parto che ne fa la madre legale.

– L'accertamento della filiazione paterna necessita, invece, di alcuni adeguamenti, soprattutto nel caso di donazione di sperma.

La paternità del genitore intenzionale sarà in linea di massima stabilita in maniera pacifica secondo i procedimenti del diritto comune (presunzione di paternità nel caso di coppie sposate, riconoscimento o possesso di stato negli altri casi). Tuttavia, in caso di donazione di sperma, se il padre intenzionale rifiuta di riconoscere volontariamente la propria paternità, il legislatore ha previsto due specifiche disposizioni ai commi 4 e 5 dell'articolo 311-20 del Cod. Civ.:

- da una parte *«colui che, dopo aver acconsentito alla procreazione medicalmente assistita, non riconosce il bambino che da essa è nato, risulta responsabile verso la madre e verso il bambino»*. Così l'uomo che si sottrae ai suoi doveri parentali può essere condannato a pagare al bambino e alla madre il risarcimento dei danni derivanti dal suo rifiuto di riconoscere il figlio¹⁸;

- dall'altra parte *«la sua paternità è dichiarata per via giudiziaria. L'azione segue le disposizioni previste dagli articoli 328 e 331»*.

Ad ogni modo la filiazione paterna, una volta accertata, non può essere, in linea di principio, contestata. Infatti il legislatore ha avuto cura di stabilire che *«il consenso espresso a una procreazione medicalmente assistita vieta ogni azione finalizzata ad accertare o a contestare la filiazione, a meno che non si sostenga che il bambino non è nato dalla procreazione medicalmente assistita o che il consenso era privo di effetto»*. In definitiva, il consenso dato dal marito o dal partner nel quadro di una PMA eterologa è dotato di un'efficacia assoluta dato che impedisce la contestazione della filiazione, tranne che in due casi determinati:

- * quando è dimostrato che il bambino non è nato da una PMA, ma da relazioni sessuali della madre con un terzo;

17 Art. 311-25 del Cod. Civ.

18 Art. 1240 del Cod. Civ.

* quando il consenso alla PMA è privato d'efficacia dal sopravvenire, prima del completamento della pratica di riproduzione assistita, di condizioni quali il decesso del marito o del *partner*, il deposito di una istanza di divorzio o di separazione legale o la cessazione della vita in comune. Il consenso è ugualmente privo di efficacia quando l'uomo o la donna presentano, prima della realizzazione della PMA, una revoca scritta al medico incaricato di attuare tale procedura.

Il legislatore francese pertanto ha inquadrato con precisione l'accertamento della filiazione di un bambino nato da una procreazione medicalmente assistita, cercando di conciliare i diversi interessi in campo: l'interesse dei genitori d'intenzione, quello del donatore e quello del bambino. La situazione è molto diversa nel caso di una PMA attuata secondo procedure vietate e praticata all'estero da coppie francesi. Il concepimento di questi bambini pone inevitabilmente in Francia la questione dell'accertamento della loro filiazione.

II. Una filiazione problematica per il bambino nato da una procedura vietata di PMA

Poiché l'accesso alla PMA presenta in Francia delle restrizioni, molte coppie oggi non esitano a recarsi all'estero per beneficiare dell'assistenza medica alla procreazione. Questo turismo procreativo solleva numerose difficoltà sul piano del diritto interno. Come è possibile riconoscere la filiazione dei bambini così concepiti? La risposta della giurisprudenza francese è al momento variabile. In sostanza i giudici operano una distinzione in relazione al procedimento utilizzato: inseminazione artificiale in seno a una coppia omosessuale (A) e gestazione per altri (B). Ci troviamo dinanzi a un trattamento differenziato senza dubbio difficile da giustificare.

A. La filiazione del bambino nato da una inseminazione artificiale in seno a una coppia omosessuale

Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita da parte di coppie omosessuali, considerato illegale in Francia, è assolutamente lecito in molti paesi. Alcune coppie di donne si recano all'estero per ottenere un'inseminazione artificiale con terzo donatore. Tuttavia, al loro rientro in Francia, si pone inevitabilmente il problema dell'accertamento della filiazione del bambino nei confronti delle due donne.

Non si individua alcuna difficoltà per la donna che ha portato avanti la gravidanza, perché ancora una volta il diritto comune prevale ed è il parto a farne la madre legale.

Invece la posizione della *partner* si configura come più problematica suscitando alcune divergenze ed esitazioni giurisprudenziali. Mentre alcune giurisdizioni si sono pronunciate a favore della piena adozione del bambino da parte della compagna della madre biologica¹⁹, altre giurisdizioni, al contrario, si sono mostrate più riluttanti in nome della frode compiuta²⁰. Esse hanno ritenuto che «*il comportamento per cui si beneficia all'estero di un procedimento di procreazione medicalmente assistita vietato in Francia e poi si chiede l'adozione del bambino concepito in conformità alla legge di un Paese straniero ma in violazione della legge francese, è una frode (..) e impedisce, pertanto, l'adozione del bambino concepito illegalmente*».

Adita per un parere su tale questione, la *Cour de cassation*, il 22 settembre 2014, ha dichiarato che «*il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, attuata all'estero secondo la procedura dell'inseminazione artificiale con donatore, non costituisce un impedimento alla dichiarazione dell'adozione, da parte della compagna della madre, del bambino nato da questa procreazione, allorquando i requisiti di legge per l'adozione siano soddisfatti ed essa sia conforme all'interesse del bambino*»²¹. Evidenziando l'interesse del bambino, la *Cour de cassation* ha pertanto respinto ogni riferimento alla frode. Le giurisdizioni di merito si sono in seguito adeguate a questa pronuncia²².

Ormai ammessa nell'ambito di una coppia di donne sposate, la piena adozione del figlio del coniuge consente pertanto di stabilire la filiazione del bambino concepito all'estero.

La sorte del bambino nato da una gestazione per altri è molto più problematica.

B. La filiazione del bambino nato da una gestazione per altri

Per aggirare il divieto legale di maternità per altri, alcune coppie francesi hanno fatto ricorso al turismo procreativo (in Belgio, Danimarca, Grecia o negli Stati Uniti). Ma, al loro rientro in Francia, queste coppie hanno incontrato difficoltà a ottenere la trascrizione sui registri di stato civile de-

19 Si ricorda che l'adozione del figlio del *partner* è possibile solo in seno a una coppia sposata, sia omosessuale che eterosessuale. Cfr. l'art. 345-1 del Cod. Civ.

20 *Fraus omnia corrumpit*. Cfr., in questo senso, TGI Versailles, 29 aprile 2014, inedito.

21 Sentenza n° G1470006 e sentenza n° J1470007, del 22 settembre 2014.

22 Per un esempio recente cfr. Agen 18 gennaio 2016, inedito.

gli atti di nascita redatti all'estero e il riconoscimento della filiazione, sia materna che paterna, perché il diritto francese ha rifiutato di attribuire efficacia giuridica a un atto compiuto in violazione di legge.

La *Cour de cassation* ha affermato, in tre sentenze di principio del 6 aprile 2011, «che è in contrasto con il principio dell'indisponibilità dello stato personale, principio fondamentale nel diritto francese, attribuire efficacia, rispetto alla filiazione, a un accordo concernente la gestazione per altri, che, sebbene fosse lecito all'estero, è nullo per contrarietà all'ordine pubblico ai sensi degli articoli 16-7 e 16-9 del Codice Civile»²³.

Pertanto la Corte ha rifiutato il riconoscimento della filiazione materna alla madre intenzionale, in quanto ciò sarebbe in contrasto con la regola *mater semper certa est*.

Allo stesso modo, ha annullato il riconoscimento del figlio da parte del padre intenzionale, che in questo caso era il padre biologico²⁴.

In altri termini, secondo l'Alta Corte, la frode impedisce qualsiasi legame tra il bambino e i suoi genitori intenzionali, madre o padre, a prescindere dal procedimento legale considerato (adozione, possesso di stato, semplice trascrizione dell'atto di nascita regolarmente redatto all'estero)²⁵.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha condannato questo orientamento giurisprudenziale. In due sentenze del 26 giugno 2014, le sentenze *Menesson c. Francia* e *Labassée c. Francia*, la Corte di Strasburgo ha stabilito che, negando la trascrizione dei certificati di nascita, la Francia ha violato il rispetto della *privacy* dei minori e ha pregiudicato il diritto per cui «chiunque può stabilire la sostanza della propria identità, ivi compresa la sua filiazione». Secondo la Corte, «tenuto conto delle gravi conseguenze di questa restrizione sull'identità e sul diritto al rispetto della vita privata (...), lo Stato francese, impedendo tanto il riconoscimento quanto la formalizzazione nel diritto interno della loro filiazione rispetto al padre biologico, è andato al di là di quanto consentissero i propri margini di discrezionalità»²⁶.

Facendo tesoro della condanna della CEDU, la *Cour de cassation* ha poi sviluppato la propria posizione in due sentenze del 3 luglio 2015. La Corte ha riconosciuto che «non essendo l'atto di nascita irregolare, né falsificato ed essendo i fatti corrispondenti alla realtà, la Corte d'appello ha dedotto

23 Cass. civ. I^{re}, 6 aprile 2011, *pourvois* n° 09-664 86, 09-17.130 e 10-19053.

24 Cass. civ. I^{re}, 13 settembre 2013, n° 12-18 315.

25 Per una riconferma della soluzione, cfr. Cass. civ. I^{re}, 19 marzo 2014, n° 13-50005.

26 CEDU, sentenze del 26 giugno 2014, *Menesson c. France* e *Labassée c. France*, n° 65192/11 e 65941/11.

a buon diritto che l'accordo di gestazione per altri concluso all'estero non impedisce la trascrizione dell'atto di nascita»²⁷.

In altri termini, la soluzione è oggi chiaramente individuata: la filiazione del padre intenzionale può essere riconosciuta quando l'atto di nascita è conforme alla realtà biologica, vale a dire quando il padre intenzionale è il padre biologico.

Tuttavia, la CEDU e la *Cour de cassation* non si sono pronunciate sull'accertamento della filiazione della madre intenzionale, che per ora in Francia non può essere riconosciuta, non avendo quest'ultima effettivamente partorito. La Corte d'appello di Rennes ha stabilito, in due sentenze del 28 settembre 2015, che *«i certificati di nascita dei bambini nati all'estero tramite gestazione per altri dovevano essere annullati perché non riflettevano la verità quanto alla filiazione materna, designando come madre la moglie del padre biologico, anche se questa non aveva partorito»²⁸.*

Dunque lo statuto della madre intenzionale solleva sempre molti interrogativi. Come può essere giuridicamente collegata al bambino? Alcun legame di filiazione sembra poter essere stabilito. La giurisprudenza ha recentemente rifiutato di ricorrere all'adozione del figlio del coniuge in caso di gestazione per altri²⁹.

Tuttavia si può mettere in discussione tale soluzione, perché crea una discriminazione difficilmente ammissibile e giustificabile tra le coppie che si sono avvalse di un procedimento di PMA vietato in Francia: vale a dire le coppie che hanno fatto ricorso a una gestazione per altri all'estero e le coppie omosessuali che hanno utilizzato una inseminazione artificiale. Una tale discriminazione non sfuggirà a lungo alla valutazione della CEDU. In definitiva, in assenza di qualsiasi legame di filiazione, solo la delega ripartita della potestà genitoriale a favore della madre intenzionale può essere attualmente considerata³⁰.

Dobbiamo constatare, in conclusione, che le scelte legislative in materia di filiazione e di procreazione medicalmente assistita risultano oggi

27 Ass. Pl. 3 luglio 2015, n° 14-21.323, n° 15-50-002.

28 Rennes 7 marzo 2016, inedito. In questo caso la trascrizione parziale dell'atto di nascita è stata mantenuta. Sarà ritrascritta solo la filiazione paterna.

29 Cfr. Dijon 24 marzo 2016, inedito. Nel caso di specie si trattava di una gestazione per altri a beneficio di una coppia di uomini sposati. La semplice adozione da parte del padre intenzionale è stata rifiutata perché il danno agli interessi del minore non è sproporzionato rispetto alla violazione del principio del divieto di gestazione per altri.

30 Art. 377 del Cod. Civ.

indebolite dal crescente turismo procreativo. Il legislatore francese dovrà rivedere le proprie posizioni e pronunciarsi su due questioni delicate: bisogna legalizzare la gestazione per altri e consentire alle coppie omosessuali l'accesso alla procreazione medicalmente assistita? Su richiesta della *Commission des Lois* del Senato, è stato pubblicato, il 17 febbraio 2016, un rapporto sulle conseguenze giuridiche della delocalizzazione procreativa, che sembra supportare le soluzioni giurisprudenziali attuali³¹. Ma in piena campagna elettorale, non è difficile immaginare che il dibattito diventerà interessante³².

31 In materia di PMA con donatore, la rilevazione conoscitiva prende atto della direzione tracciata dalla *Cour de cassation* nelle sue due sentenze del 22 settembre 2014. La moglie della madre biologica del bambino può adottare quest'ultimo senza che entri in gioco la modalità del suo concepimento. In materia di gestazione per altri, la rilevazione conoscitiva prende atto, senza andare al di là, della recente giurisprudenza della CEDU, che impone alla Francia di riconoscere la filiazione biologica paterna dei bambini nati da GPA. Impegnati a conciliare contemporaneamente il rispetto dei principi umanisti che fondano il divieto di GPA e la protezione dovuta a questi minori, che non sono responsabili delle azioni compiute dai loro genitori, i relatori raccomandano di agire in tre direzioni diverse:

- impegnandosi in negoziati internazionali affinché i paesi dove si pratica GPA vietino ai cittadini francesi di farvi ricorso. Questo per evitare la proliferazione di situazioni contrarie al diritto francese;
- permettendo al minore, o ai suoi rappresentanti legali, di far valere la propria filiazione conformemente al diritto francese. Ciò gli consentirebbe di far riconoscere la sua filiazione biologica paterna, ma impedirebbe, al contrario, il riconoscimento della sua filiazione rispetto alla madre o al padre intenzionali;
- prevedendo, nel migliore interesse del minore, che il genitore intenzionale possa ricevere una delega di potestà genitoriale perenne.

32 L'autrice si riferisce alla campagna per le elezioni presidenziali francesi tenutasi nella primavera del 2017 [ndt].

EMILIA D'ANTUONO

PORTARE AL MONDO, VENIRE AL MONDO. LA GESTAZIONE PER ALTRI TRA INTERPRETAZIONI E CONFLITTI

Sommario: 1. Premessa: la gestazione per altri tra morale, *ethos*, legge. – 2. Gestazione per altri: lo *status quo* di un dibattito complesso. – 3. Definizioni, riduzioni, manipolazioni. – 4. Lo scandalo: tra natura e artificio. – 5. A che cosa ispirarsi nel definire regole per la GPA? – 6. Madri di latte, madri di grembo: analogie o differenze incompugnabili?

1. La gestazione per altri¹ è sicuramente un tema di interesse filosofico-morale con relevantissime implicazioni di ordine sociologico: chiama in causa diritto (dunque cittadinanza) e politica, quindi modi di governo della vita che la democrazia esige conformi a libertà nell'attenzione imprescindibile che essa deve avere a promuovere condizioni di compatibilità tra valori, garantendo i diritti di tutti, almeno *in votis*. Di fatto questo modo di venire al mondo interroga le convinzioni dei singoli, dunque la coscienza morale come fondamentale contrassegno della persona individuale, e l'*ethos* che contrassegna ogni società, quindi l'etica intesa come tradizione consolidata in relazione dinamica con le novità che la storia propone e la ragion pratica analizza e valuta; chiama in causa la religione e il magistero che orienta, in maniera diversa a seconda delle fedi e a seconda del rapporto che le istituzioni religiose hanno con gli stati, gli individui e la comunità, offrendo prospettive di condotta morale. Uso la parola offrire perché ritengo imprescindibile considerare le indicazioni etiche di matrice religiosa, ma sono fermamente convinta che tali proposte debbano diventare scelte maturate in libertà, senza appelli, espliciti o sotterranei, a bracci secolari sia pure debitamente aggiornati.

Gli avanzamenti di scienze e tecniche e le applicazioni di esse ad accademici fondamentali come il venire al mondo, la più antica e rinnovantesi esperienza di tutti i viventi, comportano di fatto, sempre e comunque, a prescindere dalle valutazioni che vengono messe in campo nel dibattito

1 Di seguito la gestazione per altri sarà indicata con GPA.

pubblico, la «riconsiderazione sociale delle esperienze possibili»², per ricorrere a parole di Paolo Zatti, quindi la creazione di nuovi valori a partire dalla trama assiologica consolidata che esige di essere ripensata e poi ritessuta. Un dato costante nella storia dell'umanità va sottolineato: il ripensamento è quasi sempre conflittuale, vecchi e nuovi valori si scontrano, maturano atteggiamenti di difesa a oltranza di vecchi valori e di chiusura ai nuovi considerati disvalori, spesso in una sorta di automatismo che fa del valore tradizionale il parametro di tutto.

A me sembra che, come per la vasta gamma delle questioni bioetiche, nel caso della gestazione per altri non ci sia altra strada: vanno individuati ed elaborati valori a partire dalle novità proposte dalle scoperte tecnoscientifiche che rendono possibile il «venire al mondo» in maniera diversa da ogni esperienza già nota. L'individuazione esige l'impegno della ragione etica, di quella giuridica, del dibattito pubblico in cui hanno parola saperi consolidati ma anche le opinioni e le competenze etiche dei cittadini cosiddetti comuni. È merito della bioetica aver dato voce anche a saperi non canonici, alle convinzioni di ognuno chiamate al confronto. Escluderei, però, automatismi nella produzione di valori derivati dalle nuove esperienze e sottolineerei la necessità dell'«elaborazione», dello sforzo della mediazione etica attraverso l'articolazione di categorie conoscitive e valutative, del dibattito pubblico e dell'impegno della deliberazione giuridica, nutrita dalla volontà di equa composizione di antitesi. Solo così può maturare un *ethos* rinnovato all'altezza del tempo delle tecnoscienze e dello spazio della globalizzazione.

Il dibattito sulla GPA come si è sviluppato negli ultimi anni può essere assunto come esemplare del conflitto e dell'elaborazione, ancora oggi incompiuta, del *novum* messo a disposizione dalle tecnoscienze. Vorrei ricordare, rischiando l'ovvietà, che la gestazione per altri è una pratica che, come tante, può produrre disvalori e reati, possibilità, del resto, inscritta in ogni agire. Ed è proprio questa possibilità che ci vincola a individuare ed esplorare i valori rintracciabili in questa esperienza per poi assumere decisioni e dar forma a deliberazioni.

D'altronde etica, politica, diritto sono chiamati, sia pure diversamente e ciascuno nel suo ambito, a farsi carico dei bisogni che si levano da esseri umani e società che le tecnoscienze oggi sono in grado di soddisfare, definendo regole di compatibilità che consentano a tutti di riferirsi ai propri valori senza prevaricare quelli altrui, rispettando così i fondamentali obblighi a cui ci vincola la laicità. Laicità, ricordiamolo, è riconoscimento della pluralità, della dinamica che la pluralità innesta tra valori.

2 P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, 208.

2. Per dichiarare immediatamente il *focus* di un intervento che ha come tema la gestazione per altri ma anche una riflessione sul dibattito intorno a questa pratica che ha coinvolto il complesso mondo del femminismo italiano – con effetti dirompenti fino alla costituzione di fronti opposti³ –, vorrei citare dall'editoriale di «Leggendaria», un'importante rivista nel panorama del pensiero critico delle donne, una pagina interpretabile come un vero e proprio discorso sul metodo adeguato per affrontare il tema: «proviamo a discutere» della gestazione per altri

con pacatezza, mettendo al centro interrogativi e dubbi, tentando una sguardo un po' più lungo di quello contingente e rapido che i *new media*, specie i *social network*, a volte ci propongono. Perché certamente il processo che tende sempre più a separare la sessualità dalla riproduzione è, appunto, un processo, lo scenario è da tempo in mutamento, appare fluido, soggetto a ulteriori cambiamenti, e dunque qualsiasi presa di posizione sulla sua regolamentazione dovrà fare i conti con ciò che è già mutato ma anche con ciò che ci aspetta. Mantenere aperto il dibattito nel rispetto non solo delle molte e diverse opinioni – ma anche, e soprattutto, delle diverse attrici in scena, comprese le «convitate di pietra»⁴, vale a dire le madri per altri/e – è a nostro avviso una presa di posizione politica necessaria. Non scegliere la scorciatoia, peraltro inefficace, del proibizionismo «senza se e senza ma»: l'ascolto delle ragioni altrui – ma anche delle nostre, in cui non possiamo escludere una maggiore o minore ambivalenza – è esercizio di pazienza che richiede consapevolezza e lucidità proprio su un terreno in cui desideri e sentimenti sono potenti, a volte laceranti. Ma la posta in gioco è assai alta: ne va, per dirla nel modo più semplice, della maggiore conquista di libertà femminile: l'autodeterminazione, la nostra capacità di agire da soggetti all'altezza della complessità del presente⁵.

Ma che cosa è accaduto in Italia da rendere necessaria questa pacata e ferma presa di posizione?

-
- 3 Malgrado l'asprezza delle contrapposizioni non manca la consapevolezza della necessità di evitare estremizzazioni disconoscitive della legittimità stessa dei fronti in antitesi, fatta valere da Bia Sarasini che sottolinea le valenze di senso del «dubbio che chi non firma la proposta di divieto universale della GPA, non per questo sia sostenitrice dei più loschi traffici di corpi di donne, un'adepta/o del neoliberismo. Ma anche il dubbio che chi sottopone a critica le tecnologie riproduttive non sia la pura espressione di un pregiudizio ideologico, o di un'appartenenza religiosa»: B. SARASINI, *Se la madre divide*, in *Leggendaria*, n. 123, maggio 2017, *Supplemento mammaNONmamma*, 5.
 - 4 Serena Marchi ha dato voce a queste «convitate di pietra»: S. MARCHI, *Mio tuo suo loro. Donne che partoriscono per altri*, Roma, 2017.
 - 5 Editoriale, in *Leggendaria*, n. 115, gennaio 2016, 4.

Una cronaca italiana del 1994 racconta di una gestazione per altri in una situazione di vuoto legislativo in merito alla pratica. La protagonista, Novella Esposito, in un'intervista riproposta da Chiara Lalli⁶, evoca il difficile clima che si creò intorno alla sua vicenda, per altro non unica. In realtà, nel corso di un decennio, (almeno fino alla trasformazione della GPA in reato con la legge 40/2004), si verificarono alcuni casi di ricorso alla gestazione per conto di richiedenti. Il ricorso in giudizio, per sopravvenuti conflitti tra le parti, mise l'opinione pubblica di fronte a composizione giurisprudenziale con sentenze che in un certo senso hanno fatto storia. Suscitarono sì pubblica discussione ma in un contesto non dominato dall'emersione del rimando tra gestazione per altri e possibile ricorso a essa da parte delle coppie omosessuali. Dopo anni di silenzio all'ombra della legge 40, il dibattito riesplode in Italia in occasione della discussione sul Ddl Cirinnà, relativo alle unioni civili tra persone dello stesso sesso, infine divenuto legge⁷ ma con lo stralcio della cosiddetta *stepchild adoption*, espressione usata per introdurre la legittimità per le coppie omosessuali di adottare figli del partner, diritto per altro sancito per gli eterosessuali dalla Legge 4 maggio 1983, n. 184. L'eliminazione dal testo di questo punto cruciale è funzionale al raggiungimento dell'accordo con le parti – e i partiti – che identificano nella *stepchild adoption* un varco per l'introduzione e la legittimazione della pratica detta «utero in affitto», definizione non neutra, perché capace di evocare l'inquietante dimensione «mercantile» che ad essa apparterebbe, tema su cui avrò modo di ragionare in seguito. La discussione in parlamento e nella società si fa incandescente anche in forza delle antitesi sul tema che attraversano il pensiero delle donne.

Uno dei più importanti movimenti del femminismo italiano, *Se non ora quando* (SNOQ), si è diviso in fronti contrapposti sul tema della gestazione per altri, fino ad assumere denominazioni diverse. La parte ridefinitasi *SNOQ Libere* ha invocato la messa a bando della pratica a livello internazionale con uno slittamento verso il proibizionismo, che ha suscitato la reazione di tante e illustri rappresentanti del pensiero delle donne schierate su posizioni differenti e un dibattito vivacissimo, che ha coinvolto attori diversi. La discussione pubblica ha fatto emergere, come ha evidenziato con la consueta lucidità Grazia Zuffa, il «peso dell'ideologia», in Italia sempre soverchiante, ma anche «la fragilità dello strumento legislativo di proibizione ai tempi della globalizzazione, la sua rigidità a fronte del dinamismo

6 Cfr. C. LALLI, F. GALLO, *Il legislatore cieco*, Roma, 2012.

7 Legge 20 maggio 2016, n.76, «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze» (G.U. n.118 del 21/05/2016).

delle pratiche sociali e ai mutamenti intervenuti negli ultimi decenni circa la sessualità e la procreazione», temi che rendono ineludibile il «come significare, da donne, il nuovo scenario della maternità»⁸. Dall'interno del pensiero delle donne personalità come Lidia Ravera, Vittoria Franco, Michela Murgia – per evocare alcune figure della cultura italiana divenute protagoniste del dibattito sulla GPA, diverse tra loro per impostazione ma oggi accomunate dalla difesa di una regolamentazione attenta ai diritti di tutti e all'autodeterminazione come irrinunciabile conquista delle donne – ragionano su norme di tutela e rifiutano divieti assoluti nella convinzione che, come ha scritto Lidia Ravera: «La libertà non è divisibile. Una legge che consente è anche una legge che protegge»⁹.

Parallelamente al confronto interno al femminismo si è realizzata la convergenza di segmenti della società e del mondo culturale e politico opposti che infine hanno, coincidendo, concorso in concreto allo stralcio della *stepchild adoption* dalla legge e, sul piano dell'*ethos*, hanno contribuito al potenziamento di umori «proibizionisti», comunque preoccupanti. Il dato di fatto è che *SNOQ Libere* e settori tradizionalmente conservatori su temi di bioetica, all'unisono, hanno chiesto e chiedono che divenga reato perseguibile ovunque la pratica della GPA. «Noi rifiutiamo di considerare la “maternità surrogata” un atto di libertà o di amore»: è la netta presa di posizione di *SNOQ Libere*, che Vittoria Franco contesta, rimarcando che è infondato escludere «ad esempio, che si possa trattare di una manifestazione di solidarietà, di altruismo, di sorellanza, di empatia, di generosità, gli stessi sentimenti che – fatte le dovute e non trascurabili differenze sul grado di coinvolgimento e di impegno fisico ed emotivo – spingono alcuni uomini a donare lo sperma o delle donne a donare gli ovociti»¹⁰.

Per mio conto sottolineerei che per la riflessione bioetica e biogiuridica sono rilevanti tanto le motivazioni soggettive, che sollecitano al generare e al rendersi disponibili alla gestazione per altri, quanto la logica in cui è previsto debba iscriversi la decisione: logica di scambio, o di contro, la logica del dono in un contesto di relazioni che sono comunque da costruire come irriducibili al rapporto di committenza e di adempimento di essa. Logica del dono in un contesto di rapporti intersoggettivi non significa però esclusione totale della presenza del denaro.

8 G. ZUFFA, *Guardare con i nostri occhi*, in *Leggendaria*, cit., 15; cfr. anche G. ZUFFA, M. L. BOCCIA, *L'eclissi della madre*, Parma, 1998.

9 L. RAVERA, *Se la scelta è libera non c'è sfruttamento*, intervista rilasciata a Laura Montanari in *La repubblica*, 8 dicembre 2015.

10 V. FRANCO, *Gestazione per altri e bioetica*, in *Bioetica*, n. 1, 2016, 268.

E chiarisco.

Si è discusso della portata del ricorso al denaro, che pure è necessario e richiesto per l'effettuazione concreta delle complesse procedure della GPA per ovvie ragioni, ma che per gli uni chiude la pratica in spregevole commercio, per altri è un elemento che pur presente non dovrebbe innescare mercato (regolare significherebbe anche eludere il rischio della commercializzazione)¹¹. Se è forse vero, come ha scritto Giorgia Serughetti, «che la corresponsione di denaro per servizi procreativi aumenti significativamente i rischi di sfruttamento» è altrettanto vero che «il discrimine deve essere posto altrove, e incentrarsi non sulla presenza o meno di un pagamento o rimborso per la procreatrice ma sulla formalizzazione della relazione»¹². Portata e senso delle relazioni sono in realtà il vero discrimine. È a partire dalla considerazione del ruolo delle relazioni che questa pratica andrebbe inserita in un quadro giuridico, o meglio biogiuridico¹³, e cioè configurato da un diritto esperto di questioni bioetiche, dunque «leggero»¹⁴, ossia metodologicamente

- 11 Il tema della commercializzazione e degli esiti di essa soprattutto nel caso della GPA transnazionale è discusso da Ursula Apitzsch con pensata preoccupazione che trova sbocco nella formulazione di divieto della pratica: U. APITZSCH, *La maternità surrogata transnazionale*, in E. D'Antuono (cura di), *Dignità, libertà, ragione bioetica*, Milano, 2017. Condivido le preoccupazioni ma dissento, come ho avuto modo di argomentare con l'autrice, dalla soluzione proibizionista. Non ha dubbi sugli effetti di reificazione e commercializzazione di donne e bambini conseguenti alla GPA la sociologa Daniela Danna, che argomenta della falsificazione inscritta nell'inquadramento di questa pratica nella logica di dono e libertà: D. DANNA, «*Fare un figlio per altri è giusto*». *Falso!*, Roma-Bari, 2017.
- 12 G. SERUGHETTI, *Maternità surrogata: oltre l'alternativa tra proibizionismo e laissez-faire*, in *Alternative per il Socialismo*, n. 39, marzo 2016, 181. Si è pronunciata a favore del contratto, già da decenni, esplicitandone le opportunità, C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Roma, 1992.
- 13 L'articolazione della sfera del «biogiuridico» trova espressione compiuta in Italia nel *Trattato di biodiritto*, curato da S. RODOTÀ, P. ZATTI *et Alii* per i tipi di, Giuffrè, Milano, 2010-2012; sulla GPA cfr. I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, vol. II, Milano, 2011, 1479 ss.
- 14 M.G. GIAMMARINARO, *Diritto leggero e autonomia procreativa. La maternità di sostituzione*, in *Democrazia e diritto, La legge e il corpo*, n. 1, 1996, 87 ss.; GRUPPO GIURISTE VIRGINIA WOLFF B, *Per un diritto leggero. Esperienze di giustizia e criterio di equità*, *ibid.*, 231 ss. Per il tema del «diritto leggero» e delle sue possibilità in relazione a questioni etiche e bioetiche vanno considerate le argomentazioni di Rodotà a partire dal saggio del lontano 1994 sui modi di legiferare in ambito bioetico (S. RODOTÀ', *Strategie per legiferare in bioetica*, in *Bioetica*, n.1, 1994, 122 ss.) fino alle trattazioni dell'ultimo decennio: cfr. almeno «Il diritto e il suo limite» in S. RODOTÀ' *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2006, 9-72 e la

e concettualmente attrezzato ad affrontare una materia così nuova e diversa, evitando abusi e soprusi, tutelando i più fragili¹⁵.

Sia detto *en passant*: considerazione a sé merita la demonizzazione del denaro presente nel dibattito. Si è assunto come dato di fatto che dove esso compare necessariamente la relazione tra i genitori intenzionali e le gestanti è uno scambio commerciale che schiavizza la donna e rende il bambino «merce». Ma il denaro non è necessariamente l'agente dello scambio commerciale. Lo è solo quando lo è. La regolamentazione della GPA dovrebbe impedire che svolga questa funzione di trasformazione in merce e invece garantire che sia esclusivamente mezzo per ottemperare alle necessità connesse alla realizzazione della pratica, in un contesto relazionale tra soggetti adeguatamente costruito. La possibilità che il denaro sia solo fattore di scambio reificante deriva dalle decisioni e dai modi in cui si interviene perché esso non sia potenza di mercificazione.

3. Dai fatti passiamo all'approfondimento del tema cominciando dalle definizioni. *Surrogacy* è termine generale neutro nella lingua d'origine ma passibile di specificazioni plurime che hanno nella traduzione italiana valenze diverse di significato: dalla descrizione alla riduzione fino alla manipolazione.

Per acquisire una cognizione di causa in merito è fondamentale considerare qualcuno dei documenti ufficiali che nel corso del tempo hanno proposto definizioni, a partire innanzitutto dal rapporto Wornock: «*Surrogacy is the practice whereby one woman carries a child for another with the intention that the child should be handed over after birth*»¹⁶. Di fondamentale importanza è il documento del Parlamento Europeo del 2013 intitolato *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell'Ue*¹⁷, che definisce la GPA: «Pratica in cui una donna intraprende una gravidanza con l'intento di affidare il nascituro a terzi all'atto della nascita». A sua volta il Comitato etico della Fondazione Umberto Veronesi, in un parere

prospettiva giuridico-filosofica che legittima il «diritto leggero», nel fondamentale volume *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

15 Tra i tanti conflitti resta acquisito da tutte le parti in causa il principio condiviso della priorità della tutela dei minori.

16 M. WORNOK ET ALII, *Report Of The Committee Of Inquiry Into Human Fertilisation And Embryology*, Her Majesty's Stationery Office, London, 1984, 42.

17 Il testo, che costituisce anche un esauriente studio sullo *status* della gestazione per altri negli stati membri dell'EU, è reperibile in forma di sintesi: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_IT.pdf). nella sua interezza su: <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

relativo ai profili etici della GPA, che si fa apprezzare per straordinaria chiarezza concettuale ed efficacia comunicativa, intende per maternità surrogata «quella di una donna che volontariamente e liberamente ospita nel proprio utero un embrione prodotto con tecniche di fecondazione in vitro e che si è impegnata a consegnare il neonato»¹⁸. Infine va segnalato che il Comitato nazionale di bioetica (CNB) ha discusso della «maternità surrogata» in un documento del 18 marzo 2016 dal titolo «Maternità surrogata a titolo oneroso», in cui esprime un parere contrario alla pratica in quanto a «titolo oneroso», riservandosi «di trattare l'argomento della surrogazione di maternità anche senza corrispettivo economico in uno specifico parere più ampio e articolato»¹⁹.

Inequivocabilmente espressiva di una diversa opzione è la terminologia della *Carta per l'abolizione universale della maternità surrogata*, voluta e firmata innanzitutto da correnti italiane e francesi del femminismo europeo.

La definizione data da Sylviane Agacinski, artefice con altri dell'*Assise per l'abolizione universale della maternità surrogata*, «sistema di produzione biotecnologica di bambini», non lascia margini di dubbi sull'interpretazione della GPA²⁰. E nemmeno ne lasciano le parole della Carta, sintesi della discussione, che formulano la richiesta di messa al bando di tale pratica:

La maternità surrogata, detta “gestazione per altri” (GPA), praticata in diversi paesi, è la messa a disposizione del corpo delle donne per far nascere bambini che saranno consegnati ai loro committenti. Lungi dall'essere un gesto individuale, questa pratica sociale è realizzata da imprese che si occupano di riproduzione umana, in un sistema organizzato di produzione, che comprende cliniche, medici, avvocati, agenzie etc. Questo sistema ha bisogno di donne

18 Il testo del parere *La Maternità Surrogata: Profili Etici I* – redatto da Cinzia Caporale, presidente del Comitato Etico, da Umberto Veronesi, presidente della FUV, e dagli esperti esterni Carlo Flamigni (Università degli Studi di Bologna) ed Elena Mancini (CNR). Il Comitato Etico ha approvato a maggioranza il Parere il 9 ottobre 2015, con il voto di astensione di S. E. Marcelo Sanchez Sorondo e di Elena Tremoli – è reperibile: <https://www.fondazioneveronesi.it/uploads/2017/01/12/Parere%20in%20materia%20di%20maternit%C3%A0%20surrogata.pdf>

19 La mozione, approvata a maggioranza il 18 marzo 2016, ha registrato il voto contrario di Carlo Flamigni (che ha successivamente inviato anche un codicillo di dissenso), di Demetrio Neri e di Grazia Zuffa, nonché il dissenso di Cinzia Caporale, assente alla seduta, espresso successivamente, e ulteriormente argomentato in una dichiarazione condivisa con Demetrio Neri e Grazia Zuffa. Testo e note sono reperibili: http://bioetica.governo.it/media/170978/m17_2016_surroga_materna_it.pdf

20 *La Carta per l'abolizione universale della maternità surrogata* firmata presso l'Assemblea nazionale francese è reperibile in italiano sul sito <http://abolition-gpa.org/>

come mezzi di produzione in modo che la gravidanza e il parto diventino delle procedure funzionali, dotate di un valore d'uso e di un valore di scambio, e si iscrivano nella cornice della globalizzazione dei mercati che hanno per oggetto il corpo umano. Se nessuna legge lo protegge, il corpo delle donne è richiesto in quanto risorsa a vantaggio dell'industria e dei mercati della riproduzione. Certe donne acconsentono a impegnarsi in un contratto che aliena la loro salute, la loro vita e la loro persona, sotto pressioni multiple: i rapporti di dominazione famigliari, sessisti, economici, geopolitici. Infine, la maternità surrogata fa del bambino un prodotto con valore di scambio, in modo che la distinzione tra persona e cosa viene annullata. Il rispetto del corpo umano e l'uguaglianza tra donne e uomini devono prevalere sugli interessi particolari.

Con queste premesse diviene immediatamente comprensibile la richiesta avanzata dall'Assise:

di conseguenza, in nome dei diritti della persona umana, noi, firmatarie e firmatari della Carta, denunciando l'utilizzo degli esseri umani il cui valore intrinseco e la cui dignità sono cancellati a favore del valore d'uso o del valore di scambio; rifiutiamo la mercificazione del corpo delle donne e dei bambini; chiediamo alla Francia e agli altri paesi europei di rispettare le convenzioni internazionali per la protezione dei diritti umani e del bambino di cui sono firmatari e di opporsi fermamente a tutte le forme di legalizzazione della maternità surrogata sul piano nazionale e internazionale. Noi chiediamo inoltre, in nome dell'uguale dignità di tutti gli esseri umani, che essi agiscano con fermezza per abolire questa pratica a livello internazionale, in particolare promuovendo la redazione, l'adozione e l'efficace messa in pratica di una convenzione internazionale per l'abolizione della maternità surrogata.

L'ottica di questo testo trova simmetrie nel documento che ha sancito la divergenza nel mondo LGBT italiano, orientato prevalentemente a favore della pratica GPA, ma con il dissenso di un gruppo di donne che hanno prodotto l'*Appello di donne omosessuali contro l'utero in affitto*, in cui torna con forza il tema dello «scambio di denaro per comprare e vendere esseri umani»²¹.

Dicevo delle valenze di senso e delle ambiguità nell'uso di definizioni (maternità surrogata, utero in affitto etc.) che non si possono sciogliere, come è evidente, solo attraverso le pretese di una «pulizia» linguistica, illusione estrema di chi vuole ignorare le questioni di fondo e le loro conflittualità.

21 È possibile consultare il testo dell'*Appello* al seguente indirizzo: <http://www.gay.it/attualita/news/50-lesbiche-contro-utero-in-affitto> che rinvia a: <http://download.repubblica.it/pdf/2016/cronaca/no-regolamenti.pdf>

Consideriamo il messaggio e la valutazione negativa veicolati dall'uso dell'espressione «utero in affitto». Il ricorso a questa dicitura in definitiva è già denuncia dell'inevitabile mercificazione del corpo e dichiara subito la volontà di chi la usa di «ascrivere la gestazione per altri al mercato e allo scambio economico senza possibilità di appello e senza contemplare mai, in nessun caso, motivazioni diverse da quelle economiche»²². In questo senso è estremamente indicativo il titolo del volume in cui Luisa Muraro, figura di grande rilievo del femminismo italiano, argomenta il suo netto rifiuto: *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*²³.

Ma per tornare alle implicazioni delle definizioni adottate, sottolineerei che, a sua volta, l'aggettivo «surrogato» è problematico almeno per due ragioni.

In primo luogo «surrogato» in italiano trasmette un messaggio che può essere negativo se da esso non si eliminano le connotazioni di artificialità/manipolazione inscritte nella parola surrogazione. In definitiva quest'ultima è il sostitutivo di rango inferiore di «un originale», naturalmente legittimato e buono perché «naturale». E naturale è qui inteso come ciò che non è realizzato dalla mano prometeica o addirittura violentatrice dell'uomo, dunque forzando un «limite» e così producendo *ubris* sul piano morale o reato sul piano legale (un divieto stabilito per legge trasforma l'atto della gestazione per altri in reato).

Rimarcate le implicazioni che in italiano può avere l'aggettivo «surrogato» nella definizione maternità surrogata (che, lo ripeto, è una traduzione «a calco» dell'inglese) va sottolineato che a essere impropria è la parola maternità. Gestazione e maternità indicano, infatti, due cose diverse un tempo sovrapponibili nell'uso comune, oggi separate per ragioni che attengono alle specificità del generare umano nel vasto mondo dei viventi ma separate anche in forza delle trasformazioni tecno-mediche che nel nostro presente ampliano le possibilità e i modi di venire al mondo. Come ha ampiamente argomentato la scrittrice Michela Murgia in un articolo dal titolo *Non chiamatela maternità surrogata*²⁴, maternità e gestazione non sono esperienze e quindi neanche termini coincidenti. A sua volta Vittoria Franco ha precisato: «Maternità infatti non si riferisce soltanto alla gestazione, ma è un processo che precede e segue il periodo della gestazione e il mo-

22 V. FRANCO, *Gestazione per altri e bioetica*, cit., 268.

23 L'autrice precisa che il suo essere «contro» riguarda la pratica e che mai «si contrappone a persone che la pensano diversamente, specialmente se donne»: L. MURARO, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Milano, 2016, 5.

24 M. MURGIA *Non chiamatela maternità surrogata*, comparso su *l'Espresso*, il 2 febbraio 2016, consultabile: http://espresso.repubblica.it/attualita/2016/02/01/news/michela-murgia-non-chiamatela-maternita-surrogata-1.248420?refresh_ce

mento del parto. Implica sentimenti, desideri, assunzioni di responsabilità verso il nascituro, cura e presa in carico. Nella gestazione per altri non c'è però alla base il proprio desiderio di maternità e di genitorialità, con le annesses elaborazioni e fantasie» ma il desiderio di altri, a cui si presta ascolto. D'altronde la separazione fra gravidanza e maternità non è esperienza nuova: «È ciò che accade anche quando una donna decide di non riconoscere il bambino alla nascita, un caso previsto dalla legge. Scelta dolorosa, che può anche essere considerata immorale, ma consentita dal nostro ordinamento». Dunque la GPA necessita di «un diverso approccio alla gravidanza, un atteggiamento psicologico orientato al distacco dal neonato per andare incontro al desiderio di genitorialità di altri»²⁵.

Gestazione per altri sembra essere davvero una definizione adeguatamente espressiva di procedure da analizzare senza nulla concedere a valutazioni pregiudiziali.

Già soffermandoci sulle opzioni per la definizione della pratica abbiamo netta la percezione della peculiare complessità del tema.

Vorrei, per toccare qualche aspetto di questa complessità, precisare che la gestazione per altri non è una nuova tecnica, piuttosto, utilizzando le consolidate procedure della procreazione medicalmente assistita e delle donazioni, introduce la problematica di relazioni tra più soggetti in contesti umani, sociali, nazionali e internazionali profondamente diversi. Pluralità di soggetti, diversità di situazioni nei vari «mondi» (primo, secondo, terzo mondo, mondo in via di sviluppo, aree dominate da fondamentalismi e teocrazie), che la terra pazientemente porta sulle spalle, accomunano etica e diritto nell'obbligo di esplorare l'intera mappa degli interessi e dei bisogni, delle situazioni, dei valori in campo, senza lasciarsi obnubilare dagli «scandali» del nuovo, o presunto tale.

Scandalo è un termine chiave per comprendere il clima che si crea quando torna nel dibattito pubblico, anche per contingenze politiche come è accaduto in Italia, la questione «gestazione per altri».

4. Ha scritto il giurista Roberto Bin:

È sorprendente – almeno a mio modo di vedere – che alla *surrogacy* si guardi così spesso con occhio spietatamente critico, avvicinando il fenomeno ad altri sicuramente condannabili secondo la morale corrente, come la prostituzione o la vendita dei propri organi²⁶.

25 V. FRANCO, *Gestazione per altri e bioetica*, cit., 269 e nota 6.

26 R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal– Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 4.

È stato sollevato un polverone emozionale capace di gettare tenebre come (e più) di quanto è accaduto con la legge 40/2004. Vengono evocati mali terribili: bambino oggetto scambiabile, «comprato», donne tornate schiave dell'identificazione con l'utero, a sua volta storica ragione di schiavitù, violazione della dignità umana sicché la GPA dovrebbe essere reato perseguibile, anche se praticata fuori dall'Italia. Ho accennato prima al contesto politico italiano e alle questioni che si sono intrecciate intorno al Ddl Cirinnà. Nel dibattito pubblico, sui media, nei saggi di specialisti torna con prepotenza il rimando al cosiddetto «naturale», che chiude in circolo la questione della GPA e i diritti di costituire «famiglia» per gli omosessuali, rinviando nell'ombra il dato di fatto storico che la famiglia è configurata dalle civiltà e lo è in modi diversissimi, fino all'incompatibilità tra le varie forme che storicamente assume (come la poligamia rende evidente a tutti). In definitiva lo scandalo finisce con l'assumere l'antico volto della trasgressione violenta dell'«ordine naturale».

È tra i miti più resistenti il carattere «naturale» della famiglia. Basti pensare che questo retaggio culturale ha lasciato traccia nel nostro testo costituzionale, che pure è stato la premessa per modifiche radicali relative alle libertà e ai diritti connessi a famiglia e legami familiari. In ultima analisi quel testo, scritto in anni in cui la definizione di naturalità o artificialità della famiglia non era tema di dibattito pubblico, ha reso possibile quel vero e proprio svuotamento di senso del «naturale» che è stato realizzato a partire dal nuovo diritto di famiglia del 1975, non a caso considerato da Nilde Iotti attuazione della Costituzione italiana e da Chiara Saraceno, con argomenti serrati, l'inizio di una rivoluzione copernicana. Sottolineando il dato di fatto che la famiglia è una costruzione sociale, legale e normativa, soggetta a grandi variazioni di luoghi e di tempi, Chiara Saraceno evidenzia che «in effetti, non vi è nulla di meno naturale della famiglia, sia per quanto riguarda i rapporti di coppia, inclusa la sessualità, sia per quanto riguarda la generazione»²⁷. Rilevanti sono le implicazioni della sua osservazione: «lo stesso linguaggio con cui ancora oggi si designano i figli nati entro o fuori da un matrimonio bene segnala l'artificialità sociale dell'istituto familiare: i primi sono legittimi, i secondi “solo” naturali»²⁸.

Se la storicità e quindi l'artificialità dell'istituzione familiare e della filiazione è tema che con difficoltà penetra in tanta parte della *communis opinio*, è un felice obbligo registrare che oggi, a qualche anno di distanza dalle parole di Chiara Saraceno, è diventato, per legge, impossibile aggettivare

27 C. SARACENO, *Coppie e famiglia: non è questione di natura*, Milano, 2016, 17.

28 *Ibid.*, 25.

la parola «figlio». Sembra quasi che sia principio ormai condiviso, oltre che parola del diritto, la competenza etica espressa in maniera inequivocabile dalla Filumena Marturano di Eduardo De Filippo: i figli sono figli. Il che significa anche che tutti siamo figli, quali che siano i modi dell'essere portati al mondo, immersi come siamo, sempre e comunque, in una catena di relazioni che si sono emancipate dalla legittimazione un tempo affidata al naturale, o peggio al sangue, secolare perno dell'esser famiglia e, notoriamente, vettore di tante sciagure.

A me sembra di scoprire che lo «scandalo» ancora una volta è legato alla fede che l'ordine normativo abbia, o debba avere, un fondamento diverso dalla lunga vicenda dello sforzo umano di produrre con l'«artificio» un ordine del mondo da condividere attraverso la costruzione di regole che rendano compatibili le diverse opzioni morali e che depotenziano la conflittualità dei valori in campo.

5. L'evocazione della parola «valore» mi riporta alla domanda più volte posta nel corso di questo seminario di studi: «a che cosa ci dobbiamo ispirare nel definire le regole nel caso della GPA?». A questo interrogativo aggiungerei: «in che modo procedere oltre il proibizionismo e il ricorso al contratto, manifestamente inadeguati rispetto alla complessità del tema?». Mentre la seconda questione chiama in causa prioritariamente le risorse creative della ragione giuridica, la prima sollecita innanzitutto la riflessione morale.

Personalmente muovo da un'ottica che considera la pluralità e la diversità delle situazioni – soggetti, tempi, luoghi, «storicità» in cui si colloca la pratica della GPA²⁹ – come tema che appartiene in modo irreversibile al nostro presente, certamente esperto di grandi trasformazioni tecnoscientifiche ma anche contrassegnato da acquisite consapevolezze di libertà e diritti, da coscienza filosoficamente attrezzata – lucida, chiara anche in forza del discernimento del retaggio ricevuto dalla storia – di cosa com-

29 Questa consapevolezza rende concettualmente irrilevante, e per me a dir poco sgradevolmente superfluo, il rimando a racconti biblici di «gestazioni per altri» che accompagnano riflessioni intorno al tema che abbiamo discusso. Gli episodi di Giacobbe e dei figli Bla e Neftali avuti dalla schiava della moglie «legittima» (Genesi 30, 1-8) e quello, risoltosi con la cacciata di madre sostitutiva e bambino, della nascita di Ismaele dalla schiava Agar, fecondata da Abramo per sopperire alla sterilità di Sara (Genesi 16, 1-13; 21, 9-10) nonché l'evocazione di antiche tradizioni che narrano di intercambiabilità delle donne dicono sì della «storicità» della famiglia, anche se abitualmente non sono evocate per questo, ma soprattutto raccontano sventure di madri e di figli, essi sì «proprietà» e «cose». Consegnerei all'ossario di una memoria pietosa questi riferimenti, per ricavarne una sempre più chiara coscienza della potenza umanizzatrice dell'impegno dell'etica e del diritto.

porti ragionare di etica e diritto al tempo della mondializzazione e della globalizzazione. Non mi sembrano praticabili percorsi guidati da divieti che non tengano conto di questa modalità di pensiero e di essere del nostro presente, né ritengo che la fede, manifesta o nascosta, in «assoluti» ci aiuti a sciogliere i nodi problematici che il procedere della vita porta sulla scena della storia.

Resta per me centrale che la discussione sulla gestazione per altri mai prescinda dal conquistato controllo delle donne sul proprio corpo. Ogni tentativo di indebolire questo aspetto delle loro libertà, in quanto regressione di civiltà, deve allertare etica e diritto, come deve allertare etica e diritto qualsiasi minaccia alla priorità della tutela dei minori³⁰, che è principio giuridicamente condiviso. I figli nati da GPA sono semplicemente «figli» e «minori», dunque debbono fruire di tutele mai più revocabili. Mi piace pensare che riflesso positivo di un dibattito così acceso che ha chiamato in causa i rischi di lesione dei diritti di minori, evocando perfino l'atrocità della compravendita, richiami l'attenzione anche sui tanti bambini non iscritti a nessuna anagrafe, irriconoscibili quindi al diritto che deve proteggerli, ombre o larve che abitano la terra, perfino i nostri spazi quotidiani, e che diventano visibili solo se vittime di reati gravi o se «delinquono» per le strade del mondo; sulle spose bambine, vittime, esse sì, di forme di compravendita, con e senza denaro e, per riferirmi all'Europa, sui minori migranti esposti a tante insidie, nonché, per tornare all'Italia, sui bambini e adolescenti a cui viene negata la cittadinanza attraverso il rifiuto del cosiddetto *jus soli*. Trovo estremamente efficaci le considerazioni della teologa e pastora battista Lidia Maggi:

Bambini, adolescenti che non hanno diritto di sentirsi, a pieno titolo, parte del paese in cui nascono e crescono. Sono così tanti quei bambini e quelle bambine madrelingua italiani, che, se fossero riconosciuti nella loro piena dignità di cittadini, invertirebbero le statistiche catastrofiche e allarmistiche sull'invecchiamento della popolazione. Ma loro non contano, hanno la pelle troppo scura, anche se parlano perfettamente il nostro dialetto e faticano con la lingua d'origine dei loro genitori.

Più che mai, dopo l'asprezza di discorsi segnati da contrapposizioni e «sgrammaticature» etiche e giuridiche, va ricercata la costruzione di una grammatica del riconoscimento della pluralità, dei modi di pensare la liber-

30 Non ho trovato in letteratura argomentazione suffragata da prove di incidenza negativa sui nati attraverso il ricorso alla GPA, sicché l'argomento del danno al terzo si configura come inconsistente.

tà, dei modi di vivere generatività e famiglia, e, scrive ancora Maggi, «poi, sulla base di quella grammatica potranno prendere forma una pluralità di discorsi, anche opposti. E il dibattito pubblico sarà arricchito dalla molteplicità delle narrazioni. A patto, però, che i differenti discorsi seguano le regole grammaticali»³¹.

6. Per inquadrare limiti e possibilità da riconoscere alla GPA non si può prescindere dalla considerazione di esperienze significative appartenenti al nostro retaggio etico e giuridico. Considero, come tanti, esemplare il caso del baliatico³², ripreso nel dibattito. Il ricorso alla balia, ampiamente praticato prima che la produzione di latte artificiale lo rendesse obsoleto o comunque ne trasformasse le caratteristiche di lavoro che rende risorsa una parte del corpo femminile, è esperienza che merita considerazione comparativa con la pratica della GPA, innanzitutto perché chiama in causa sentimenti, fragilità, vulnerabilità sociali, ruolo del denaro, logica di affetti e relazioni. Ma anche perché il baliatico rimanda alla brutalità dello sfruttamento di donne-balie che, fonte spesso unica di reddito delle famiglie, vedevano morire i propri figli in quanto costrette ad allontanarsi da casa per riservare nutrimento e cure ad altri. Per non dire dei sentimenti dei bambini, strappati a madri per essere affidati a balie e a balie per tornare alle madri, in epoche in cui la centralità del minore era affidata alla mutevolezza del cuore e di usi e costumi non certo al diritto.

Il baliatico è stato una pratica moralmente accettata, i cui attori molteplici non sono stati tutelati in maniera eguale dal diritto. Va fatta oggetto di riflessione non solo per scavare nelle cause dell'immediatezza con cui tanti rifiutano la GPA ma anche per facilitare la definizione di regole che impediscano, in relazione a questo inedito modo di nascere, la reiterazione di mali già esperiti.

Porrei come problema un'analisi di reali differenze tra il fornire al seno il nutrimento *post* nascita e il far crescere in utero l'embrione, tra il modo di porsi delle «mamme di latte» e quello delle «madri di grembo» (come Zatti definisce le gestanti per altri) rispetto a un bambino, che nel caso della GPA, viene consegnato alla nascita. Forse la differenza è nelle parti del

31 L. MAGGI, *La grammatica della generatività*, in *Riforma*, 26 settembre 2016, consultabile in: <http://riforma.it/it/articolo/2016/09/26/la-grammatica-della-generativita>

32 E penso innanzitutto alle pagine di P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Maschere del diritto volti della vita*, cit., 205-225. Esprime posizione avversa alla omologazione tra baliatico e la gestazione per altri B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2016, 119-120.

corpo femminili coinvolte nella pratica? Fragile mi sembra l'argomento del legame intrauterino, di cui pure tanto si è detto, se consideriamo le implicazioni psicologiche dell'assumere il latte dal seno e dei traumi di separazione che sono stati oggetto di considerazione clinica nel corso del tempo. Nel bel mezzo di tante contrapposizioni intorno alla GPA, anche muovendo dall'esperienza del baliatico, sarebbe fondamentale una disamina delle relazioni da costruire e tutelare tra aspiranti genitori che ricorrono ad altri per portare a compimento il desiderio di paternità e maternità e chi tale desiderio rende realizzabile. Andrebbero indagati e discussi i modi in cui le storie poi si risolvono, tenendo conto della complessità delle dinamiche familiari e dell'imprevedibilità degli esiti di esse, quali che siano i modi del venire al mondo.

Anche io ho letto da adolescente le terribili pagine di *La balia* di Pirandello³³, a cui fa riferimento Roberto Bin nel saggio che ho prima ricordato e su cui tornerò, ma esperienza che mi ha dato da pensare è stata la partecipazione a un convegno della Società delle storiche che ampiamente ha riflettuto sul baliatico³⁴, corredato da una bellissima e drammatica mostra di oggetti e di immagini. Ho come stampato nella mente l'intreccio, raccontato soprattutto dalle fotografie, di dolore e gioia, bene e male nelle situazioni più disparate, che andavano dal rapporto umanamente straordinario dei principi Savoia con le loro balie, in larga parte originarie della regione in cui si è svolto il convegno, a situazioni di miseria estrema, in una gradualità che rifletteva davvero la diversità di condizioni in cui esseri umani possono trovarsi, in assenza di regolamentazioni adeguate. Un approfondimento in merito ci aiuterebbe a discutere con quella pacatezza che ho invocato prima come scelta metodologica.

Intanto mi sembra opportuno riportare la pagina di Roberto Bin a cui ho fatto riferimento:

L'antico e tradizionale rapporto di baliatico, che per secoli (quantomeno sin dal Codice Hammurabi § 194) è stato centrale nella cultura della famiglia economicamente agiata e in particolare di quella borghese del XIX e XX secolo (tanto da essere attentamente disciplinato a partire dal Decreto Legislativo. 4 agosto 1918, n. 1395) presenta tratti di notevole affinità con la *surrogacy*. [...] Benché fosse un rapporto pienamente accettato dalla morale corrente, esso si instaurava in un contesto di forte diseguaglianza sociale e di bisogno econo-

33 LUIGI PIRANDELLO, *La balia*, in *Novelle per un anno*, Milano 1987.

34 Il convegno *Maternità e infanzia in Italia tra passato e presente*, si è svolto dal 29 al 31 marzo 2010 presso l'Archivio di Stato di Benevento nell'ambito della mostra *Balie. Donne tra lavoro e cura*, con il concorso de *Gli archivi del lavoro, viaggio nel passato del mondo del lavoro sannita*.

mico, era perciò basato su un negozio oneroso in cui la balia veniva tolta dalla propria famiglia e separata dal proprio figlio naturale per fungere da nutrice di un figlio altrui. Forse non sempre le vicende erano così atroci come quelle di Annicchia, la povera ragazza di cui Pirandello racconta le vicende in *La balia*, ma il mettere in affitto il corpo della donna per ottenere un vantaggio economico era pur sempre il tratto distintivo del rapporto. Le difficili relazioni psicologiche e affettive che nascevano tra madre e balia, balia e suo figlio biologico, bambino baliato e balia, e tra «fratelli di latte» sono stati così importanti da attrarre l'attenzione della letteratura e della poesia (si vedano le sofferte poesie dedicate alla balia da U. Saba nel *Canzoniere*). Esse segnano tracce straordinariamente simili a quelle che si formano nelle relazioni implicate nella surrogazione della maternità: eppure il giudizio etico e la disapprovazione giuridica non sono affatto comparabili, anzi sembrano stare su sponde opposte. Il rapporto di baliatico è sopravvissuto al fenomeno sociale nel vigente Testo Unico delle leggi sanitarie (art. 309-312), che ne disciplina i profili rilevanti per la sicurezza sanitaria del bambino. Mentre la riflessione sulla surrogazione disconosce questi precedenti storici e quindi rischia di appiattirsi su concezioni etiche ed esperienze sociali contingenti e parziali, che si concentrano sullo scandalo causato dalle nuove tecnologie della riproduzione umana dimenticando il ben più osceno scandalo della disuguaglianza e della miseria in cui il traffico del proprio corpo trova le sue cause³⁵.

È allo scandalo della disuguaglianza e della miseria, possibile fonte di «traffico» dell'umano in un mondo che resta «incompiuto», malgrado rivoluzioni di ogni genere con o senz'armi, che le leggi sono chiamate a opporre barriere, avendo però metabolizzato inefficacia – o addirittura esiti perversi – del puro proibizionismo e insufficienza del ricorso al contratto.

Concordo pienamente, da non giurista, con le osservazioni di Bin che offrono argomenti giuridici al mio sentire etico e bioetico, attento alle questioni dei diritti di tutti e sensibile a quelle di genere, alla competenza etica delle donne nel contesto della conquistata autonomia, fondamentale componente dell'irrinunciabile libertà. In conformità con questo sentire, voglio concludere su questioni tanto aperte citando parole di Alessandra Bocchetti nelle quali mi riconosco del tutto:

Se la scienza è riuscita a superare i limiti di un corpo umano, creando la possibilità di nuove relazioni, nuove dimensioni, non sarò certo io a dire di no. Il mio no non varrebbe nulla, avrebbe solo l'arroganza di un gesto impotente. Vorrei ragionare sì sulle condizioni. Penso che sia bellissimo che una sorella, un'amica, una madre possa farmi il grande dono di portare, nutrire e fare crescere dentro di sé una creatura che sarà mia, se mi trovassi nella triste

35 R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, cit., 4-5.

condizione di non poterlo fare. Il bambino che nascerà riceverà un racconto di generosità che lo impegnerà alla gratitudine, il sentimento più civilizzatore che ci sia. Chi l'avrà messo al mondo resterà sotto i suoi occhi, non sparirà. Parole, gesti, sguardi, intrecci. In questo caso l'utero prestato sarà un'esperienza di bene puro, quello vero, quello disinteressato, che farà crescere tutti coloro che ne sono coinvolti. Non servirebbe contratto, solo un regolamento condiviso, chiaro e più semplice possibile. Ecco, tutto questo vorrei che fosse possibile e legale³⁶.

Possibile, aggiungerei io, in quanto legale: perché per me è vero ciò che prima ho ricordato e che desidero nuovamente sottolineare: «La libertà non è divisibile. Una legge che consente è anche una legge che protegge».

36 A. BOCCHETTI, *Solo corpi che nulla possono immaginare sul bambino che ospitano*, consultabile su: <http://27esimaora.corriere.it/articolo/solo-corpi-che-nulla-possono-immaginare-sul-bambino-che-ospitano/>

PAZ BOSSIO GRIGERA

LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN ARGENTINA.

Un análisis socio-sanitario jurídico desde una mirada bioética

Sommario: 1. Introducción. – 2. Estado de Situación socio-sanitaria. – 3. Estado de situación jurídica. – 4. Las Transformaciones Jurídicas en el nuevo Código Civil y Comercial. – 5. Derechos Reproductivos *erga omnes*. – 6. Derechos Filiatorios *stricto sensu*. – 7. Derecho de Identidad e Información. – 8. Algunas Cuestiones de resolución Judicial. Daños y perjuicios por mala selección genética, fecundación post mortem y estatuto jurídico del embrión no implantado. – 9. Conclusiones.

1. El objetivo de este artículo es reflexionar sobre el estado de situación de la reproducción humana asistida (TRHA) en Argentina desde el análisis socio-sanitario y jurídico desde una mirada bioética.

En Argentina los procesos normativos han estado abiertos por mucho tiempo, tomando nueva velocidad a partir fundamentalmente de la Ley 26.862/2013 Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) el 1° de Agosto del 2015. Estos procesos normativos han dejado algunos temas pendientes de resolución y se ha marcado un copioso desarrollo judicial al respecto.

2. Con el nacimiento de Louis Brown en 1978, el primer «bebé de probeta» amplios e intensos se debates se abrieron a nivel mundial y desde entonces se estima que en el mundo ya han nacido más de 7.000.000 de personas a través de las técnicas de reproducción humana asistida.

En América Latina, entre el año 1990 y el año 2012, se han iniciado 466.380 ciclos de fertilización, de los que resultaron 129,481 Embarazos Clínicos y 128.245 Nacidos Vivos¹.

Las técnicas más utilizadas han sido en 68,509 casos (53,4%) ICSI, en 22,429 casos (17,5%) FIVET y 22,626 casos (17,6%) Ovo Donación. Estas

1 Red Latinoamericano de Reproducción Asistida. Marzo 2017.

prácticas se han realizado 56.674 de los casos, el 44,2% en Brasil, 26.085 casos, el 20,3% en Argentina y el 17.238 de los casos, el 13,5% en México².

Los arts. 4° y 5° de la ley 26.862 establecen que el Ministerio de Salud de la Nación, deberá crear y llevar en forma actualizada, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, quedando incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones.

En Argentina, existen 129 Establecimientos de Salud con Fertilización Asistida³, concentrándose el 35% entre Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el registro Federal de Establecimientos de Salud del Ministerio de Salud de la Nación.

A partir de la Ley 26862, el acceso de la gente a las técnicas ha ido creciendo un 20 % cada año. En el 2015 se registraron 17 mil casos en todo el país y se estimaba que en el 2016 aumentaría a 21 mil casos. Esto se traduce en un número aproximado de alrededor de 100.000 niños nacidos mediante este sistema y se proyecta llegar a unos 40 mil por año⁴.

Estas cifras no aproximan a la realidad socio sanitaria sobre la que se han construido relaciones jurídicas y veremos como el Derecho se ido edificando en Argentina sobre algunos de los debates dados por la Bioética.

Esto posiciona a la Argentina, en un escenario muy importante en cuanto al punto de vista del desarrollo de las ciencias de la reproducción, desde una perspectiva científica sanitaria y como este desarrollo de la ciencia ha llevado al desarrollo de procesos que éticos jurídicos que han acompañado la construcción marcos legislativos y normativos necesarios para su operatividad.

En términos sanitarios Argentina es puesta como modelo en Latinoamérica, por la accesibilidad a los tratamientos y la apertura a la multiplicidad de usuarios. Desde que se sancionó la Ley, muchos paradigmas han cambiado en el medio de discusiones y debates que de a poco se van encontrando.

Uruguay ha avanzado en la misma línea jurídica que Argentina y por Ley 19.167 de Reproducción humana asistida del 29/11/2013 y el Decreto 69/014 de Reglamentación de establecimientos de técnicas de reproducción asistida, se integra normativamente la accesibilidad a los tratamientos

2 Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Estado actual de la reproducción asistida en Latinoamérica y el mundo. 2013.

3 Datos del Observatorio de Derecho a la Salud. Universidad Nacional de Buenos. Marzo 2017

4 Argentina. Ministerio de Salud. Programa Reproducción Asistida. Marzo 2017.

La reflexión propuesta pretende mirar estas nuevas realidades científicas, sanitarias, sociales y jurídicas y aportar una mirada bioética.

En el año 2013, en términos de procesos legislativos, la intencionalidad política parecía estar dada en que se sancionara primero el CCyC, el que se venía trabajando en Comisiones de reformas desde hacía ya muchos años, y a posterior la Ley De TRHA, pero los tiempos de los legisladores se dieron a otra velocidad y se aprobó primero la Ley 26862, generando un fuerte precedente que se debería tener en cuenta y complementarse con el CCyC que aún se encontraba en debate.

3. La Ley 26862 de «Acceso Integral A Los Procedimientos Y Técnicas Médico-Asistenciales De Reproducción Medicamente Asistida» fue sancionada el 5/6/2013, y ha sido velozmente reglamentada por Decreto 956/ del 19/7/2013. Con anterioridad a la sanción de la ley, las TRHA no se encontraban prohibidas, no obstante, se desarrollaban sin un marco legal que las regulara. Las decisiones en torno a su uso y aplicación quedaban en manos de sus proveedores privados y el acceso implicaba un alto costo. Esto ha representado por muchos años una brecha en términos de equidad justicia socio sanitaria muy profunda, en virtud de que accedían solo aquellos que contaban con el dinero para poder solventarlo.

Los primeros tratamientos eran muy costosos y para acceder a ellos muchas personas de se han endeudado y mucho, pagando costos similares a departamentos. Hoy las técnicas se han optimizado en términos científicos y se han disminuido los costos, siendo igual altos dada la alta complejidad que conllevan. En Argentina existen tres centros públicos de referencias: Córdoba, Bahía Blanca y Tucumán.

En el campo jurídico argentino, recientemente ha entrado en vigencia un nuevo Código Civil y Comercial, incorporando después de más de 140 años, una nueva y renovada visión de los Derechos.

En este sentido la Bioética ingresa en el CCyC, en cuanto se incorporan y profundizan en los derechos personalísimos, derechos humanos, derechos filiatorios, derechos reproductivos con eje en los conceptos de dignidad, identidad, autonomía de la voluntad, entre otros.

Se podría señalar como recomendación judicial de abordaje de los tratamientos de alta complejidad, lo señalado en la Causa N° 11.682/08: «B.M.N. Y OTRO c/ Dirección de Ayuda Social para personal del Congreso de la Nación s/ Amparo», para obtener la cobertura total del tratamiento de fertilización asistida mediante la técnica ICSI, el Juz 3 Sec. 5 de Buenos Aires, el 19 de mayo de 2009. ya había señalado antes de la entrada en vigencias de las normas relativas a la Reproducción Asistida que *«en lo que*

respecta a la verosimilitud del derecho, la falta de una norma específica para cubrir la demanda en materia de fertilización asistida se explica porque los avances de la ciencia médica en ese campo, a menudo, desbordan la tarea del legislador; y porque la incorporación de técnicas de fertilización de alta complejidad requiere de previsiones presupuestarias para financiarlas y de consensos comunitarios para implementarlas teniendo en cuenta las opciones bioéticas involucradas».

Si se da una mirada amplia a TRHA, y desde el ámbito de las políticas sanitarias el cuerpo normativo comprende la Ley 26862, su Decreto Reglamentario 956/13, la Resolución N° 448/2016 «Guía para Estudios de Evaluación Económica de Tecnologías Sanitarias», la Resolución 1-E/2017 «Procedimientos Médicos/Etapas Incluidos En Tratamientos De Reproducción Humana Asistida De Alta Complejidad» (TRHA/AC) y en cuanto a los aspectos éticos jurídicos por Resolución N° 1002/2016 del 14/07/2016 se crea el Comité Nacional Asesor de Ética en Investigación, de carácter asesor y consultivo.

Desde el punto de vista de las ciencias de la reproducción las TRHA como proceso científico y tecnológico, es enmarcado en la Resolución N° 448/16, que define como Tecnologías sanitarias al «Conjunto de equipamientos, medicamentos, insumos y procedimientos utilizados en la prestación de servicios de salud, así como de las técnicas de infraestructura de esos servicios y de su organización», debiéndose entender que las TRHA de alta complejidad reguladas por la Resolución 1-E/2017.

La referida norma expresamente en el punto 19, refiere a los aspectos éticos y administrativos, señalando que: 19.1 Todas las evaluaciones económicas que involucren seres humanos deben presentar un anexo con la aprobación de un Comité de Ética en Investigación Institucional... 19.2 Cuando las informaciones sean obtenidas de fuentes internacionales, debe asegurarse que todos los datos utilizados fueron obtenidos de acuerdo con los principios éticos que guían la investigación.

En la misma línea de análisis, la Resolución 1-E/2017 en sus considerandos señala «Que, por su parte, en el artículo 2° del Anexo I al Decreto N° 956/13, reglamentario de la Ley N° 26.862 define, entre otras, a las técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, facultando a este Ministerio a resolver la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas, siempre que los mismos hubieran demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados. (entendiéndose aquí la necesidad de participación del Comité Asesor de Ética de la Investigación)

Que en su carácter de Autoridad de Aplicación y de conformidad con su rol de rectoría en la materia, este Ministerio se encuentra facultado para fijar los criterios relativos a las técnicas y tratamientos referidos en el artículo 8° de la citada ley 26862.

Se advierte en la Resolución 1-E/2017, que establece los «Procedimientos Médicos/Etapas incluidos en Tratamientos de Reproducción Humana Asistida de Alta Complejidad (TRHA/AC) y propiciados por el Programa Nacional de Reproducción Médicamente Asistida creado por Resolución Ministerial N° 2190/16 que los aspectos éticos no han sido consultados a la comunidad científica o al menos al Comité Asesor de Ética de la Investigación y solo ha sido consensuada con la Comunidad Científica especializada en la materia reproductiva, a saber: Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER), Asociación Latinoamericana de Medicina Reproductiva (ALMER), International Federation Of Fertility Societies—Federación Internacional de Sociedades en Fertilidad— (IFFS) y Asociación Argentina de Centros de Reproducción Asistida (AACERA).

Atento la falta de información disponible, sobre cuales son los procedimientos de definición de TRHA de Alta Complejidad, se puede inferir de la lectura de la Resolución 1 E/2017, que los consensos comunitarios teniendo en cuentas las opciones bioéticas involucradas, no ha sido considerado en función de que al momento de la incorporación de técnicas de fertilización de alta complejidad, la Comunidad Científica vinculada a la Bioética no ha sido consultada o al menos eso surge de la propia norma.

En este sentido destacó la importancia de las políticas públicas en beneficio de la gente. «Si la paciente no tiene los recursos necesarios por más que tenga la indicación no lo puede hacer y a partir de esta ley las personas con recursos moderados han accedido a los tratamientos» pero no es solo una cuestión de tratamientos, debe ampliarse el abordaje interdisciplinario para el establecimiento de procedimientos normativos médicos asistenciales.

En cuanto a este breve análisis jurídicos que hace a la accesibilidad y tratamientos que por cierto es un gran avance en términos de equidad socio sanitaria, debe ampliarse el abordaje de las TRHA de alta complejidad teniendo en cuenta los aspectos bioéticos y éticos jurídicos incorporados al CCYC, puesto que se advierte una mirada netamente científica y económica en la construcción de la estructura normativa ministerial.

Sin dudas, la legislación vigente implica una ampliación de derechos contemplando de manera igualitaria e inclusiva los derechos de toda persona a la paternidad o maternidad y a formar una familia, reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango constitucional. Además, el derecho humano de acceso integral a los procedimientos y

técnicas de reproducción médicamente asistida se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana.

En nuestro país se practican habitualmente las TRHA y como ya hemos señalado, desde la entrada en vigencia de la Ley 26862 en el 2013, más de 100000 personas han nacido por estas técnicas, por ello la necesidad de dotar de seguridad jurídica a los vínculos filiales de estos niños torna auspiciosa la posición asumida por el CCyC, reconociendo los mismos derechos a todos los niños, cualquiera sea el origen de su filiación⁵.

El uso de las TRHA observa tantas especificidades que requieren de un régimen jurídico propio. ¿Cuáles son estas especificidades? En primer lugar, las TRHA hacen posible la disociación entre el elemento biológico, el genético y el volitivo, cobrando éste último primacía.

Malaurie, señala Kemelmajer de Carlucci *et alt*, afirma que en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva («verdadero padre es el que ama»); la biológica («los lazos sagrados»); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual («para ser padre o madre es necesario quererlo»); la del tiempo («cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo»).

En el supuesto caso de una mujer casada con un señor cuyo material genético no es hábil para procrear; por lo tanto, deciden utilizar material genético de un tercero (donante anónimo). ¿Quién es el padre? El marido, quien tiene la llamada «voluntad procreacional», es decir, quien prestó el consentimiento libre, previo e informado, sin importar si aportó o no sus gametos. Los integrantes de este matrimonio serán los padres, son ellos quienes ejercen todos los derechos y deberes que se derivan de la filiación. Con el donante sólo habrá un derecho a conocer los orígenes, pero nunca un vínculo de padre e hijo.

Con el donante sólo habrá un derecho a conocer los orígenes, pero nunca un vínculo de padre e hijo. Por otro lado, las TRHA permite conservar embriones y/o material genético de las parejas por tiempos prolongados, los que nos lleva a una realidad: la posibilidad de que los deseos de paternidad/maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y el fin (divorcios, separaciones de hecho, planes distintos, etc.); por esta razón, el nuevo Código exige que el consentimiento sea renovado ante cada transferencia de embriones o material genético; es claro que estos cambios en las decisiones no pueden darse en la filiación por naturaleza⁶.

5 MINYERSKY NELLY (2014) *op. cit.*

6 HERRERA MARISA (2014) *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, www.infojus.gov.ar. Id SAIJ: DACF140723

4. Los aspectos esenciales que se generan en términos de persona y familia en relación a las TRHA han sido mayoritariamente abordadas en el CCyC, aunque algunas situaciones han quedado sin legislar y se han ido resolviendo por vía judicial.

Como se ha señalado la Ley 26862 en cuanto a la accesibilidad a los tratamiento y su construcción normativa ha sido desarrollada desde el Ministerio de Salud de la Nación, para el resto de los aspectos vayamos a su análisis.

Los Derechos Reproductivos *erga omnes*. Todas las personas tienen el derecho a reproducirse y éste forma parte de su derecho a tomar decisiones vitales y a organizarse familiarmente. Por su parte, los poderes públicos desempeñan un papel pasivo que consiste en abstenerse de imponer límites o interferir o controlar este tipo de decisiones, salvo situaciones extremas.

5. Los Derechos reproductivos y los derechos filiatorios, llevan a preguntarse si posible una disociación entre los elementos biológicos, genéticos y los de la voluntad e identidad, siendo que estos últimos han cobrado primacía absoluta sobre los derechos filiatorios resultantes de las TRHA.

El Caso Murillo de Costa Rica, que analizaremos más adelante, ha limitado por muchos años, el ejercicio de derechos reproductivos por TRHA, incidiendo sobre otros derechos relacionados con él como son a la intimidad personal y familiar, el derecho a fundar una familia y el derecho a la salud en su vertiente reproductiva. La sentencia de la Corte con toda precisión vincula y protege a todos estos derechos⁷.

La modificación del derecho filial no puede —ni debe— escapar a estas transformaciones, señala Kemelmajer de Carlucci. Esto es así en la Argentina y en el resto de los países se trata de una cuestión que como los conflictos sociales, está transversalizada por la noción de globalización. En efecto, desde una perspectiva sistémica, si la noción de familia está en constante movimiento, los campos intrínsecamente relacionados difícilmente puedan escapar al dinamismo. La prueba más evidente es que las TRHA no sólo han entrado a un nuevo campo de estudio con caracteres, principios e interrogantes propios, como lo es la bioética, sino que han ensanchado la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales⁸.

7 BENA INGRID (2013). «Comentarios a la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica», *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, Nueva Serie, año XLVI, núm. 137, mayo-agosto de 2013, 795-803. México.

8 KEMELMAJER DE CARLUCCI AÍDA, HERRERA MARISA LAMM ELEONORA *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino Texto y contexto de las técnicas de*

El CCyC en el TÍTULO V aborda las cuestiones referidas a la Filiación, reconociendo en el Artículo 558° las TRHA como fuente de filiación en Igualdad de efectos a la filiación por naturaleza u adopción, las tres surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones del CCyC. Se señala *in fine*, que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Las opciones vinculares filiatorios a la fecha son: padre y madre; madre sola, dos madres, dándose ampliación de actores para la accesibilidad de las TRHA y sus consecuentes vínculos filiatorios, pero no en número de vínculos filiatorios, que tal vez en un futuro se ponga nuevamente en discusión.

La autonomía de la voluntad encuentra su mayor aceptación jurídica en el Consentimiento Informado, el que no debe entenderse solo como un documento, sino en su mayor integridad como derecho y como procedimiento. En los casos que se presentan a partir de las TRHA, veremos que la determinación de la filiación se vincula con querer ser progenitor, siendo la voluntad Procreacional el elemento que siempre definir la filiación en los supuestos de TRHA.

¿La Voluntad lo es todo? A partir de esta pregunta un entramado de relaciones con nuevos efectivos jurídicos se entretejen en pos de la incorporación de los desarrollos en el campo de las ciencias de la reproducción en el campo de derecho.

En este sentido, el CCyC establece la revocabilidad siguiendo tendencias del derecho comparado, como lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Evans v. The U.K.* del 7/3/2006.

Un nuevo desafío para los abordajes biojurídicos que se requieren en esta nueva etapa de la postmodernidad

El CCyC, dota de supremacía jurídica a la Voluntad Procreacional en el Artículo 562°, cuando establece que «*Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos*».

Se establece de esta forma el valor jurídico al Derecho de Ser Padres y constituir familias, este deseo debe adecuarse a nuevas formas jurídicas no previstas por Vélez Sarsfield en el viejo código civil de avanzada para

su época de hecho construyó vínculos jurídicos individuales, sociales y colectivos por más de 140 años.

Es en este sentido artículo 7º de la Ley 26.862, anterior al CCyC, estableció que: *«El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, las Leyes N° 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y N° 25.326 de Protección de los Datos Personales.*

En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión».

En cuanto al registro y certificado de nacimiento, según el Artículo 559ª, deben ser redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

El elemento volitivo es fundamental en las TRHA, por ello el Artículo 560ª, señala que el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre (CPIL) de las personas que se someten al uso de las TRHA, y se debe renovar este consentimiento cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones, no es posible repetir procedimientos si no se renueva el CPIL.

Se establece en el Artículo 561ª, la forma y requisito del CPIL, que debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. Es fundamental el carácter de revocabilidad de la voluntad, señalada por el *in fine*, destacando que el CPIL es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

6. Los Derechos Filiatorios en el CC y C, renuevan las miradas vinculares, hasta hace algunas décadas, al hablar de filiación no podía dejar de señalarse el vínculo biológico que ella entrañaba, señala Minyerski, tanto que las definiciones que encontramos de esas épocas se referían a procreantes y procreados⁹.

9 MINYERSKY NELLY (2014) *«Los nuevos paradigmas en las relaciones familiares. Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.994»* en *Reformas Legislativas*.

Se introducen cambios y aportes necesarios en el Derecho de Familia, con el fin de armonizar las incorporaciones realizadas al plexo normativo argentino en la reforma constitucional de 1994, en el marco de la Doctrina internacional de los Derechos Humanos.

Se decía que «el término filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Era el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y la mujer que lo alumbró. Se identifica, en general, filiación con naturaleza. Aparece el vínculo biológico como si fuera el único y exclusivo para poder elaborar el concepto jurídico de filiación.

Con la aparición de TRHA las definiciones precedentes aparecen totalmente insuficientes para definir jurídicamente el vínculo filiatorio. Es por ello que optamos por la que nos dice que es el vínculo que se entabla entre dos personas como «padre» y «madre» en un extremo, e «hijo» o «hija», en el otro. La definición precedente es la que resulta más exacta o más pertinente, teniendo en cuenta los avances de las ciencias biológicas y tecnológicas sucedidas en las últimas décadas¹⁰.

En lo que respecta al derecho filial, sostiene Herrera, varias son las modificaciones que se introducen en este campo y que han generado acalorados debates como la incorporación de las técnicas de reproducción humana asistida como un tercer – nuevo – tipo filial, al lado o compartiendo el escenario con la filiación por naturaleza y con la filiación adoptiva¹¹.

¿Y qué es la voluntad procreacional? Es el eje central de la determinación de la filiación en los casos de TRHA. Así, la voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado es el elemento central para la determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA. Por lo tanto, los padres de un niño que nace por estas prácticas médicas serán aquellas personas que han prestado su voluntad para serlo, independientemente de que hayan aportado o no su material genético.

7. El Derecho de Identidad y de información en el CCyC es abordado con una postura intermedia frente al panorama dispar en el Derecho comparado, señala la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci. Es de tener en cuenta el valor jurídico y social que representa para la Argentina el Derecho a la Identidad, como consecuencias de sus noches más oscuras y su historia de lucha por la recuperación de la Identidad.

Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial. Año I – N° 1 – Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Argentina. Diciembre.

10 MINYERSKY NELLY (2014) *op. cit.*

11 HERRERA MARISA (2014) *op. cit.*

No existe duda alguna que el Derecho a la Identidad es el Derecho Humano por excelencia, se integra con el saber quién se es y se afianza con el reconocimiento y la mirada del otro que nos construye como ser social.

Por otra parte el derecho a la identidad puede considerarse como parte constitutiva de otros derechos fundamentales como el Derecho a la Personalidad Jurídica (contemplado por el art. 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos y por el art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), y el Derecho a la Integridad Personal, Psíquica y Moral (contemplado por el art. 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos). En efecto, el conocer realmente cuál es la verdadera Identidad personal, el saber quién es uno, hace a la plena realización de la personalidad y contribuye a la conservación de la integridad psíquica y moral de la persona.

En el artículo 563, se han esbozado diversos principios que diferencian los conceptos de padre y progenitor, dotando a la palabra «padre» de un contenido cultural, social y jurídico; y dejando la de «progenitor» para quien agota su quehacer en el hecho de la entrega del semen. No conoce a quién se va a inseminar, ni si efectivamente se producirá la misma. El «padre» prolonga su función con el cumplimiento de los deberes que se le imponen y el goce de los derechos que se le reconocen¹².

En el derecho comparado se advierten diferentes posiciones. Francia niega al nacido la posibilidad de conocer la identidad del donante. También se legisla de la misma forma en Italia, Dinamarca, Noruega y Finlandia. En otros países que comenzaron sosteniendo el anonimato modificaron su posición, algunos de ellos, como Austria, Suecia y Suiza, permiten al nacido en estas circunstancias en su mayoría de edad, obtener los datos del donante. Igual posición se sostiene en el Reino Unido, a partir del año 2005¹³.

El art. 564 adopta una posición intermedia, o sea, de anonimato relativo. Se estableció un procedimiento judicial y otro administrativo, lo que permite compatibilizar el derecho a la identidad con las características del nacimiento por estas técnicas de reproducción asistida, estableciendo que «A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud y b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

12 MINYERSKY NELLY (2014).

13 MINYERSKY NELLY (2014)

Este aspecto ha abierto grandes debates con respecto a la subjetividad en la determinación del carácter de «información relevante para la salud» a dar por el Centro de Salud, puesto que se abre un procedimiento administrativo interno a los Sistemas de Salud a fin de definir esto y en el caso del inc. b) la misma subjetividad deberá categorizarse a fin de dar luz a que se entiende por razones debidamente fundadas.

8. Algunas cuestiones de resolución judicial se refieren casi con exclusividad a la cuestión de quién paga el tratamiento o está obligado a pagar. Sin embargo recientemente ha habido otras consideraciones que habían quedado sin definir en el nuevo plexo normativo.

En esta oportunidad referenciaremos algunos fallos jurisprudenciales que abordan: DAÑOS Y PERJUICIOS POR MALA SELECCIÓN GENÉTICA, FECUNDACION POST MORTEN y ESTATUO JURIDICO DEL EMBRION NO IMPLANTADO, que son algunos de los vacíos jurídicos que se evidencian en las normas.

Pocas veces y de manera casi tangencial se ha hecho referencia en los fallos que vamos a analizar al tema bioético, ocupándose estos en su enorme mayoría de resolver si las obras sociales y empresas de medicina privada deben o no afrontar el pago de este tipo de prestaciones.

Daños y perjuicios por mala selección genética, La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala D (26/7/2016), «Caso G., A. M. y Otros c/R., L. R. y Otros s/Daños y Perjuicios», se presentan los padres de una menor, reclamando por sí y en representación de su hija, los daños derivados como consecuencia del tratamiento de fertilización asistida heteróloga (FIV) que tuviera como resultado el nacimiento de la niña con una grave patología genética (fibrosis quística), dirigiendo la acción contra el médico que llevó adelante la fecundación intrauterina, el centro que facilitara los óvulos y el médico a cargo del banco de semen que también proporcionara el gameto masculino, haciendo extensiva la acción a la respectiva aseguradora, con fundamento en la deficiente selección del material genético cuya responsabilidad atribuyen a los demandados. La sentencia apelada da lugar al reclamo, teniendo en cuenta que no se efectuaron a la donante de óvulos los exámenes correspondientes para eliminar, dentro de lo que resultaba factible, la posibilidad de transmisión de enfermedades graves y esto es responsabilidad de los facultativos intervinientes. Y si bien la obligación de los médicos es de medios, en este caso, el no adoptar las medidas que debió haber implementado para evitar este tipo de daño lo ha hecho infringiendo una obligación de resultado.

Fecundación post mortem, en fecha 13/06/2016 una noticia periodística acaparó la atención de varios medios periodísticos argentinos. Se trata de

un señor que falleció en un accidente ferroviario ocurrido el 13/09/2011 cuya esposa, acompañada por sus suegros (padres del fallecido) solicitaron judicialmente la extracción de material genético. Un juez hizo lugar a la petición. Años más tarde, la viuda pretende recurrir a un procedimiento de reproducción asistida para tener un hijo con dicho material, ante la negativa del centro de salud especializado, peticiona a la justicia la correspondiente autorización para llevar adelante la práctica médica. El juzgado Nacional en lo Civil con competencia exclusiva en asuntos de familia nro. 87 de la Capital Federal¹², en fecha 05/05/2016 hizo lugar a la acción y, en consecuencia, autorizó el uso del material del esposo fallecido hace casi 5 años. Solo se han registrado 5 casos en la argentina en materia de fecundación postmortem y algo tienen en común todos estos precedentes: dan cuenta de la falencia que se deriva del silencio legislativo o, en otras palabras, de la importancia de contar con reglas jurídicas claras al respecto, siendo una situación que se presenta en la realidad y que lo será con mayor frecuencia a la par del mayor desarrollo y acceso a las TRHA¹⁴.

El estatuto jurídico del embrión no implantado, es un tema que amerita mayor profundidad de análisis, pero en mérito a la brevedad solo se remite a destacar los alcances del Caro Murillo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La CIDH pronunció sentencia en el caso *Atravía Murillo y otros* sobre fecundación in vitro, el 28/11/2012. El famoso Caso significó un antecedente sumamente relevante para el desarrollo jurídico en América Latina.

El caso se relaciona con los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del 15 de marzo de 2000. Esta resolución declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo núm. 24029-S mediante el cual se regulaba la técnica de fecundación in vitro (FVI) en ese país. La sentencia implicó que se prohibiera la aplicación de esa técnica reproductiva en Costa Rica y, en particular, generó que algunas personas interrumpieran el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieran obligadas a viajar a otros países a fin de tener acceso a una FIV.

Muchos son los aspectos que ha abordado la sentencia, profundizando en conceptos como «persona», «ser humano», «concepción» entre otros. En este espacio se quiere destacar la posición de la CIDH con respecto al embrión no implantado, concluye de manera elocuente que no es persona en los términos del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

14 HERRERA MARISA (2017) «Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá». *Revista para Análisis del Derecho InDret* 1/2017. www.indret.com Marzo 2017.

Es de señalar que la jurisprudencia de la CIDH es obligatoria para nuestro país bajo pena de ser pasibles de responsabilidad internacional, puesto que el tratado está expresamente incluido en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, artículo que establece desde el año 1994, la jerarquía constitucional de los Tratados internacionales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, indicó que el caso se relacionaba con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la sentencia de la Corte de Costa Rica. Entre otros aspectos, la Comisión razonó que la prohibición absoluta de la técnica de fertilización in vitro constituyó una injerencia arbitraria en los derechos de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto a la posibilidad de tener hijos biológicos. En vista de la desatención del Estado de Costa Rica a las recomendaciones de la Comisión, ésta solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declarara la responsabilidad del Estado por la violación a los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2o. de dicho instrumento¹⁵.

Después de un minucioso análisis, de realizar consultas y recibir numerosos *amicus curiae*, la Corte emitió su sentencia en noviembre de 2012. Este documento tiene grandes alcances, implica el reconocimiento y protección de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada de aquellas parejas que por problemas de infertilidad estaban en proceso o en lista de espera para que se les practicara una fertilización in vitro. Si bien la sentencia es sobre este caso concreto, el significado de la misma se extiende hacia todo los Estados del continente americano. Habrá un antes y un después de la sentencia. Ciertos temas y conceptos relacionados con las técnicas de reproducción asistida que, desde tiempo atrás, han desatado polémica entre los países de la región tanto a nivel doctrinal, legislativo como jurisprudencial. Esta situación ha producido debates que pueden ser calificados interminables y que giran en torno al contenido de los derechos reproductivos¹⁶.

9. Para concluir considero que los avances científicos y tecnológicos en el campo de las ciencias de la reproducción han promovido grandes

15 BRENA INGRID (2013) «Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Artavia Murillo y otros» (*fecundación in vitro*) vs. Costa Rica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 137, mayo-agosto de 2013, 795-803. México.

16 BRENA INGRID (2013) *op. cit.*

debates, que por cierto llevaron más de 30 años para encontrarse y desarrollar una estructura normativa propia para lograr la accesibilidad a los tratamientos como fundamento de equidad y justicia sanitaria, pero aún hay mucho por hacer.

Aún quedan pendientes temas por abordar como fecundación postmortem, maternidad subrogada entre otros nuevos que irán surgiendo a medida que la ciencia avance.

No se debe abordar solo técnicamente la cuestión de accesibilidad, se debe fortalecer el proceso de articulación y armonización normativa que debe buscar el equilibrio entre los aspectos científicos sanitarios y éticos jurídicos, para promover mayor transparencia a cuestiones tan delicadas y sensibles para las personas y la sociedad, con profundos intereses y tensiones entre principios y valores éticos, políticos, económicos, culturales y sanitarios, que requieren de nuevas prácticas y nuevos procesos interdisciplinarios de abordaje de cuestiones científicas y éticas jurídicas de tanta importancia para la Vida.

Y

PARTE SECONDA

LA MATERNITÀ SURROGATA TRA IMPEDIMENTI LEGISLATIVI E APERTURE GIURISPRUDENZIALI

CHRISTINE COURTIN

LA GESTAZIONE PER ALTRI E IL DIRITTO PENALE IN FRANCIA*

Sommario: 1. Un quadro giuridico insufficientemente dissuasivo. – 2. Le proposte tendenti a rinforzare la lotta contro il ricorso alla gestazione per altri.

Il principio di dignità occupa un posto eminente tra i valori socialmente protetti e nella gerarchia delle norme. È compito del legislatore vigilare affinché questo principio sia rispettato in modo rigoroso a fronte delle evoluzioni della società e della medina, anche quando la tentazione di derogare a esso sia animata da intenti lodevoli. Ciò vale nelle situazioni in cui è in gioco il concepimento di un bambino. Alcune coppie che non possono avere figli sia a causa dell'infertilità della donna, che le impedisce di portare avanti la gravidanza, sia perché sono formate da persone dello stesso sesso, seguono vie traverse per raggiungere il loro scopo e ricorrono alla gestazione per altri.

Con tale pratica, che risale all'antichità (*ventrem locare*), una coppia stipula un accordo con una donna affinché questa dia alla luce un bambino, che si impegna ad abbandonare dopo la nascita. La gestazione per altri si è sviluppata grazie ai più recenti progressi delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, che permettono, con la fecondazione *in vitro*, una dissociazione tra maternità gestazionale e maternità genetica, e rendono possibile il trasferimento alla madre portatrice¹ di un embrione derivato dai gameti dei genitori intenzionali.

La gestazione per altri è vietata in Francia, perché contravviene ai principi di ordine pubblico di indisponibilità del corpo e di indisponibilità dello stato personale. Questo divieto, stabilito per la prima volta nel 1991

* Traduzione dal francese di Emilia Tagliatela.

1 Si è preferito utilizzare nella traduzione italiana l'espressione «madre portatrice», che ricalca la locuzione francese *mère porteuse*, invece della più diffusa espressione «madre surrogata» di matrice anglosassone (*surrogate mother*). Solo nell'unico caso in cui nel testo francese compare la locuzione *maternité de substitution* è stata usata la traduzione «maternità surrogata». [Ndt]

dall'Assemblea plenaria della *Cour de cassation*, è stato inserito dal legislatore negli articoli 16-6, 16-7 e 16-9 del Codice civile e la sua violazione è sanzionata penalmente. A giustificare il divieto di questa pratica in Francia sono i rischi che essa comporta per le madri portatrici e le sue conseguenze in termini di alienazione e mercificazione del corpo.

La gestazione per altri è proibita per legge in diversi paesi europei – segnatamente in Italia, Spagna, Germania, Svizzera, Svezia e Norvegia – e asiatici – quali il Vietnam, il Giappone e le Filippine – così come in alcuni Stati degli USA, in particolare Washington, Arizona, New Mexico, Utah, Michigan e New York.

Invece in altri paesi, tra cui il Regno Unito, la Grecia, il Canada, il Belgio, l'Olanda, Israele, il Brasile, l'India o alcuni Stati degli USA, come la California, la gestazione per altri è consentita o perché espressamente regolamentata dalla legislazione, o perché le autorità la tollerano e hanno adattato di conseguenza le loro norme relative alla filiazione.

L'interdizione della gestazione per altri, su cui esiste un ampio consenso in Francia ma non a livello internazionale, risulta pienamente giustificata in ragione dei gravi interrogativi etici sollecitati da questa pratica. Oggi, però, tale divieto è reso più fragile a causa del carattere non sufficientemente repressivo della legge francese. Ed è anche in parte rimesso in discussione dalla posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in merito alle questioni normative suscitate dalla trascrizione in Francia degli atti di stato civile stranieri redatti a seguito di un accordo di gestazione.

Poiché il quadro giuridico francese non sembra sufficientemente dissuasivo (I), numerosi parlamentari francesi hanno cercato di proporre diverse soluzioni per rafforzare la lotta contro il ricorso alla gestazione per altri (II), ma finora senza alcun risultato.

1. Sebbene giustificato dall'imperativo di tutelare la dignità della persona umana, il divieto di gestazione per altri è oggi reso più fragile dalla esiguità delle sanzioni previste per coloro che non lo rispettano (A) e dalla inefficacia di tali sanzioni rispetto alle pratiche realizzate all'estero (B).

A) Sanzioni penali insufficienti

La gestante, la coppia committente e gli intermediari che prendono parte a una procreazione o a una gestazione per altri incorrono nelle sanzioni penali previste dalla sezione 4 del capitolo VII del titolo II del libro II del Codice Penale, relativa ai reati in materia di filiazione.

Queste incriminazioni, previste negli articoli da 227-12 a 227-14, possono essere classificate in due categorie: da una parte l'istigazione all'abbandono di minore o l'intermediazione non autorizzata in vista di un'adozione, dall'altra parte l'alterazione dello stato civile e della filiazione tramite la sostituzione, l'occultamento o la simulazione di minore.

L'articolo 227-12 reprime tre diversi comportamenti:

- l'istigazione all'abbandono di minore: punita con sei mesi di reclusione e 7.500 euro di multa; l'istigazione è sanzionabile a prescindere dal suo eventuale risultato e non è essenziale che sia compiuta a scopo di lucro (primo comma);

- l'intermediazione non autorizzata in vista di un'adozione: punita con un anno di detenzione e 15.000 euro di multa; l'intermediazione a fini d'abbandono di minore consiste semplicemente nel collegamento tra due persone, quella che desidera adottare il bambino e quella che intende abbandonarlo, a condizione che tale rapporto d'intermediazione abbia «scopo di lucro» (secondo comma);

- l'intermediazione in vista di una gestazione per altri: egualmente punita con un anno di detenzione e 15.000 euro di multa; questa intermediazione è sanzionabile qualsiasi siano le ipotesi di maternità per altri (bambino concepito dalla madre portatrice con i suoi stessi gameti, concepito *in vitro*) e qualsiasi siano le condizioni a cui la donna ha accettato la maternità, a scopo di lucro o a titolo gratuito (terzo comma).

Lo stesso comma prevede due circostanze aggravanti che hanno l'effetto di raddoppiare le sanzioni, cioè due anni di reclusione e una multa di 30.000 euro, quando l'intermediazione in vista di una gestazione per altri presenti un carattere abituale e abbia scopo di lucro.

L'ultimo comma di questo articolo punisce il tentativo di compiere i reati previsti nel secondo e nel terzo comma, con le stesse sanzioni che si applicano a tali infrazioni.

L'articolo 227-13 punisce «*la sostituzione volontaria, la simulazione o dissimulazione che causino un'alterazione dello stato civile di un minore*», o il tentativo di compiere questi reati, con tre anni di reclusione e 45.000 euro di multa:

- la sostituzione di minore consiste nello scambio di due neonati al momento della nascita;

- la simulazione consiste nell'attribuire a una donna un parto che in realtà non è avvenuto;

- l'occultamento consiste nel nascondere una maternità e il parto, ma è punibile solo se ha come effetto l'alterazione dello stato civile del minore.

Sono contemplate le violazioni relative alla realtà della filiazione, in particolare quando i membri di una coppia, che hanno fatto ricorso a una gestazione per altri, nascondono l'identità della donna che ha portato avanti la gravidanza.

In base a questo articolo è stata condannata a tre anni di reclusione, con sospensione condizionale della pena, una coppia sposata, che aveva introdotto clandestinamente in Francia un neonato originario del Brasile e aveva presentato una falsa dichiarazione allo stato civile, dopo aver simulato un parto nel 1993.

L'articolo 227-14 stabilisce che le persone giuridiche ritenute penalmente responsabili, come le agenzie che mettono in contatto una coppia committente con la madre portatrice, incorrano, oltre che nel quintuplo della multa prevista per il reato, in alcune sanzioni previste dall'articolo 131-39.

Si può sollevare la questione dell'esiguità delle sanzioni penali in cui incorrono le persone che stipulano un accordo di gestazione per altri. Tali sanzioni possono raggiungere un anno di reclusione e 15.000 euro di multa per i reati di intermediazione o tre anni di reclusione e 45.000 euro di multa per falsa attribuzione di maternità. Le sanzioni previste in materia di intermediazione in vista di una gestazione per altri possono essere raddoppiate solo se i fatti sono commessi a titolo abituale o a scopo di lucro. Queste sanzioni sono manifestamente troppo poco dissuasive rispetto alla natura e alla gravità dei comportamenti in questione.

Le condanne sono rare, soprattutto a causa della natura clandestina dei reati in esame. Ad esempio, la rilevazione informativa del Senato sulla procreazione medicalmente assistita e sulla gestazione per altri aveva censito solo diciotto condanne pronunciate tra il 2009 e il 2013 per uno dei reati punibili ai sensi dell'articolo 227-13 del Codice penale.

Inoltre il Codice penale non affronta che una parte delle pratiche riguardanti la gestazione per altri, perseguendo solo l'istigazione all'abbandono di minore, l'intermediazione e la falsa attribuzione di maternità, che causano un'alterazione dello stato civile del bambino.

Sembrano escluse dal campo penale le iniziative intraprese da una persona presso agenti o organizzazioni che permettono o facilitano, a fronte di un pagamento, la pratica della gestazione per altri e, più in generale, tutti i comportamenti finalizzati al conseguimento della nascita di un bambino tramite questa pratica.

B) Sanzioni inefficaci rispetto alla gestazione per altri praticata all'estero

A causa delle norme relative all'applicazione territoriale del diritto penale francese, queste sanzioni non hanno alcun effetto allorché la gestazio-

ne per altri è praticata all'estero, in conformità con le leggi del paese nel quale essa è legale.

Quando il reato è commesso all'estero, i fatti possono essere legalmente perseguiti in Francia solo se è la legge del paese estero a considerarli un crimine e dopo una querela della vittima o una denuncia ufficiale presentata dall'autorità del paese in cui sono stati perpetrati, conformemente agli articoli dal 113-6 al 113-8 del Codice penale.

Le coppie che fanno ricorso alla gestazione per altri in un paese dove questa pratica è legale possono essere perseguite al loro rientro in Francia solo se uno dei fatti costitutivi di tale reato ha avuto luogo sul territorio della Repubblica. È questo il caso in cui il bambino sia nato in Francia o vi sia stato segretamente introdotto. Tuttavia, quando tutti i fatti si sono verificati all'estero, non è possibile attivare in Francia alcun procedimento legale.

Con riferimento al caso *Dominique e Sylvie Mennesson*, una coppia di cittadini francesi che avevano fatto ricorso a una gestazione per altri negli Stati Uniti, il Procuratore della Repubblica ha emesso contro di loro una requisitoria introduttiva per intermediazione in vista di gestazione per altri e per tentativo di simulazione avendo causato un'alterazione dello stato civile di minori. Tuttavia, poiché la coppia ha effettuato tutte le procedure sul suolo americano (infruttuosi tentativi di raccolta degli ovuli, inseminazione della madre portatrice, sentenza della Corte Suprema dello Stato della California che legittima la loro qualità di padre e la madre dei bambini nati, redazione degli atti di nascita e dei passaporti...), il *Tribunal de Grande Instance* di Créteil ha reso, il 30 settembre 2004, una ordinanza di non luogo.

Inoltre sorge un altro problema. Al fine di promuovere la maternità per altri e di incontrare le persone interessate, i rappresentanti delle agenzie, soprattutto americane, specializzate in questa pratica si recano in Francia. Pertanto è lecito chiedersi se le iniziative pubblicitarie delle società straniere rientrino nell'ambito del reato di intermediazione allo scopo di favorire la maternità per altri. Il ricorso all'articolo 227-12, comma 3, del Codice penale non rischia di scontrarsi con le regole di applicazione del diritto penale nello spazio?

Secondo il principio di territorialità (art. 113-2 Cod. Pen.), la legge penale francese è applicabile alle infrazioni commesse sul territorio. In pratica le società di intermediazione si accontentano, in Francia, di presentare la maternità per altri e le opzioni che possono essere offerte agli eventuali futuri genitori. Ma è in un paese straniero, dove la maternità per altri è consentita o tollerata, che si svolge l'intermediazione (vale a dire il collegamento tra la persona o la coppia desiderosa di avere un bambino e una donna disponibile a portare avanti una gravidanza per conto d'altri)

e che l'accordo di maternità per altri viene concluso. L'infrazione dunque non viene *effettivamente* commessa in Francia. Tuttavia è possibile ritenere che essa vi sia stata *fittiziamente* perpetrata? In generale è noto che la nozione di fatto costitutivo, ai sensi dell'articolo 113-2 del Codice penale, viene interpretata in maniera estensiva dai giudici penali. In effetti essa è considerata come comprensiva tanto dei presupposti del reato e degli atti preparatori, quanti degli effetti dispiegati dal reato sul territorio. Pertanto potrebbe accadere che il giudice penale, di fronte alla questione dell'applicazione del diritto penale francese, consideri la semplice presentazione, in Francia, della maternità per altri come un atto preparatorio, consentendo così di attribuirne la competenza alla legge penale francese.

Se questa concezione estensiva del principio di territorialità non dovesse essere mantenuta, allora il reato di intermediazione sarebbe da considerarsi come commesso all'estero. Ma il fatto che il reato non abbia avuto luogo in territorio francese non esclude l'applicazione del diritto penale francese, a condizione che vi sia comunque un elemento che consenta di ricollegarsi a esso, vale a dire a condizione che il reato sia stato commesso da un cittadino francese (principio della personalità attiva, art. 113-6 Cod. pen.), o che la vittima del reato sia cittadino francese (principio della personalità passiva, art. 113-7 Cod. pen.).

Per quanto riguarda l'eventuale ricorso al principio della personalità attiva, responsabile del reato di intermediazione sarebbe, per ipotesi, una società straniera, appartenente a un paese dove la maternità per altri è ammessa. Pertanto il principio di personalità attiva non può essere preso in considerazione. Quanto alla madre portatrice e alla persona o alla coppia committente, se esse sono firmatarie dell'accordo di maternità per altri, non possono in alcun modo essere qualificate come autrici del reato di intermediazione; esse non lo commettono affatto, poiché non mettono in relazione nessuno, ma, al contrario sono loro a essere messe in relazione. Inoltre sono necessarie alcune condizioni affinché tale principio sia applicabile, tra cui quella dell'incriminazione reciproca. Infatti, ai sensi dell'articolo 113-6, comma 2, del Codice penale, il diritto francese è applicabile ai reati commessi dai francesi al di fuori del territorio della Repubblica, se i fatti sono puniti dalla legislazione del paese in cui sono stati commessi. Ora questa condizione manca, dato che, per ipotesi, l'intermediazione si svolge in un paese che non punisce la maternità per altri. Di conseguenza tali ostacoli ci obbligano a sancire l'impossibilità di fare ricorso al principio della personalità attiva.

Resta da considerare il principio della personalità passiva, tenendo conto della nazionalità della vittima. Questo principio può consentire l'applicazione del reato di intermediazione e, pertanto, del diritto penale france-

se? Per rispondere al quesito, è necessario identificare la vittima del reato di intermediazione. Ma tale compito si rivela delicato.

Il reato rientra in una sezione dedicata alle violazioni nell'ambito della filiazione. In ragione di questa collocazione, è possibile ritenere che la vittima sia il bambino nato da una maternità per altri, mirando la lesione del rapporto di filiazione a proteggere il bambino e la sua identità. Tuttavia una tale analisi non è priva di conseguenze problematiche in merito alla questione dell'applicazione del diritto penale nello spazio, in quanto, affinché si possa far ricorso al principio della personalità passiva, la vittima deve essere di nazionalità francese al momento del reato (art. 113-7 Cod. Pen.). Ora, se si considera il bambino come la vittima del reato, non solo la vittima non ha nazionalità francese al momento dei fatti, ma, soprattutto, la vittima non esiste all'epoca dei fatti poiché al tempo dell'intermediazione il bambino non è nato e nemmeno è stato ancora concepito. È possibile identificare vittime diverse dal bambino? La persona o la coppia che fanno ricorso alla maternità per altri non sembrano essere vittime del reato di intermediazione, al contrario sono i beneficiari in quanto, attraverso questa pratica, hanno l'opportunità di diventare genitori.

Per contro la madre portatrice, a seconda delle circostanze nelle quali si svolge la pratica, potrebbe essere considerata come vittima, vittima della mercificazione del proprio corpo. Ma sappiamo bene che in realtà la donna che porta avanti la gravidanza è di nazionalità straniera e non di nazionalità francese, come invece esige il principio della personalità passiva. Pertanto neanche questo principio è applicabile.

Molte sono dunque le difficoltà di applicazione nello spazio del reato di intermediazione. Non è facile attribuire questo reato alle società estere che si limitano, in territorio francese, a contattare candidati francesi potenzialmente interessati alla maternità per altri. Tale quadro giuridico insufficientemente dissuasivo spiega perché siano state avanzate di recente diverse proposte mirate a rinforzare la lotta contro il ricorso alla gestazione per altri.

2. Per garantire effettività in Francia al divieto di gestazione per altri, diverse proposte hanno invocato sia un inasprimento della repressione penale (A), sia un potenziamento della lotta contro il turismo procreativo (B).

A) Il rafforzamento della repressione della gestazione per altri

Il rafforzamento della repressione può essere realizzato sia tramite un inasprimento delle sanzioni penali esistenti o la creazione di nuovi reati specifici (a), sia tramite la qualificazione delle condotte come penalmente illecite (b).

a) L'inasprimento delle sanzioni penali

L'inasprimento della repressione può seguire diversi percorsi. Il primo riguarda l'aumento delle sanzioni; il secondo è quello relativo alla creazione di nuovi reati specifici. Diverse proposte di legge, depositate di recente, hanno avuto come oggetto il rafforzamento delle sanzioni in materia di gestazione per altri.

Il disegno di legge presentato dal deputato Jean Leonetti ipotizzava la creazione di una incriminazione destinata a sanzionare il fatto di *«intraprendere contatti con agenzie o organizzazioni, francesi o straniere, che permettono o facilitano, a pagamento, la pratica della gestazione per altri»*.

Inoltre, più di recente, Valérie Boyer, insieme a molti suoi colleghi, ha depositato presso l'*Assemblée nationale*, l'8 aprile 2015, un disegno di legge finalizzato a combattere il ricorso a una madre portatrice, che però è stato rigettato in prima lettura il 21 giugno 2016.

Il primo e il secondo articolo avevano lo scopo di introdurre specifiche incriminazioni penali in materia di gestazione per altri, distinte da quelle esistenti in materia di abbandono di minore e di intermediazione in vista di un'adozione, e di aggravare le sanzioni oggi troppo poco dissuasive.

Il secondo articolo del disegno di legge creava un nuovo articolo 227-12-1, che raggruppava diversi reati suscettibili di essere commessi in occasione della definizione di un contratto di gestazione per altri, compreso quello di intermediazione:

- il fatto di ottenere o tentare di ottenere la nascita di un bambino tramite il ricorso a una madre portatrice sarebbe punito con pene da cinque anni di reclusione e 150.000 euro di multa (primo comma). Questo nuovo reato permetterebbe di reprimere meglio l'insieme delle azioni intraprese in vista di una gestazione per altri e che non sono riconducibili al reato di intermediazione, né a quello di sostituzione volontaria, simulazione o dissimulazione previsto dall'articolo 227-13;

- l'intermediazione o il tentativo di intermediazione, oggi puniti con un anno di detenzione e 15.000 euro di multa, vedrebbero le loro pene aggravarsi fino a cinque anni di reclusione e 150.000 euro di multa; le pene sarebbero raddoppiate quando gli atti sono commessi abitualmente o per profitto (secondo comma);

- l'istigazione, anche senza effetto, a uno di questi reati o la presentazione di essi in una luce favorevole sarebbero state punite con cinque anni di reclusione e una multa di 100.000 euro (penultimo comma). Il testo integra un punto cieco della legislazione vigente che punisce solo l'incitamento all'abbandono di minore.

b) La qualificazione della gestazione per gli altri come condotta penalmente illecita

Al contrario di quanto attualmente previsto, per cui le infrazioni riguardanti specificamente la gestazione per gli altri non sono considerate come reati, una parte della dottrina francese ritiene che questa pratica potrebbe essere riconosciuta come condotta criminale e ciò avrebbe importanti conseguenze concrete.

In Francia non esiste un reato specifico che vieti la vendita di un bambino. Ma è possibile allo stato attuale del diritto interno ricondurre la procreazione o gestazione per altri al crimine di schiavitù e di tratta di minori. In materia di schiavitù e di tratta la Francia ha già adeguato il proprio diritto interno alle prescrizioni internazionali, in particolare con la legge n. 2013-711 del 5 agosto 2013. Dunque i testi esistono già, non resta che applicarli alla maternità surrogata.

L'esistenza di una legge speciale riguardante il divieto di gestazione per altri non esclude la legge generale più severa sulla tratta e la schiavitù. In effetti le violazioni di cui agli articoli 227-12 e 227-13 del Codice penale riguardano solo lo stato civile, mentre in questo caso si tratterebbe di tutelare la libertà e la dignità della persona umana. Il legislatore ha voluto proteggere il diritto dei minori alla filiazione, parte importante dell'identità e che non è tutelata altrove. Sarebbe assurdo concludere che con ciò il legislatore abbia revocato il beneficio della tutela della loro libertà e dignità.

L'articolo 224-1 A del Codice penale recita: «La riduzione in schiavitù consiste nell'esercitare nei confronti di una persona uno degli attributi del diritto di proprietà. La riduzione in schiavitù di una persona è punita con venti anni di reclusione».

L'articolo 224-1 C precisa che il reato è punito con trent'anni di reclusione, se è commesso nei confronti di un minore o di una persona vulnerabile. Per definizione, trattandosi di gestazione per altri, è sul bambino che vengono esercitati gli attributi del diritto di proprietà, è lui che viene ridotto in schiavitù, la pena comminata è dunque di trenta anni.

Nella maggior parte dei casi, la gestazione per altri si configura anche come una vendita di minore. La Corte d'appello di Rennes ha sottolineato, in una sentenza del 10 gennaio 2012, che nel caso di specie non si trattava «soltanto di un contratto con la madre portatrice, proibito dalla legge francese, ma anche dell'acquisto di bambino, evidentemente in contrasto con l'ordine pubblico». In assenza di specifica incriminazione per la vendita di minore, il traffico di esseri umani è l'infrazione più prossima e quella che dovrebbe essere applicata.

Ai sensi dell'articolo 225-4-1 del Codice penale, «la tratta di esseri umani consiste nel reclutare una persona, trasportarla, trasferirla, alloggiarla o ospitarla a fini di sfruttamento [...]. Lo sfruttamento menzionato riguarda il fatto di considerare la vittima a propria disposizione o a disposizione di terzi, al fine di consentire che vengano commesse contro la vittima le violazioni [...] di riduzione in schiavitù [...]. La tratta di esseri umani nei confronti di un minore è punita con dieci anni di prigione e una multa di un milione e mezzo di euro».

Il legame tra tratta e riduzione in schiavitù è dunque espressamente previsto dal Codice penale e si applica perfettamente alla gestazione da altri. Il bambino è messo a disposizione del o dei committenti dalla madre o dagli intermediari, consentendo che venga perpetrato il reato di riduzione in schiavitù: il bambino viene dato o venduto come una merce di cui si sarebbe proprietari. D'altronde la stessa madre può essere vittima di schiavitù (la si utilizza, la si fa oggetto di *usus*, e le si prende il bambino, il suo *fructus*), di asservimento o di tratta da parte di intermediari, o semplicemente di sfruttamento della propria vulnerabilità da parte degli intermediari o degli stessi committenti.

La gestazione per altri potrebbe dunque essere ricondotta alle fattispecie dei reati di riduzione in schiavitù e di tratta di minori. Allora la questione che si porrebbe sarebbe quella di individuare chi sono gli autori del reato: la madre portatrice, i committenti, gli intermediari? Secondo l'articolo 121-4 del Codice penale, «è autore del reato la persona che: 1) commette i fatti incriminati; 2) tenta di commettere un illecito o, nei casi previsti dalla legge, un delitto». Sicuramente, quindi, sono autori tutti i soggetti direttamente implicati nei fatti costitutivi della violazione, vale a dire, le parti coinvolte nel contratto riguardante il minore. Tuttavia, quando la stessa madre portatrice è vittima di tratta, asservimento o schiavitù, non può essere considerata responsabile per mancanza dell'elemento intenzionale del reato. In altri casi, ella dovrebbe essere per lo più esente da responsabilità, almeno quando sia accertato che abbia subito coercizione fisica o morale, anche solo per necessità economica. Si tratterebbe di una causa di irresponsabilità ai sensi dell'articolo 122-2 del Codice penale.

Per contro i committenti, che hanno spinto la madre ad abbandonare il bambino utilizzando molto spesso per questo scopo il loro potere economico, possono essere penalmente sanzionati, sia direttamente come autori – dato che hanno comprato il bambino – sia almeno come complici di istigazione. Gli intermediari possono a loro volta essere considerati come i principali responsabili. Per loro la sanzione potrà essere tanto più severa in quanto non hanno la scusante di essere stati accecati dal desiderio di avere un figlio e dalla sofferenza per la sterilità. A loro è applicabile l'articolo 225-4-3 del

Codice penale, secondo cui «la tratta è punita con venti anni di reclusione e tre milioni di euro di multa, se commessa con associazione a delinquere».

Riconoscere alla gestazione per altri la qualificazione di crimine di riduzione in schiavitù e di tratta di esseri umani avrebbe conseguenze pratiche che supererebbero di gran lunga il piano delle sanzioni: ciò avrebbe implicazioni al tempo stesso sia sull'applicazione della legge nello spazio che sulla prescrizione. Senza dimenticare che si conseguirebbe un effetto fortemente dissuasivo rispetto ai candidati alla gestazione per altri e ai loro intermediari.

I procedimenti penali attivati nei confronti dei committenti sono stati abbandonati perché si trattava di reati commessi all'estero, cioè in un luogo dove non erano punibili. La situazione sarebbe diversa se l'accordo di gestazione per altri fosse qualificato come crimine – in quanto «la legge penale francese è applicabile a qualsiasi crimine commesso da un cittadino francese al di fuori del territorio della Repubblica» (Cod. pen., art. 113-6) – e soprattutto come crimine di tratta. Infatti, mentre in generale l'azione pubblica «deve essere preceduta da una querela da parte della vittima o dei suoi aventi diritto o da un'accusa ufficiale da parte dell'autorità del paese in cui il fatto è stato commesso» (Cod. pen., art. 113-8), nel caso di tratta la querela o la denuncia non sono necessarie (Cod. pen., art. 225-4-8). Poiché la gestazione per altri costituisce una forma di tratta di esseri umani, il procedimento pubblico potrebbe essere attivato senza querela o denuncia ufficiale, non appena le autorità francesi venissero a conoscenza di fatti suscettibili di una tale qualificazione.

Questa qualificazione criminale cambierebbe radicalmente altresì i termini della prescrizione. Ai sensi dell'articolo 8 del Codice di procedura penale, i termini di prescrizione dell'azione pubblica, mentre sono fissati a tre anni per i delitti, salgono generalmente a dieci anni per i crimini. Inoltre, per quanto riguarda alcuni reati particolarmente efferati, in particolare la tratta di esseri umani nei confronti di un minore, la prescrizione è di venti anni dalla sua maggiore età.

Per le persone attratte dalla tentazione di ricorrere alla gestazione per altri o di partecipare a tale pratica, il fatto di essere a conoscenza di una possibile condanna a trent'anni di reclusione per riduzione in schiavitù di un minore rappresenterebbe un fattore estremamente dissuasivo. D'altra parte le agenzie straniere che reclutano clienti in Francia (e impiegano talvolta a questo fine dei collaboratori francesi), non esitando a organizzare incontri pubblici di informazione nelle principali città francesi, sarebbero senza dubbio scoraggiate dalla prospettiva di un'ammenda di tre milioni di euro per tratta in associazione a delinquere.

B) *La lotta contro il turismo procreativo all'estero*

La lotta contro il turismo procreativo può essere facilitata per un verso dall'ampliamento del campo di applicazione territoriale della legge francese (a) e per un altro verso da una negoziazione tra la Francia e gli Stati che autorizzano la gestazione per latrì (b).

a) L'ampliamento del campo di applicazione territoriale della legge francese

In base al secondo comma dell'articolo 113-6 del Codice, la legge penale francese è applicabile a qualsiasi reato punibile con la reclusione commesso all'estero alla duplice condizione che l'autore della violazione sia francese e i fatti siano punibili ai sensi della legislazione del paese in cui sono stati perpetrati. L'articolo 113-7 dello stesso codice prevede anche che essa si applichi se la vittima è di nazionalità francese al momento della violazione, ma è improbabile che questo scenario si presenti in materia di gestazione per altri. In ogni caso, in conformità con il secondo periodo dell'articolo 113-8 dello stesso codice, il perseguimento «deve essere preceduto da una querela da parte della vittima o dei suoi aventi diritto o da un'accusa ufficiale da parte dell'autorità del paese in cui l'atto è stato commesso».

Il rigore di tali disposizioni induce alcune persone a tentare di sottrarsi rivolgendosi a legislazioni straniere più permissive: ciò priva di efficacia il nostro arsenale penale in un ambito che frequentemente coinvolge una significativa dimensione internazionale. È per questo che la proposta di Valérie Boyer mirava a consentire il perseguimento di coloro che eludono il divieto francese di gestazione per altri tramite atti commessi all'estero.

L'introduzione di un nuovo articolo escludeva le tradizionali norme di applicazione territoriale del diritto penale francese. Tali norme, sancite dagli articoli 113-6 e 113-8 del Codice penale, prevedono che il diritto penale francese è applicabile ai delitti perpetrati da cittadini francesi al di fuori della Francia solo «se i fatti sono puniti ai sensi della legislazione del paese in cui sono stati commessi». Il perseguimento di questi delitti è possibile solo a condizione che sia «preceduto da una querela da parte della vittima [...] o da una denuncia ufficiale da parte dell'autorità del paese in cui è stato commesso il fatto».

Il codice penale, per il perseguimento in Francia di un certo numero di reati, esclude già l'applicazione delle condizioni di reciprocità dell'incriminazione e di denuncia ufficiale da parte dello Stato in cui sono stati commessi i fatti, come nel caso di attentati contro gli interessi fondamen-

tali della Nazione, di reati contro funzionari consolari francesi, di reati di terrorismo, di violenze sessuali contro i minori, di favoreggiamento, di sfruttamento della prostituzione, di azioni che mettono a repentaglio minori, di partecipazione ad attività mercenarie o di clonazione di esseri umani.

Non c'è alcun motivo valido per cui non si possano considerare alla stessa stregua le violazioni relative alla filiazione, il cui livello di gravità è paragonabile a quello di alcuni dei reati precedentemente menzionati. Tale ampliamento dell'applicazione territoriale della legge francese è giustificato dalla necessità di garantire il rispetto dei principi di ordine pubblico di indisponibilità del corpo umano e di indisponibilità dello status personale.

Ispirandosi a queste deroghe, il nuovo articolo 227-12-1 precisava che la legge penale francese sarebbe stata applicabile ai reati che prevedono il ricorso a una madre portatrice, l'intermediazione in vista del ricorso a questa pratica e l'istigazione a commettere queste violazioni, quando esse sono state perpetrate all'estero da un cittadino francese o da una persona abitualmente residente in Francia, anche se non sono egualmente perseguibili nel Paese in cui sono state commesse e se non sono state oggetto di una querela o di una denuncia preventiva (ultimo comma).

L'articolo dunque sopprimeva, per il perseguimento di queste violazioni, la doppia esigenza di reciprocità dell'incriminazione e di denuncia ufficiale da parte dello Stato in cui i fatti sono stati commessi.

b) Negoziare con gli Stati in cui si pratica la GPA affinché proibiscano ai cittadini francesi di farvi ricorso

Il modo più efficace per evitare che i cittadini francesi sfuggano al divieto della GPA è quello di far sì che i paesi dove questa pratica è legale vietino loro di farvi ricorso. Tale soluzione è tutt'altro che inconcepibile. Il Regno Unito consente di beneficiare della GPA sul proprio territorio alle persone residenti. Altri paesi si stanno muovendo in questa direzione, al fine di riservare l'uso di questa tecnica ai loro cittadini o ai loro residenti, spesso sotto la spinta di scandali clamorosi che illustrano le derive del turismo procreativo.

Come dare a questo movimento maggiore incisività? Diversi autori sostengono la necessità di uno strumento di regolamentazione internazionale, negoziato nell'ambito delle Conferenze dell'Aja. Il modello sarebbe la *Convenzione sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale*, in cui si prevede, all'articolo 17, che nessuno Stato firmatario possa decidere un'adozione in favore di cittadini stranieri se prima non sia stato accertato che questi ultimi erano stati autorizzati ad adottare nel loro paese d'origine.

La difficoltà del compito non deve essere sottovalutata. Una convenzione internazionale si configurerebbe certamente come la soluzione migliore, perché sarebbe la più universale. Tuttavia essa richiede un accordo dei diversi paesi su principi comuni, accordo che non è affatto scontato tenuto conto della diversità degli approcci nazionali in materia di gestazione per altri. Ecco perché, pur schierandomi a difesa della promozione di una convenzione internazionale, ritengo opportuno sollecitare il governo affinché consideri anche l'opportunità di stipulare accordi bilaterali, negoziati tra la Francia e ciascuno dei Paesi che permettono ai cittadini francesi di fare ricorso alla GPA. Questa politica dei piccoli passi può certamente apparire meno ambiziosa rispetto a quella delle convenzioni internazionali. È tuttavia più realistica e consentirebbe al nostro Paese, a ogni trattato firmato, di rendere più difficile l'introduzione in Francia di situazioni contrarie al nostro ordine giuridico e ai nostri valori.

LE FRAGILI FONDAMENTA DEL DIVIETO DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ PREVISTO DALL'ART.12, CO. 6, L. 19 FEBBRAIO 2004, N. 40, IN UN CONTESTO GLOBALE NON ARMONIZZATO

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I recenti approdi in materia di gestazione per altri. – 3. L'ordine pubblico interno come limite della disciplina straniera sull'accertamento della filiazione. L'intervento tranciante di Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001. – 4. La qualificazione dell'attribuzione della maternità come «fatto istituzionale». L'abbrivio di Trib. pen. Milano, 13 gennaio 2014. – 5. Il superamento del limite dell'ordine pubblico alla trascrizione di un atto di nascita formato all'estero in conformità alla *lex loci*. Il percorso indicato da Trib. pen. Milano, 12 giugno 2015. – 6. La puntualizzazione di Cass. pen., 10 marzo 2016, n. 13525. – 7. La soluzione inedita di Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599: la genitorialità nella mutata declinazione del concetto di ordine pubblico. – 8. Il diritto del minore alla propria identità personale e sociale a confronto con il riconoscimento legale della genitorialità intenzionale: una chiave di lettura. – 9. Alcune applicazioni giurisprudenziali seguite all'apertura di Cass. civ., n. 19599 del 2016. – 10. L'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004 al vaglio della Consulta? Convintamente sì... ma in un futuro (nemmeno molto remoto)!

1. Una riflessione meditata sui profili di incidenza delle tecniche procreative basate sulla surrogazione di maternità imporrebbe un preliminare approfondimento degli aspetti etici¹ che si connettono a tale pratica nonché l'analisi della corrispondente dimensione scientifica e antropologica². Seb-

1 Sul tema GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai partecipanti al Convegno del "Movimento per la vita"* (3.12.1982), in Id, *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, 5/III, Roma, 1983, 1513, per il quale «uno dei più gravi rischi, ai quali è esposta questa nostra epoca, è infatti il divorzio tra scienza e morale, tra le possibilità offerte da una tecnologia proiettata verso traguardi sempre più stupefacenti e le norme etiche emergenti da una natura sempre più trascurata. È necessario che tutte le persone responsabili siano concordi nel riaffermare la priorità dell'etica sulla tecnica, il primato della persona sulle cose, la superiorità dello spirito sulla materia»; U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*⁴, Milano, 2000, 60; M.L. DI PIETRO, E. SGRECCIA, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, Brescia, 1999, 132-133.

2 A. FALZEA, *Introduzione generale*, in Aa. Vv., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia (Messina – Taormina, 3-8 novembre 1981)*, Milano, 1982, 16 ss.;

bene esulino da un intervento che ambisce a declinare valutazioni di diritto sostanziale, i profili deontologici e sociologici della questione condurrebbero ad un ripensamento del rapporto tra diritto alla libertà procreativa e diritto a procreare³ ma anche ad innescare una revisione critica delle categorie attraverso cui si riconoscono le attuali configurazioni familiari e le diverse espressioni della genitorialità⁴. Non dubitandosi che ad un *approche* siffatto non si sottrae la stessa elaborazione giuridica, gli è che la coscienza

-
- F. BOCCHINI, *Tra persona e famiglia, un sofferto itinerario*, in *Fam. dir.*, 1998, I, 91-96; Id., *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, 229-252; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti, Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 170; F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, 39-59; P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1, 43-57.
- 3 L. CHIEFFI, *Ingegneria genetica e valori personalistici*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica e i diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 83 ss.; F. FRENI, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Milano, 2012, 6-20; E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*³, Bari, 2009, 138; CENTRO DI BIOETICA DELL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL S. CUORE, *Sulla fecondazione artificiale eterologa*, Roma, 1997, 2, secondo cui «scoprirsi sterili e non potersi realizzare come padre o come madre è senza dubbio una grande sofferenza per la coppia: l'aspirazione alla maternità è 'fisiologicamente' legata alla coniugalità. Per questo motivo si deve avere il massimo apprezzamento umano per il desiderio di una gravidanza: e, laddove la scienza medica individui una situazione di sterilità, deve essere massimo l'impegno nella diagnosi e nella cura. Qualora, però, questo tipo di interventi non consente alla coppia sterile di realizzare questa aspirazione alla paternità/maternità, è doveroso orientare tale desiderio verso una fecondità sociale piuttosto che permettere pratiche contrarie sia alla dignità personale del nascituro e dei coniugi sia alla natura stessa del matrimonio e della famiglia»; G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000, 16-35; C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in Id., *Il diritto civile all'alba del terzo millennio, Famiglia – Successioni – Contratto – Patrimoni separati*, I, Torino, 2011, 30 ss.
- 4 In argomento si vedano le interessanti considerazioni di B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Riv. AIC*, 2017, 1, 5 marzo 2017, 1 ss. Le odierne tipologie di composizione familiare aprono scenari che modificano radicalmente il concetto di famiglia nucleare naturale organizzata sul modello della tradizione che vertono sulla non-coincidenza tra genitorialità e coniugalità, sulla non sovrapponibilità tra nucleo familiare e famiglia, sulla non omogeneità tra cultura familiare e cultura della comunità sociale d'appartenenza, sulla non consequenzialità tra genitorialità biologica e valori affettivi, sulla non coincidenza tra ruoli familiari e ruoli di genere. Sul tema C. FLAMIGNI, *Il libro della procreazione. La maternità come scelta: fisiologia, contraccezione, fecondazione assistita*, Milano, 2005, 20 ss.; C. FLAMIGNI e A. BALZANO, *Sessualità e riproduzione*, Torino, 2015, 44ss.

sociale recepisce tali dinamiche in un processo di costante rielaborazione, modificandone le metodiche e le relative risultanze, in una continua osmosi⁵. Riflettendo sui diversi giudizi etici sottesi e la correlata quanto progressiva accettazione sociale, le stesse denominazioni delle varianti che intervengono nei tessuti familiari sono costrette a continue rivisitazioni: da concubinato a convivenze di fatto, e successivamente, unioni civili; da figlio illegittimo e adulterino a figlio naturale ed, in ultimo, a figlio, senza aggettivo; da famigliastre a famiglie ricomposte o ricostituite. Non si sottraggono a questo processo di morfogenesi familiare le stesse tecniche di procreazione eterologa che coinvolgono una donna quale soggetto gestante per conto di terzi⁶, alla cui diversa qualificazione contribuiscono anche le specifiche modalità che connotano la pratica in concreto adottata⁷: maternità surrogata, utero in affitto, maternità per sostituzione, donazione d'utero, gestione per altri⁸. In tale contesto, non vi è chi non veda come il nodo

5 Interessanti al riguardo sono le considerazioni di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 91 ss.

6 Le Scritture bibliche danno conto di un caso di gestazione per altri nell'episodio di Sara, moglie di Abramo, la quale, non potendo avere figli, propone al marito di procreare un discendente con la schiava egiziana Agar (Genesi, 16-1,4); similmente Rachele, non avendo ancora procreato, diede come concubina al marito Giacobbe, la propria schiava Bilhah, la quale partorì due figli (Genesi, 30-3,8) ma anche Lia, vedendo che aveva cessato di aver figli, prese la propria schiava Zilpa e la diede in moglie a Giacobbe (Genesi, 30-9,11). Cfr. P. ZATTI, *La surrogazione nella maternità*, in *Quest. giust.*, 1999, 826, osserva come «la Bibbia sia uno specchio oramai lontano: la surrogazione si fonda sugli *status* del patriarca, della patriarca, dell'ancella; quest'ultima è parte della famiglia su cui si esercita il potere patriarcale e al patriarca partorisce, in un contesto sostanzialmente poligamico che prevede un privilegio materno della prima sposa, sulle cui ginocchia viene deposto il figlio della *shifkhah*».

7 F. CASSONE, *La surroga di materna tra tutela dell'integrità fisica e diritto alla salute*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 119 ss.; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. mer.*, 2010, 2, 358-385; A. B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002, 13-55; M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 2000, 483 ss.; P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 3, 2, 193-202. In materia cfr. anche A. GORASSINI, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 1251 ss., e Id., *Diritto di famiglia, Casi e questioni*, Napoli, 1982, *passim*; G.B. ASCONE e L. ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale*, Napoli, 1986, *passim*; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 18 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, *passim*.

8 Sul tema cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Mozione sulla maternità surrogata a titolo oneroso*, Roma, 18 marzo 2016 ed in particolare il dissenso di C.

principale che risulta fondamentale sciogliere è stabilire se in un progetto antropotecnico che, accettando il dominio dei processi di procreazione, recepisce le istanze della morale della intenzionalità, possa legittimarsi il ricorso a qualsiasi tecnica che, in una situazione di profonda sofferenza qual

Flamigni. La maternità surrogata, in via di prima approssimazione, è una tecnica di riproduzione, per mezzo della quale una donna («portante») si impegna, per conto di una coppia sterile, a far crescere nel proprio utero un embrione, consegnando poi il nascituro alla coppia o per liberalità, o in cambio di denaro. Maggiori complessità emergono qualora si prenda in considerazione il ruolo della madre che «ospita» la gestazione. Per taluni (si veda R. TORINO, *Gli accordi di maternità surrogata fra diritto a essere genitori, disponibilità degli status e interesse del figlio*, in *www.personaedanno.it*, 25 novembre 2003), si può parlare di surrogazione totale nell'ipotesi in cui la madre surrogata «porti a termine la gestazione ricevendo l'ovulo fecondato di un'altra donna, la quale può anche non essere colei che ha "commissionato" la gestazione per surrogazione»; si deve invece parlare di surrogazione parziale nel caso in cui la madre surrogata «si incarica sia di fornire l'ovulo, sia di portare a termine la gravidanza», diventando in questo modo anche madre genetica del nascituro. Appare chiaro che la differenza fra tali due ipotesi riguarda il patrimonio genetico del bambino: nel caso della surrogazione totale, la madre surrogata si limita ad ospitare l'embrione/feto il quale non condividerà in alcun modo, con essa, il proprio patrimonio genetico; nel caso della surrogazione parziale, la madre surrogata concorrerà alla determinazione del patrimonio genetico del bambino. Per altri, invece (A. B. FARAONI, *op. cit.*, 23-25; G. MILAN, *La madre su commissione. Problemi giuridici*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 312 ss.), può parlarsi di maternità surrogata nel caso in cui una donna, per soddisfare esigenze di maternità e di paternità di altri, noleggia il proprio utero a una coppia impegnandosi a farsi fecondare con il seme dell'uomo della coppia e a condurre a termine la gravidanza, consegnando, all'esito, il nascituro alla coppia committente. Al contrario, con l'espressione «locazione di utero», «si fa riferimento all'ipotesi in cui la donna incaricata si limita a portare avanti la gravidanza: in tale ipotesi, il materiale genetico impiegato è interamente proveniente dalla coppia committente, la quale richiede un contributo esclusivamente gestativo da parte della volontaria». Per quanto riguarda il seme, è possibile che provenga dal compagno della donna che si fa surrogare nella maternità da altra donna, oppure che provenga da un donatore. Complessivamente possono verificarsi sei differenti combinazioni, fermo restando che la gestazione deve essere sempre condotta dalla madre surrogata (ossia "terza" rispetto alla donna della coppia che poi riceve il nascituro e lo alleva), detta anche «madre uterina»: seme del compagno della donna che viene surrogata con ovulo della propria *partner* (quest'ultima definita madre genetica); seme del compagno della donna che viene surrogata con ovulo della madre portante (in questo caso madre genetica e madre uterina coincidono); seme del compagno della donna che viene surrogata con ovulo di donatrice; seme di donatore con ovulo della donna che riceverà il nascituro; seme di donatore con ovulo della madre portante (anche in questo caso madre genetica e madre uterina coincidono); seme e ovulo di donatori. In materia cfr. R. LANZILLO, *Fecondazione artificiale, «locazione di utero», diritto dell'embrione*, in *Corr. giur.*, 1984, 635 ss.; F. PATRINO, *La vicenda sul cd. utero in affitto. Profili giuridici*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 4, 2, 1642-1686.

è la sterilità, soddisfi la richiesta di genitorialità⁹. Non v'è dubbio che l'eticità del fine – che, peraltro, resterebbe comunque da dimostrare – da sola non giustifica la liceità del mezzo, risultando imprescindibile il rispetto del carattere etico dei metodi e delle tecniche a cui si ricorre: la pericolosità insita in una simile smagliatura concettuale sarebbe tale da provocare un approccio narcisistico ed egoistico alla paternità e maternità¹⁰. Ci si conformerebbe ad una antropologia debole, supportata da logiche pervasive, in cui potrebbe trovare ingresso qualsivoglia comportamento basato su presunte etiche individualiste e, in questa prospettiva, rischierebbero di essere ammantati di liceità anche gli esperimenti aberranti compiuti da *Mengele*. Per questa via si andrebbe incontro ad una diaspora dottrinale e concettuale che, non affrontando il delicato tema del rapporto tra il ricorso alle tecniche procreative e la legge naturale, indurrebbe ad un atteggiamento compromissorio, in cui ad essere perso sarebbe il confine tra gli atti biologicamente possibili e quelli eticamente ripugnanti, precipitando in tal modo nello smarrimento etico e inevitabilmente giuridico. Gli è che la scissione della procreazione dall'atto sessuale intervenuta per effetto dell'inarrestabile avanzamento delle scoperte medico scientifiche, in uno con le mutevoli declinazioni della filiazione, hanno stravolto i tradizionali assetti delle strutture portanti del diritto di famiglia, così come storicamente emersi e giuridicamente sistemati. Si pone, dunque, con senso di profonda inquietudine, la necessità di elaborare nuovi e mai definitivi schemi, nell'ambito dei quali incardinare inedite relazioni di vita familiare in cui a prevalere è l'aspetto fattuale, che insieme evoca effettività e fluidità di ruoli. Smarriti, dunque, quei riferimenti stabili – matrimonio, filiazione, procreazione, genitorialità, maternità – che derivavano da istituti familiari giuridicamente consolidati, si pone la necessità di individuare principi condivisi su cui

9 A. LORETI BEGHÈ, *La procreazione assistita di fronte alla legge: brevi cenni di diritto internazionale e comparato*, in *Giust. civ.*, 1993, 442, secondo la quale «il diritto degli aspiranti genitori a “dar la vita” è però diverso dal diritto naturale di generare;...La tutela del diritto di procreare (in senso naturale) non dovrebbe potersi estendere *sic et simpliciter* a coloro che, per procreare, devono ricorrere alla potenza generatrice altrui e alla tecnologia. Il diritto di dare la vita coinvolge, in questa ipotesi, individui diversi dai soli aspiranti genitori in quanto coinvolge i donatori, gli operatori sanitari, il nascituro; questo diritto non può quindi considerarsi fondamentale, incondizionato, assoluto, quanto piuttosto un diritto relazionale che deve rapportarsi con le varie esigenze in gioco e non dovrebbe, in nessun caso, ledere gli interessi del nascituro».

10 Si veda al riguardo l'interessante convegno organizzato presso la Corte di Cassazione il 13 dicembre 2016, su «Il minore e il diritto alla genitorialità», con autorevoli contributi.

poggiare le relazioni, orizzontali e verticali, che emergono in tali rinnovati contesti: e così responsabilità, interesse del minore, rispetto dell'identità e della vita familiare, eguaglianza e non discriminazione, autodeterminazione, tutela della dignità e del libero ed armonico sviluppo della personalità, si configurano come perni e valori fondamentali da seguire, mediante un loro ragionevole bilanciamento, per assicurare una regolamentazione di base a questi articolati quanto profondi polimorfismi familiari. Nel vuoto legislativo che connota mutamenti così profondi, nella disomogeneità transnazionale della normazione d'ambito e, *last but not least*, nell'incapacità di tradurre in regole consapevoli e scevre da latenti ipocrisie perbeniste, queste inedite quanto sfuggenti relazioni familiari, il rischio è che per evitare discriminazioni astrattamente irragionevoli, si finisca col realizzare equiparazioni irragionevoli¹¹. Fattori emblematici di questi processi esistenziali dell'individuo, favoriti da applicazioni scientifiche in costante mutamento, sono da individuarsi, in primo luogo, nell'attività legislativa interna, ancora troppo lontana dal cogliere i moti che turbano la quiete dell'animo umano laddove sopraggiunga un problema di sterilità e, dunque, dall'assicurare precetti adeguati e tempestivi alla naturale necessità di divenire genitori¹². Più attenta alla dimensione esistenziale appare invece la legislazione sovranazionale e, in particolare, comunitaria, la quale, se presenta limiti di competenze nella materia della gestione per altri, non può dirsi altrettanto per la trascrizione degli atti di stato civile formati all'estero, cui si connette la delicata questione della circolazione transnazionale di *status* validamente acquisiti nei paesi della U.E¹³. Pur trattandosi di certifi-

11 *Gleiches gleich, Ungleiches ungleich*, cfr. B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*", cit., 3.

12 M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in www.comparaziondirittocivile.it, ottobre 2016, 1, secondo cui «è opinione, comunque, sempre più diffusa e frequentemente espressa, che il nostro legislatore non tenga il passo con le esigenze che sorgono dalla mutata realtà sociale e che prepotentemente chiedono tutela». Sul tema, in maniera efficace, R. WINTEMUTE, *Marriage, adoption, and donor insemination for same-sex couples: does European case law impose any obligations on Italy?*, in *Genlus*, 2014, 2, 35 ss.

13 «Nessuna entità statale può ledere diritti fondamentali della persona con il pretesto di applicare il proprio diritto nazionale, non conforme a quello dello Stato in cui questo diritto è stato acquisito. Nessuno può separare i vincoli familiari per il solo fatto del passaggio di una linea di confine. Non comprendere questo, appoggiandosi a una formalistica interpretazione del proprio diritto nazionale, è, oltretutto, ipocrita, essendo preferibile l'espressione diretta ed esplicita del-

cazioni recanti mera pubblicità dichiarativa e che, dunque, prescindono dal corrispondente rapporto sottostante, è indubbio che non è sempre agevole tenere graficamente distinte le due questioni, dal momento che dalla prima consegue, in maniera implicita, il riconoscimento dello *status* familiare così come certificato. In materia, sono state in ogni caso disattese le speranze di quanti, alla stregua degli auspici presenti nel Libro Verde del 2010¹⁴, confidavano nella recente emanazione del Regolamento comunitario per la libera circolazione dei documenti pubblici (direttamente applicabile a partire dal febbraio del 2019)¹⁵, per dotarsi di una disciplina che rendesse automatico il riconoscimento di *status familiae* acquisiti nell'ambito di qualsiasi paese della U.E. Mostrando chiari i segni della profonda crisi di identità che attraversa l'Unione, le risultanze contenute nel provvedimento approvato evidenziano la rinuncia ad ogni aspirazione di unificazione sostanziale, che pur era all'origine della sua costituzione (artt. 21 e 26 TFUE in materia di tutela della libertà di circolazione; art. 3.2 TUE sullo spazio di giustizia europeo in ambito civile). Dell'ambizioso progetto di Regolamento, restano il frequente utilizzo del condizionale nelle premesse (*dovrebbe*) e l'esenzione dalla legalizzazione e della traduzione in caso di

la disapprovazione per contrarietà a supposti principi etici di tali istituti sentiti estranei», così R. DE FELICE, *Libertà di circolazione delle persone e libertà di circolazione degli status nell'unione europea*, in R. Torino (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in cassazione*, Roma, 2013, 110.

- 14 Sul tema cfr. Libro Verde, *Meno adempimenti amministrativi per i cittadini. Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile*, Bruxelles, 14 dicembre 2010, COM(2010)747 che suggeriva di introdurre norme sull'automatico riconoscimento di alcuni *status*, come la filiazione, l'adozione, il nome.
- 15 Regolamento (UE) 2016/1191 che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, e la relativa Proposta del 24 aprile 2013, COM(2013) 228 final, 2013/0119 (COD). Cfr. B. NASCIMBENE, *Libera circolazione degli atti pubblici. Norme in vigore e proposte della Commissione Europea*, in *Int'lLis*, 2013, 48 ss.; C. CAMPIGLIO, F. MOSCONI, *Osservazioni sul libro verde della Commissione Europea*, in *Iustitia*, 2011, 329-330; S. MARINO, *Cooperazione amministrativa e circolazione delle persone: verso il riconoscimento automatico degli atti di stato civile?*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 964 ss.; Id., *La trascrizione degli atti di stato civile: quale futuro per i matrimoni contratti all'estero fra persone dello stesso sesso nell'ambito dell'Unione europea*, in *Genlus*, 2015, 2, 140 ss.; E. DE GOTZEN, *Child's civil status, birth certificates' effects and the free movement of public documents: grasp all, lose all?*, in *Genlus*, 2016, 1, 56 ss.; M. FONTI I MAS, *La libera circolazione degli atti pubblici in materia civile: un passo avanti nello spazio giudiziario europeo*, in *Freedom, Security & Justice*, 2017, 1, 104 ss.

utilizzo di moduli *standard* multilingue, mentre scompare ogni riferimento al certificato europeo di stato civile, argomento che avrebbe importato una considerazione preliminare su un comune concetto di *ordre public*¹⁶. Un passo indietro, dunque, e forse l'ennesima occasione mancata per affermare uno spazio giuridico autonomo per un'Europa effettivamente integrata, in cui le diversità culturali emergono in tutta la loro evidenza, laddove le tematiche di confronto si spostano sui modelli familiari ed i criteri di imputazione della genitorialità.

Non si sottrae ad alcune censure la stessa attività giurisdizionale domestica che, tanto nella delicata verifica della legittimità costituzionale delle leggi quanto nella importante funzione nomofilattica, troppo spesso fa registrare – complice l'inerzia del legislatore interno – esorbitanti pur se apprezzabili tentativi di colmare evidenti lacune interpretative e normative, in un inedito *overruling* che si segnala per le vistose ingerenze nelle prerogative di cui sono titolari organi istituzionali distinti del sistema democratico¹⁷. Paradigmatica in tal senso è Corte cost. n. 162 del 2014¹⁸ che,

16 M. GUZMÁN ZAPATER, *La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE: el Reglamento UE 2016/1191 del PE y del Consejo*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2016, 161-179.

17 Cfr. C. CIRAULO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *iuscivile.it*, 2014, 12, 485 ss.

18 Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Fam. dir.*, 2014, 753 ss., con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Corr. giur.*, 2014, 1062 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 393 ss., con nota di G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; in *Dir. pen. proc.*, 2014, 825 ss., con nota di A. VALLINI, *Sistema e metodi di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1005 ss., con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1473 ss., con nota di L. RISICATO, *La Corte Costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*. Tra i vari commenti cfr. C.E. GALLO, *La sentenza della corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162 alla luce dei principi costituzionali. Quanto la sentenza rispetta il senso originario del dettato costituzionale*, in *bioticanews.it*, 4, luglio 2016; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Riv. AIC*, 2015, 3, 1 ss.; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta OnLine*, 11 giugno 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al dialogo competitivo con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 giugno 2014; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante*

nel dichiarare illegittimo l'art. 4, co. 3 della l. n. 40 del 2004 nella parte in cui vieta di praticare tecniche eterologhe di procreazione medicalmente assistita, precisa che la scelta di formare una famiglia con figli, costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi (artt. 2, 3 e 31 Cost.). Al di là della condivisibilità nel merito dell'intervento della Consulta, colpisce in primo luogo l'importanza dell'espunto normativo realizzato che, come è noto, inerisce ad una materia che da tempo animava il dibattito dottrinale e rispetto alla quale sarebbe stato opportuno uno specifico intervento legislativo, senza trascurare poi la portata espansiva delle argomentazioni poste a sostegno della decisione *de qua*. Nella medesima prospettiva si muovono anche i due importanti arresti cui è giunta da ultimo la prima sezione civile della Suprema Corte (nn. 12962 del 2016¹⁹ e

-
- garantismo per i futuri interessi del nascituro, in diritto penale contemporaneo. it.*, 13 giugno 2014; E. BILOTTI, *Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche*, in *Quaderni di diritto mercato tecnologia*, 2014, 3, 3 ss.; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 luglio 2014; R. SAPIENZA, *Ancora sulla sentenza del 10 giugno 2014, n. 162 della Corte costituzionale. La fecondazione eterologa tra margine d'apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme alla Convenzione europea*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2014, 8, 638 ss.; F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'in-costituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 599 ss.; F. PERRINI, *La Legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 603 ss.; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in *dirittifondamentali.it*, 15 settembre 2014; C. DELLA VILLA, *Brevi riflessioni in tema di procreazione medicalmente assistita a partire dalla sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2014; M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Milano, 2014, *passim*. Cfr. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 411 ss.; A. MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il cd. "paternalismo penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1637 ss.; E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1669 ss.
- 19 Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, in *personedanno.it*, 23 giugno 2016, con commento di V. MAZZOTTA, *Adozione per la coppia omogenitoriale: Cassazione dice sì, ibidem*, 11 luglio 2016, con commento di A. SARRI, *La Corte di Cassazione applica l'art. 8 della Cedu e dà il via alla prima adozione in casi particolari in favore della madre non biologica, ibidem*, 22 settembre 2016, con commento di M. LABRIOLA, *Adozione: giurisprudenza creativa o conforme alla legge?*, in *Famiglia*, 30 giugno 2016, con commento di L. VIZZONI, *La Cassazione conferma la stepchild adoption della minore da parte della partner omosessuale*

19599 del 2016²⁰) in materia, rispettivamente, di *stepchild adoption* e surrogazione di maternità realizzata all'estero²¹. Tali pronunce, che presentano numerosi punti in comune (soprattutto laddove si prende atto dell'esistenza

della madre biologica; in *filodiritto.it*, 25 ottobre 2016, con commento di L. STELLATO, *Adozione-Cassazione Civile: stepchild adoption e coppie same sex: via libera in casi particolari*; in *diritto.it*, 23 giugno 2016, con commento redazionale, *La Cassazione ha detto sì alla "stepchild adoption" in casi particolari*. In materia si veda l'interessante pronuncia di Trib. Milano, 17 ottobre 2016, n. 268, in *Famiglia*, 19 dicembre 2016, con commento di G. SPELTA, *Stepchild adoption: il no del tribunale dei minori di Milano*; in *ilfamiliarista.it*, 9 febbraio 2017, con commento di G. SAPI, *No all'adozione del figlio convivente da parte del partner eterosessuale non coniugato*, in cui il Tribunale per i minorenni di Milano, pronunciandosi sul ricorso presentato da due donne conviventi iscritte presso il registro delle unioni civili, le quali erano diventate rispettivamente madri di due bambine per il tramite di fecondazione assistita e ne avevano chiesto l'adozione incrociata ai sensi dell'art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983, pur avendo il P.M. espresso il parere favorevole, ne rigetta il ricorso in quanto le minori non sono state ritenute in stato di abbandono, anzi «godono, per quanto concerne il loro accudimento, di educazione ed affetto sia delle madri biologiche che delle rispettive compagne». La sentenza è stata riformata da App. Milano, 9 febbraio 2017, in *ilfamiliarista.it*, 26 aprile 2017, con commento di A. SIMEONE, *Corte d'appello di Milano: primo sì all'adozione mite per le coppie omosessuali*. Sul tema G. ZACCARO, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*, in *questionegiustizia.it*, 4 settembre 2014.

- 20 Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *iurisprudenzia.it*, 27 ottobre 2016, con nota di C. CUCINELLA, *Il riconoscimento dello status filiationis di un minore che risulta figlio di due donne*; in *Famiglia*, 11 ottobre 2016, con nota di E. CONTU, *Non è contraria all'ordine pubblico il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita di un bambino con due mamme*; in *ilfamiliarista.it*, 1 dicembre 2016, con commento di A. FASANO, *La Costituzione non vieta alle coppie dello stesso sesso di generare figli*; in *Quotidiano giuridico*, 2016; in *Foro it.*, 2016, 11, 1, 3329 nonché l'interessante ricostruzione di M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., 2 ss.
- 21 Si veda il commento del Garante per l'infanzia e l'adolescenza, Filomena Albano su Cass., n. 12962 del 2016, secondo cui in mancanza di una espressa previsione legislativa in materia di adozione del figlio del *partner*, spetta ai giudici dare risposte alle domande che provengono dalla società e interpretare le norme esistenti. Sottolinea M. D'AMICO, *Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei*, in *Genlus*, 2015, 2, 151 ss., che «in Italia, le coppie omosessuali non possono né adottare, né avere accesso alle tecniche di procreazione artificiale di cui alla legge n. 40 del 2004, né, e questo vale anche per le coppie eterosessuali, stipulare contratti di maternità surrogata vietati a norma dell'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004. Pur a fronte di simile quadro, il tema è stato al centro di alcune pronunce con cui i giudici hanno cominciato ad allargare le maglie dei divieti nel tentativo di rispondere, sebbene parzialmente e con efficacia circoscritta al caso

di modelli familiari diversi all'interno dei quali il progetto genitoriale può essere realizzato anche da una coppia dello stesso sesso²²), hanno richiamato l'attenzione dell'interprete – non senza critiche, benché prevalgano gli apprezzamenti – per le conclusioni cui la Suprema Corte perviene senza trascurare il decisivo rilievo delle *rationes decidendi* addotte²³. È interessante notare come in entrambe le decisioni venga respinta la richiesta della Procura generale di trasmettere il fascicolo alle Sezioni Unite. A tal riguardo, il Collegio sottolinea in via preliminare che, secondo il proprio consolidato orientamento²⁴, l'istanza volta alla rimessione del ricorso alle Sezioni Unite costituisce mera sollecitazione all'esercizio di un potere discrezionale e che, in ogni caso, la funzione nomofilattica è attribuita anche alle sezioni semplici della Corte (*ex art. 65 ord. giud.*). Nondimeno, non sottraendosi a valutazioni che si spingono nel merito del rigetto, i giudici della prima sezione evidenziano, in maniera significativa, come non sia corretto qualificare tutte le questioni riguardanti diritti individuali o relazionali di più recente emersione ed attualità – direttive di fine vita, limite al riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive, adozione da parte di persone singole, surrogazione di maternità nelle forme della gestazione affidata a terzi – per ciò solo come «di massima di particolare importanza» nell'accezione di cui all'art. 374, co. 2, c.p.c. Alla stregua di quanto si è già avuto modo di osservare con riferimento Corte. cost. n. 162 del

concreto, alle istanze delle cd. 'nuove famiglie', in primo luogo quelle costituite da coppie omosessuali».

- 22 In materia si veda l'interessante contributo di colei che nel collegio giudicante è stata la relatrice delle due sentenze in esame, M. ACIERNO, *Il ruolo delle Corti nella nozione di famiglia e matrimonio*, in *Genlus*, 2014, 2, 57 ss., che in tema di relazioni omoaffettive sottolinea come «in mancanza di qualsiasi regola normativa, l'accesso alla giurisdizione costituisce l'unico strumento effettivo di attuazione, sia pure nella limitata forma atomistica che è propria della risposta giudiziale, di uno statuto dei diritti della persona coerente con la rappresentazione diversificata delle relazioni affettive nella contemporaneità, così come elaborato dal complesso sistema di diritti costituzionali attualmente vigente».
- 23 M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., 4, secondo cui «la vita familiare assume meritevolezza di tutela di per se stessa in quanto esistente, indipendentemente dalla santificazione della forma: e così vi è famiglia quando esiste 'in effetti' un rapporto tra soggetti: coppia, genitori e figli, coppie e comunità anomale, quando il rapporto, ovviamente, sia considerato meritevole di salvaguardia».
- 24 Cfr. Cass. civ., 17 luglio 1985, n. 4219, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1737; Id., 14 gennaio 2003, n. 359, in *Arch. Giur.*, 2003, 1216 ss.; Id., 21 maggio 2015, n. 8016, in *Ced Cassazione*.

2014, anche nel caso di specie – e probabilmente con profili di maggiore incisività – pur nella condivisibilità delle posizioni assunte, non può non registrarsi una dilatazione delle funzioni dei giudici di legittimità, senza trascurare di sottolineare il mutamento rapido e drastico dell'orientamento della Cassazione che – complice probabilmente la variazione nella composizione del collegio – ripropone il delicato tema della crisi della funzione nomofilattica.

2. Ulteriori e più pregnanti considerazioni devono essere sviluppate riguardo alle tecniche di fecondazione artificiale eterologa. Certamente il ricorso alla figura del donatore o della donatrice, o di entrambi, realizza uno sconvolgimento radicale del convalidato punto di riferimento dell'identità procreativa umana basato sul legame genetico²⁵. Nello specifico, di maternità surrogata, nel nostro ordinamento, se ne occupa unicamente l'art. 12, co. 6,l. 19 febbraio 2004, n. 40²⁶, il quale prevede 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»²⁷. Trascurando l'analisi degli elementi costitutivi della citata norma

25 S. VEGETTI FINZI, *Volere un figlio*, Milano, 1997, 172, «la scomposizione e ricomposizione del processo riproduttivo separa la biologia dalla storia, autonomizza la catena germinale rispetto a quella genealogica, desoggettivizza, vicariandole, le funzioni organiche»; ID., *I problemi dell'identificazione sessuale nei figli delle coppie omogenitoriali*, in *Conflitti*, 4, 2014, 9. In materia A. M. PIUSSI, *La maternità tra realtà e desiderio*, in P. Di Nicola, M.G. Landuzzi (a cura di), *Crisi della natalità e nuovi modelli riproduttivi*, Milano, 2012, 33 ss.; F. BILOTTA, *La maternità surrogata*, in A. Liberati, F. Bilotta, *Diritti della personalità e biotecnologie*, Roma, 1999, 99 ss.; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 105 ss.

26 Cfr. A. BARENGHI (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, Padova, 2011, *passim*; A.G. CIANCI, *La liceità delle tecniche di procreazione assistita e dei negozi per la sua realizzazione*, in *Famiglia*, 2002, I, 89-125; C.A. GRAZIANI e I. CORTI, *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002, *passim*; F.D. BUSNELLI, *Procreazione artificiale e filiazione adottiva*, in M.F. Tommasini (a cura di), *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare*, *Atti del Convegno di Studi di Copanello, 28-29 settembre 2001*, Torino, 2003, 33-58; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, *passim*; R. BITETTI, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 177 ss.; A. LIACI, *Contratto di sostituzione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, 355 ss.

27 Ricadono in tale previsione non solo la madre surrogata e la coppia a cui viene poi consegnato il nato, ma anche il medico che si presta alla pratica illecita e gli eventuali donatori di ovulo o seme. Va sottolineato che la formulazione letterale della norma induce a ritenere che il legislatore abbia inteso punire non solo la maternità surrogata

incriminatrice in uno con l'approfondimento dei concetti, anche di natura medico-scientifica, utili a chiarire la portata del divieto in esame, in questo intervento si tenterà di chiarire se tale reato possa ritenersi in qualche misura superato dalla prassi giurisprudenziale sviluppatasi in argomento²⁸. Tanto nella considerazione che alcune recenti decisioni, rinvenibili non soltanto tra le corti di merito, informano dell'intervenuto riconoscimento giuridico di pratiche volte a realizzare un sostanziale aggiramento del divieto in parola. Nello specifico, tenuto conto che l'ordinamento nulla afferma al riguardo, l'accordo per la surrogazione di maternità viene stipulato da cittadini italiani all'estero, in uno Stato in cui il ricorso a tale tecnica procreativa risulta legale, conformandosi alla *lex loci*. Al termine della gestazione, alla coppia viene consegnato il nato – con l'impegno della gestante sostitutiva (e dell'eventuale donatore del seme maschile) a non vantare né esercitare alcun diritto genitoriale nei suoi confronti – il cui atto di nascita, redatto nello Stato estero, viene successivamente trascritto nei registri dello stato civile italiani²⁹. Il susseguirsi degli eventi così sintetici-

a fronte di una corresponsione di denaro o altra utilità, ma anche la maternità surrogata svolta per spirito di liberalità. Sulla rilevanza penale della maternità surrogata si veda M. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2015, 3, 910 ss.; C. CASSANI, *Art. 12*, in C. Cassani, M. Sesta, *Procreazione medicalmente assistita. Legge 19 febbraio 2004, n. 40. – Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*³, Milano, 2015, 2609 ss.

28 Da ultimo cfr. C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in *Genlus*, 2016, 1, 6 ss.

29 Sul tema AA. VV., *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, a cura di G.O. Cesaro, P. Lovati, G. Mastrangelo, Milano, 2014, *passim*; C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, 589; M. C. BARUFFI, *Maternità surrogata e questioni di status nella giurisprudenza italiana ed europea*, in *Int'l Lis*, 2010, 22 ss.; A. BARBAZZA, *Diritti della personalità ed autonomia negoziale. Casistica: il contratto di cd. maternità surrogata o "utero in affitto" ed il contratto di divieto di espatrio*, in (a cura di) S. Ruscica, *I diritti della personalità, Strategie di tutela, Inibitorie, Risarcimento danni, Internet*, Padova, 2013, 95-106; S. TONOLO, *Trascrivibilità degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, 81; A. QUERCI, *La maternità per "sostituzione" tra diritto interno e Carte internazionali*, in *Fam. dir.*, 2015, 12, 1142 ss.; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *Genlus*, 2015, 1, 160 ss.; G. PALMIERI, *Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n.835/2013, del Tribunal Supremo de Madrid (ricorso 245/2012)*, in *Genlus*, 2015, 2, 199 ss.

camente delineati, pone la delicata questione della trascrivibilità del certificato di nascita del minore nei registri di stato civile italiani, la cui analisi subisce il condizionamento dalla valutazione in termini di illiceità dell'atto e, dunque, del riflesso del divieto posto dall'ordinamento mediante il filtro dell'ordine pubblico³⁰.

Come anticipato, nel corso di questo intervento si tenterà di dar conto dell'itinerario giurisprudenziale sviluppatosi sul tema, che – come ha già avuto modo di sottolineare la collega Antonini Cochlin – risente in maniera decisiva dall'influenza esercitata dalle numerose quanto incisive sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU, le quali, a loro volta, si muovono nella direzione del riconoscimento del diritto all'identità al minore nato da maternità surrogata³¹. Le note resistenze d'oltralpe³², che la prof.ssa Antonini Cochlin ha illustrato nella propria relazione, e che si sostanziano nel mancato riconoscimento della valenza che l'art. 8 CEDU assume in ambito minorile, sono all'origine dell'ennesima condanna del Governo francese conseguente al rifiuto di trascrivere nei registri di stato civile i certificati di nascita di minori nati in India tramite maternità surrogata³³. I giudici di Strasburgo, infatti, richiamando la giurisprudenza dei casi *Menesson et Labassee*³⁴, hanno ritenuto che negare la trascrizione viola il diritto dei

30 «Che, come è noto, costituisce invece lo scandaglio mediante il quale verificare la compatibilità degli effetti che tale atto determina all'interno dell'ordinamento di appartenenza dei genitori sociali, e, dunque, della applicabilità del diritto altro e dell'efficacia dei provvedimenti e delle sentenze stranieri (artt. 16 e 64 e ss., l. 31 maggio 1995, n. 218 e art. 18, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396)» così G. PALMIERI, *op. cit.*, 200.

31 Cfr. A. M. LECIS COCCO ORTU, *L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri*, in *GenIus*, 2014, 2, 96, in cui vengono avanzate alcune riflessioni sulle prospettive future della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e sulle sue possibili ripercussioni su alcune discipline nazionali.

32 In materia di maternità surrogata il legislatore francese è intervenuto con un divieto espresso all'art. 16-7 *code civil*, norma che viene definita *d'ordre public* (art. 16-9). Sul tema G. B. FERRO, *Il problema della maternité de substitution e della liceità del contratto relativo: le ipotesi di soluzione nel contesto della legislazione francese e italiana e della Common law statunitense*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 33, secondo cui il preteso diritto dell'uomo e della donna ad avere un bambino non considera che il prezzo per soddisfare questo diritto è costituito «dall'eversione delle regole biologiche comuni e dalla distorsione dello stesso concetto di maternità quale esso è stato sin dalle origini dell'uomo: si scioglie, cioè, la necessaria continuità che deve esistere fra la gestazione e l'educazione del bambino».

33 Corte EDU, 21 luglio 2016, n. 9063/14, *Foulon e Bouvet*/Francia.

34 Il riferimento è alle sentenze gemelle della Corte EDU, 26 giugno 2014 (casi n. 65941 – *Labassee*/Francia e n. 65192 – *Menesson*/Francia del 2011) per avere “aperto” sebbene con un *accomodement* al riconoscimento dello *status* di figlio ad

minori al rispetto della vita privata, di cui è espressione il diritto all'identità personale anche a livello sociale, garantito dall'art. 8 CEDU³⁵. Pur riconoscendo alla Francia il diritto di vietare gli accordi di maternità surrogata nel proprio ordinamento, la Corte europea ha ritenuto che il diniego di trascrizione mina l'identità dei minori ed il loro superiore interesse al riconoscimento del proprio *status personae* ed anche il possesso di un preciso *status civitatis*³⁶. Se, dunque, non è in discussione la scelta di un paese di vietare la maternità surrogata, la giurisdizione della Corte sottolinea, ancora una volta, che il rifiuto di riconoscere la parentela biologica di un bambino costituisce una violazione, incompatibile con la CEDU, dei suoi diritti³⁷. Nonostante sia lasciato ampio margine agli Stati nelle decisioni relative alla

un minore nato da maternità surrogata: nello specifico non viene riconosciuto il rapporto di filiazione con la madre intenzionale, mentre viene riconosciuto quello paterno in ragione del legame genetico esistente con il bambino, alla luce del diritto di quest'ultimo al rispetto della propria identità personale. Cfr. Corte EDU, 26 giugno 2014, n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, e ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, in *Journal du droit international*, 2014, risp. 1265 e 1267 ss., con nota di J. GUILLAUMÉ; in *Recueil Dalloz*, 2014, 1806 ss. con nota di L. D'AVOUT, *La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassee*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1122 ss., con commento di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*; in *Fam. dir.*, 2015, 3, 306 ss. con commento di A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e CEDU a confronto*. Cfr. M.M. GIUNGI, *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 953 ss. e C. DANISI, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, in *articolo29.it*, 15 luglio 2014.

- 35 In materia cfr. S. MARINO, *Il carattere evolutivo della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU: alcune osservazioni a margine della sentenza Pajić della Corte europea dei diritti umani*, in *Genius*, 2016, 1, 125 ss.
- 36 L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 2, 1, 377-404; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, *passim*; C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, *passim*; D. CLERICI, *Procreazione artificiale, pratica della surroga e contratto di maternità: problemi giuridici*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 3-4, 1011-1019; F.P. SISTO, *Mater non semper certa est: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 3-4, 1467-1473.
- 37 Da Corte EDU, 26 giugno 2014 (casi n. 65941-Labassee/Francia e n. 65192-Mennesson/Francia del 2011) è conseguito un *reversimment* che ha condotto a *Cour de Cassation, Assemblée plénière*, 3 luglio 2015, n. 619 (ricorso n. 14-21.323) e n. 620 (ricorso n.15-50.002), in *courdecassation.fr.*, in cui è stata ammessa la trascrizione dell'atto di nascita che indichi come genitori la madre surrogata e il padre committente che sia anche genitore biologico.

maternità surrogata, in considerazione delle complesse questioni etiche che la stessa implica e della mancanza di una omogenea legislazione europea in materia, tale discrezionalità deve essere comunque ridimensionata quando si tratti di rapporti che coinvolgono l'identità degli stessi individui. Ne consegue che, secondo la Corte EDU, si deve procedere alla valutazione del rispetto del giusto equilibrio tra l'interesse dello Stato e quello dei soggetti coinvolti, con particolare riferimento al prevalente interesse dei minori a mantenere lo *status* legittimamente acquisito all'estero, ponendo la necessità di rimediare alle cd. situazioni claudicanti (*limping situations; situations boiteuses*), ossia alla discontinuità degli *status* attraverso le frontiere. Non va sottaciuto che la disomogeneità delle soluzioni adottate dai singoli Stati ha indotto talune istituzioni sovranazionali a tentare di dar corpo ad una soluzione globale e, per tale via, scoraggiare il cd. «turismo procreativo»³⁸, anche se come è stato acutamente sottolineato, in ragione delle motivazioni che originano il fenomeno, più correttamente dovrebbe parlarsi di «esilio riproduttivo»³⁹. In ogni caso, non v'è dubbio che l'esito di siffatte migrazioni è fonte di un «*caos* procreativo» che necessita di norme globali, ormai non più procrastinabili⁴⁰. In questa prospettiva muovono

38 F. SHENFIELD, *Cross border reproductive care in six European countries*, in *Human Reproduction*, 2010, 25/6, 1361-1368, secondo cui l'Italia sarebbe il paese europeo che maggiormente contribuisce a ingrossare le fila del turismo procreativo: su 46 centri per PMA e 1.230 coppie, 392 sono italiane; C.P. KINDREGAN, *International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, 36, 527; J. LONG, M. NALDINI, «Turismo» matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, in *Genlus*, 2015, 2, 163 ss.

39 C. FLAMIGNI, A. BORINI, *Fecondazione E(s)terologa*, Roma, 2012, 33. Per A. PIGA, *Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo*, in L. LOMBARDI, S. DE ZORDO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita e le sue sfide. Generi, tecnologie ed uguaglianze*, Milano, 2013, 112, nel senso che il termine turismo indica un viaggio di piacere ed è offensivo per le coppie che migrano per ottenere all'estero assistenza riproduttiva, mentre il termine esilio, più appropriato, indica il lasciare il proprio Paese per ragioni di dissenso. Evidenziano una certa neutralità l'espressione di «delocalizzazione riproduttiva», su cui J. MOULY, *La «délocalisation procréative»: fraude à la loi ou habileté permise?*, in *Recueil Dalloz*, 2014, 42, 2419 ss. e di «turismo medico» (*medical tourism*) su cui I.G. COHEN, *Circumvention Tourism*, in *Cornell Law Review*, 2012, 97, 1309 ss., mentre costituisce l'esito di una posizione fortemente critica quella di «bordello riproduttivo», riconducibile a A.L. CHERRY, *The Rise of Reproductive Brothel in the Global Economy: Some Thoughts on Reproductive Tourism, Autonomy, and Justice*, in *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 2014, 17, 257 ss.

40 Si vedano al riguardo i dati dell'Osservatorio sul turismo procreativo in www.osservatorioturismoprocreativo.it; cfr. L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani*:

i rapporti divulgati dal *Bureau* della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato⁴¹ e la costituzione di un gruppo di esperti sulla maternità surrogata per la redazione di un rapporto conclusivo. Nel febbraio 2016, il gruppo aveva diffuso uno studio (8767f) sulle questioni legate alla legge applicabile, alla giurisdizione e al riconoscimento di atti emessi all'estero, ammettendo, tuttavia, che la complessità delle problematiche connesse e la diversità di regolamentazione da parte degli Stati richiedevano un ulteriore approfondimento e quindi la continuazione dei lavori⁴². Nel Rapporto venivano, comunque, analizzate le regole di diritto internazionale privato vigenti nei diversi ordinamenti con particolare riguardo all'operatività del limite dell'ordine pubblico, la cui diversa perimetrazione si riflette sul riconoscimento dei certificati di nascita e pone incertezze sullo *status* dei minori e dei genitori. Più recentemente, il gruppo di esperti, nella relazione presentata a margine dell'incontro tenutosi all'Aja dal 31 gennaio al 3 febbraio del 2017, ha sottolineato la rilevanza internazionale della questione riguardante la continuità transfrontaliera degli *status familiae*, ritenendo fattibile il riconoscimento delle decisioni giudiziarie straniere relative alla filiazione nell'ambito di uno strumento normativo multilaterale, laddove queste siano definitive e abbiano efficacia giuridica nello Stato in cui sono state emanate⁴³. In ogni caso, i motivi per eccepire, in caso di contestazione dello *status filiationis*, il mancato riconoscimento, dovrebbero essere riconducibili a fattispecie in cui si ha riguardo alla necessità di proteggere gli interessi del convenuto (frodi procedurali, procedimenti paralleli). Parimenti qualsiasi eccezione di ordine pubblico dovrebbe essere inquadrata in maniera uniforme secondo l'interpretazione avallata dalle vigenti Convenzioni dell'Aja, vale a dire, come «manifestamente contraria all'ordine

una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale, in *Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2015, 7 ss.

- 41 HCCH-PERMANENT BUREAU, *Private International Law Issues surrounding the status of children, including issues arising from International surrogacy arrangements*, The Hague, 2011, 11, 5; *Id.*, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, The Hague, 2012, 10, *passim*; *Id.*, *The desirability and feasibility of further work on the parentage/surrogacy project*, The Hague, 2014, 3, *passim*; *Id.*, *The parentage/surrogacy project: an updating note*, The Hague, 2015, 3, *passim*; *Id.*, *Background note for the meeting of the experts' group on the parentage/surrogacy project, (meeting of 15-18 February 2016)*, The Hague, 2016, *passim*.
- 42 HCCH-PERMANENT BUREAU, *Report of the febraury 2016 meeting of the expert's group on parentage/surrogacy*, The Hague, 2016, *passim*.
- 43 HCCH-PERMANENT BUREAU, *Report of the experts' group on the parentage/surrogacy project, Meeting of 31 jenuary - 3 february 2017*, The Hague, 2017, *passim*.

pubblico»; ad ogni modo il gruppo di esperti ha sottolineato come le politiche pubbliche debbano perseguire il *best interest of the child*. In materia di atti pubblici stranieri, il gruppo pur riconoscendo l'importante distinzione tra riconoscimento dello *status* di parentela legale e riconoscimento della validità formale di un documento pubblico, come ad esempio un certificato di nascita, ha sottolineato che il suo mandato si concentra sulla prima questione. Alcuni componenti hanno prospettato la possibilità di un nuovo documento opzionale, un certificato internazionale sulla parentela o altra forma di convalida utile a confermare la parentela legale riconosciuta dallo Stato che ha rilasciato il certificato di nascita, prevedendo un possibile ruolo per un'*authority* internazionale. In tal modo, il riconoscimento di atti pubblici stranieri si realizzerebbe mediante una presunzione della relazione genitoriale che potrebbe essere confutata da prove contrarie. Un approccio siffatto, secondo il parere del gruppo di esperti, si rivelerebbe particolarmente utile per garantire la continuità transfrontaliera degli *status* dei nati all'estero mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita. Alla stregua della considerazioni di cui innanzi, pur consapevole della necessità di realizzare ulteriori approfondimenti in merito all'operatività delle proposte avanzate a causa della complessità del tema, il gruppo di esperti ha convenuto sulla possibilità di elaborare uno strumento multilaterale vincolante, in grado di disciplinare in maniera uniforme il riconoscimento delle decisioni giudiziarie straniere sulla parentela legale, ed ha rivolto una raccomandazione al Consiglio di continuare a lavorare su tali questioni, sottolineando l'urgenza che le connota.

Pur non essendo abilitato ad intervenire direttamente con norme sostanziali nel settore del diritto di famiglia⁴⁴, il Parlamento europeo, manifestando la propria contrarietà ad introdurre una regolamentazione sulla *surrogacy*, ha esortato «gli Stati membri a riconoscere il grave problema della surrogazione di maternità, che costituisce uno sfruttamento del corpo e degli organi riproduttivi femminili»⁴⁵ ed ha condannato «la pratica della

44 CGCE, 18 marzo 2014, C-167/12 e C-363/12, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, IX, 750, con nota di C. CAMPIGLIO, *Il Diritto dell'unione europea si confronta con la maternità su commissione*, che hanno negato la competenza dell'Unione ad intervenire in tema di congedi di maternità, non riconosciuti dal diritto interno in caso di maternità surrogata.

45 Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2011 sulle priorità e sulla definizione di un nuovo quadro politico dell'UE in materia di lotta alla violenza contro le donne. Sul tema cfr. CONSIGLIO EUROPEO, COMMITTEE OF EXPERTS OF FAMILY LAW, *Report on Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage – "The White Paper"*, Strasbourg, 2006; PARLAMENTO EUROPEO, *Recognition of Parental Responsibility: biological parenthood v. legal parenthood*,

surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce», ritenendo, altresì, che «la pratica della gestazione surrogata che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo, debba essere proibita e trattata come questione urgente negli tutela dei diritti umani»⁴⁶. Intanto, il Consiglio d'Europa ha respinto la proposta di raccomandazione contenente delle linee guida comuni per gli Stati aderenti sui diritti dei minori nati da maternità surrogata presentata dalla senatrice De Sutter, la cui prima stesura risale al 2015. La decisione assunta dal Consiglio d'Europa è stata adottata sul presupposto che qualunque regolamentazione della pratica, sebbene al mero scopo di difendere i diritti dei più deboli, costituirebbe la premessa per legittimarne il ricorso, mentre tale tecnica è «da proibire perché costituisce una violazione della dignità umana e comporta il rischio di ridurre i bambini ad una merce»⁴⁷.

Meno oltranzisti e certamente più inclini a recepire le sollecitazioni della Corte EDU, sono stati gli approdi cui è pervenuta la più recente giurisprudenza domestica rispetto a quella d'oltralpe. Nondimeno tali esiti, se si

i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS? Need for the EU Action?, Strasbourg, 2010; PARLAMENTO EUROPEO, DIREZIONE GENERALE POLITICHE INTERNE, UNITÀ TEMATICA C – DIRITTI DEI CITTADINI E AFFARI COSTITUZIONALI, *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell'UE*, maggio 2013, in www.europarl.europa.eu/studies ed il rapporto completo Id., *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, ibidem. Si veda inoltre COMMISSIONE INTERNAZIONALE DELLO STATO CIVILE, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des états membres de la CIEC*, febbraio 2014, in www.ciec1.org. In argomento cfr. I. ANRÒ, *Surrogacy in the context of the Council of Europe and of the European Union: is it compatible with the European catalogues of human rights?*, in *Genlus*, 2016, 1, 22 ss.

46 Risoluzione del Parlamento europeo sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia (2015/2229(INI)), adottata dalla plenaria del Parlamento europeo il 30 novembre 2015.

47 Il Rapporto «Diritti umani e problemi etici legati alla *surrogacy*» presentato dalla senatrice belga, De Sutter era stato respinto dalla Commissione affari sociali del Consiglio d'Europa il 15 marzo 2016 e il 21 settembre 2016. In prosieguo, l'11 ottobre 2016, anche l'Assemblea plenaria del Consiglio di Europa ha respinto la raccomandazione proposta dalla De Sutter. In materia cfr. R. BLAUWHOFF, L. FROHN, *International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law*, in *Fundamental Rights in International and European Law – Public and Private Law Perspectives*, The Hague, 2016, 211-241; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: An urgent need for Legal Regulation at the International Level* in *Journal of Private International Law*, 7, 3, 2011, 627-647.

lasciano apprezzare per l'attenzione che viene rivolta al legame parentale che il nato da maternità surrogata realizza con i genitori non biologici – valore ritenuto primario nella gerarchia degli interessi di cui il medesimo è titolare – nella sostanza minano la portata del divieto di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004 che, di fatto, finisce per esplicitare effetti discriminanti nei riguardi di quanti, non avendone le possibilità economiche⁴⁸, non potranno recarsi all'estero, in qualche Stato in cui tale tecnica procreativa è lecita e, dunque, saranno impossibilitati ad appagare il proprio desiderio di genitorialità, espressivo di un diritto di cui la stessa Consulta ha riconosciuto il valore costituzionale⁴⁹. Dunque una sorta di «cittadinanza censitaria», in cui soltanto a chi dispone di redditi adeguati, è consentito di realizzare una genitorialità, che non è accessibile al resto della popolazione, salvo incorrere in sanzioni penali.

3. Una vicenda che ripercorre la prassi appena descritta è stata affrontata da Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001⁵⁰. Questa decisione, sul presupposto che il divieto di maternità surrogata sia espressione del principio di ordine pubblico, anche internazionale, non ha riconosciuto efficacia in Italia all'atto di nascita redatto all'estero (Ucraina), che indicava come genitori una coppia italiana, che aveva ivi fatto ricorso alla suddetta tecnica procreativa – ritenuta lecita dall'ordinamento di quello Stato – con conse-

48 J. LONG, M. NALDINI, *“Turismo” matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche*, cit., 163, sottolineano come a causa dei costi della realizzazione del progetto, appaia concreto il rischio di una discriminazione censitaria nell'accesso e nel godimento dei diritti in questione.

49 Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.

50 Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in *Guida dir.*, 2014, 48, 44 ss.; in *Fam. dir.*, 2015, 3, 306 ss. con commento di A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e CEDU a confronto*; in *Foro it.*, 2014, 12, 1,3408 con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 10235, con nota di F. BENATTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*; in *Corr. giur.*, 2015, 471, con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*; ancora A. FIGONE, *Utero in affitto, il no della Cassazione sulla maternità surrogata*, in *quotidianogiuridico.it*, 25 novembre 2014; B. SALONE, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in *dirittocivilecontemporaneo.com*, 7 dicembre 2014; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionaleprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, cit., *passim*. Sul tema cfr. M. SESTA, *La Filiazione*, in R. CLERICI, M. DOGLIOTTI, M. SESTA, T. AULETTA, *Filiazione-Adozione-Alimenti*, IV, in *Trattato Bessone*, Torino, 2011, 363 ss.

guente declaratoria di adottabilità del bambino⁵¹. Occorre, tuttavia, precisare che il nato – a dispetto di quanto richiede la legge ucraina – non possedeva alcun gene della coppia⁵². La Suprema Corte, richiamando il proprio consolidato orientamento, con la sentenza in esame ribadiva la vigenza del limite dell'ordine pubblico italiano con il quale la disciplina straniera della filiazione e del suo accertamento si trovi ad essere in contrasto⁵³.

Tra le *rationes decidendi* addotte, centrale risulta essere l'argomentazione secondo cui l'interesse superiore del minore è perseguito dall'ordinamento italiano attraverso l'attribuzione della maternità a colei che

51 Una coppia di italiani si era recata a Kiev, in Ucraina, e aveva espletato le attività procedurali necessarie per la maternità surrogata. Va specificato che il nascituro – a dispetto di quanto richiede la legge ucraina, che prevede che la pratica di surrogazione sia lecita a condizione che gli ovociti non appartengano alla donna che esegue la gestazione, e che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla “coppia committente” – non possedeva alcun gene della coppia. Giunto in Italia con i “genitori surrogati”, il Tribunale per i Minorenni di Brescia dichiarava lo stato di adottabilità del minore e sospendeva i coniugi dall'esercizio della potestà (ora responsabilità) genitoriale. Quanto al certificato di nascita, il Tribunale osservava che, benché debitamente apostillato, lo stesso non poteva essere riconosciuto in Italia ai sensi e per gli effetti dell'art. 65, l. 31 maggio 1995, n. 218 poiché contrario all'ordine pubblico, stante il divieto in Italia della maternità surrogata.

52 Ai sensi dell'art. 123 del codice ucraino della famiglia, qualora l'embrione concepito dalla coppia di coniugi sia impiantato nell'utero di un'altra donna, i coniugi risultano i genitori legittimi del minore (co. 2), a condizione che la terza gestante, a parto avvenuto, renda una dichiarazione oggetto di attestazione notarile di inesistenza di qualsiasi relazione genetica con il bambino e di consenso all'indicazione di altre persone quali genitori dello stesso (art. 139, co. 2); qualora invece l'embrione sia stato concepito tramite fecondazione da parte del marito dell'ovulo di una donna diversa dalla moglie, i coniugi risultano anche in questo caso i genitori legittimi del minore, a condizione che l'embrione sia impiantato nell'utero della moglie che porti a termine la gestazione (co. 3). Dunque qualora ricorra l'intervento di una donna gestante terza rispetto alla coppia di aspiranti genitori e committenti, il patrimonio genetico del nascituro deve essere riconducibile a tale ultima coppia integralmente. Se il patrimonio genetico è riconducibile solo al marito della coppia, la possibilità che anche la moglie sia ritenuta madre del bambino ricorre esclusivamente nel caso in cui il parto avvenga a opera della stessa moglie.

53 Con l'obiettivo di preservare l'armonia interna dell'ordinamento, l'eccezione di ordine pubblico è uno strumento di diritto internazionale privato che preclude l'applicazione da parte del giudice di norme straniere ed il riconoscimento di sentenze straniere, dalle quali possono conseguire effetti incompatibili con i principi etici, economici, politici e sociali dell'ordinamento. Le relazioni con gli ordinamenti stranieri impongono allo Stato di accettare realtà sociali e giuridiche diverse da quelle nazionali, in presenza di fattispecie scarsamente collegate all'ordinamento interno (cd. ordine pubblico “attenuato”).

partorisce, demandando unicamente all'istituto dell'adozione la realizzazione di una genitorialità che si presenti disgiunta dal legame biologico. Ne consegue che l'espresso divieto, rafforzato anche da una sanzione penale, della surrogazione di maternità, viene a configurarsi quale espressione del principio di ordine pubblico, che non ammette alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto. Posta in tali termini, appare chiaro come la nozione di ordine pubblico internazionale⁵⁴ sia stata declinata dalla Suprema Corte in un'accezione negativa, come l'insieme di quei principi giuridici ritenuti fondamentali e irrinunciabili per l'ordinamento interno al fine di garantire la coerenza del sistema domestico a fronte dell'ingresso di norme e provvedimenti stranieri⁵⁵. Ancora, la Cassazione ribadiva quanto già dichiarato dalla Consulta con sent. n.162 del 2014, per la quale il divieto di surrogazione non è stato travolto dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale parziale del divieto di fecondazione eterologa. I giudici di legittimità non hanno mancato di sottolineare come le aperture registrate in dottrina rispetto ad alcune tipologie di surrogazione non si estendono a quella realizzata mediante ovociti non appartenenti alla donna committente, né tantomeno alle tecniche procreative in cui neppure il gamete maschile appartiene alla coppia. Né rilevava interrogarsi sull'ammissibilità di una maternità surrogata caratterizzata da «intenti di pura solidarietà e perciò tali da escludere qualsiasi lesione della dignità della madre surrogata», ipotesi estranea alla mera formulazione letterale della disposizione di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004. La Cassazione non si è sottratta dall'argomentare – in verità senza convincere – la questione più difficile da

54 L'ordine pubblico internazionale rappresenta un concetto complesso, indeterminato e variabile nel corso del tempo, che contempla valori e principi giuridici, sociali, economici e politici fondamentali per un ordinamento statale, nel senso che contribuiscono a qualificarne l'essenza Cfr. A. CORRERA, *(Bi)genitorialità e ordine pubblico internazionale: la famiglia non è solo quella fondata sul legame genetico*, in *gazzetta forense.it*, 14 marzo 2017. Sul tema N. PALAJA, *L'ordine pubblico internazionale, Problemi interpretativi dell'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile*, Padova, 1974, 14 ss.; R. DE FELICE, *Diritto di famiglia e ordine pubblico internazionale*, in *personaedanno.it*, 29 ottobre 2006.

55 M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, cit., 170, secondo cui «il primo aspetto che poco convince è il riferimento alla sanzione penale prevista nell'art. 12, sesto comma, della legge 40/2004, come elemento indicativo (*rectius*, quasi esclusivo) della presenza di un principio di ordine pubblico. Se dovessimo riconnettere un principio di ordine pubblico ad ogni previsione di sanzione penale, il concetto di ordine pubblico svestirebbe gli abiti di un limite estremo e ristretto che garantisce la coerenza dell'ordinamento giuridico italiano quando vengono in rilievo norme di conflitto o provvedimenti stranieri».

affrontare, rappresentata dalla salvaguardia dell'interesse del minore. Nelle loro difese, infatti, i coniugi committenti avevano sostenuto che sarebbe stata contraria all'interesse del minore una dichiarazione di adottabilità alla quale fosse conseguito un allontanamento del bambino dalla coppia. Per la Suprema Corte, il legislatore italiano ha considerato «non irragionevolmente» che l'interesse del minore si realizzi attribuendo la maternità a colei che partorisce il bambino; soltanto l'adozione conseguita secondo le modalità prescritte dall'ordimento interno, può costituire criterio di imputazione di un rapporto genitoriale pur in assenza del legame biologico.

Con questa sentenza, dunque, il Supremo Collegio assumeva una posizione tranciante in ordine alla portata del divieto, previsto dall'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, delle pratiche di maternità surrogata, destinato tuttavia – come si vedrà nel prosieguo – ad una successiva revisione. Una diversa e forse più marcata *sensibilità* per le vicende che si legano alla complessiva materia del familiare, che rileva in special modo nel riconoscimento della possibilità di nuovi modelli genitoriali, è probabilmente all'origine del mutato inquadramento della questione in esame. Non sfugge all'attenzione dell'interprete che autore di tale diversa prospettiva sia stato il vertice penale della giurisdizione ordinaria mentre la pronuncia in argomento era stata emessa dalla sezione civile⁵⁶. Nondimeno è proprio a tale sezione della Suprema Corte – ancorché in una diversa composizione – che deve riconoscersi il merito, pur nelle considerazioni critiche espresse in precedenza riguardo alla funzione nomofilattica della giurisprudenza di legittimità, di aver fornito un diverso inquadramento della questione basato su inedite argomentazioni di metodo e di merito, destinate a schiudere scenari di estremo interesse nel dibattito incentrato non solo sulla gestazione per altri ma anche sulle diverse modalità in cui si declina la genitorialità biologica e sociale. Ed, invero, come tutte le decisioni che si fondano su principi, anche quelle che si richiamano all'ordine pubblico, consentono al giudice di procedere ad un bilanciamento di interessi contrapposti, da cui derivi una ridefinizione del loro stesso contenuto, mediante un'attività che presuppone un'operazione di selezione socio-culturale oltretutto giuridica dei valori oggetto di ponderazione. Nelle tematiche che attraversano il diritto di famiglia, siffatta attività di temperamento si rivela particolarmente delicata e complessa, poiché in esse si innestano condizionamenti etici e sociali, sì da far apparire le norme che disciplinano la materia di per sé fondamentali e, per tale via, non derogabili. In particolare il principio del superiore interesse del minore può essere declinato in guisa da delimi-

56 Così Cass. pen., 10 marzo 2016, n. 13525, su cui *infra* sub § 6.

tare, in un'accezione estensiva o restrittiva, il perimetro dello stesso ordine pubblico⁵⁷. Partendo da tali riflessioni gli ermellini ben avrebbero potuto ricostruire, nel contesto di Cass. n. 24001 del 2014, il quadro delle regole applicabili al nato da madre surrogata riferendosi ai principi fondamentali che regolamentano le situazioni in cui sono coinvolti i minori⁵⁸, nel senso di consentire il mantenimento del legame affettivo e relazionale *de facto* instaurato tra la coppia committente e il neonato⁵⁹. In questa direzione si era, invece, mossa la seconda sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, nell'affrontare, in un caso analogo, la questione in discorso⁶⁰, non aveva esitato ad affermare che il rifiuto di riconoscere il legame di filiazione stabilito all'estero e la decisione di allontanamento del minore si configurano come un'ingerenza nei diritti garantiti dall'art. 8 CEDU, disposizione che tutela il supremo interesse del minore ad avere una famiglia⁶¹. Secondo la Corte di Strasburgo «la *référence à l'ordre public* ne

57 J. LONG, M. NALDINI, "Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, cit., 164.

58 L. LENTI, «Best interest of the child» o «best interests of children?», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 157 ss.; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 90 ss.; S. ROMBOLI, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del convegno di Catania, 7-8 giugno 2013*, Napoli, 2014, 505 ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016, 64 ss.; F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, 159 ss.

59 C. IRTI, *Digressioni intorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 3, 481 ss., secondo cui «si tratta, tuttavia, di un'affermazione "fragile", non scevra da critiche, non solo e non tanto perché giurisprudenza di merito di qualche anno addietro, investita di un caso simile (anche se non perfettamente analogo), ha ritenuto di esprimersi in senso diametralmente opposto, dimostrando nei fatti che qualsiasi previsione normativa lascia sempre e comunque un margine di discrezionalità al giudice, ma anche e soprattutto perché la stessa Corte non è affatto nuova a pronunce interpretative che *praeter legem* e, a volte, finanche *contra legem*, mutano radicalmente il dettato normativo e la *ratio* sottesa, proprio in ragione di un diverso bilanciamento dei principi fondamentali coinvolti».

60 Una coppia italiana, dopo aver atteso per lungo tempo l'adozione e nell'impossibilità di accedere alla procreazione assistita, decideva di recarsi in Russia, per realizzare conformemente alla *lex loci*, una pratica di maternità surrogata, in cui non vi era alcun legame biologico tra il minore ed i genitori intenzionali. Al rientro in Italia, la coppia veniva coinvolta in una serie di processi che si concludevano con l'allontanamento del minore presso un'altra famiglia.

61 Corte EDU, 27 gennaio 2015, n. 25358/12, Paradiso e Campanelli/Italia, in *Foro it.*, 2015, 3, 4, 117 ss.; in *sidi.it*, 3 febbraio 2015, con nota di A. VIVIANI, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali*; in

saurait [...] passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre». Dunque, l'applicazione di una misura così estrema avrebbe richiesto una preventiva valutazione del giusto temperamento tra interesse pubblico e interesse privato, fondato sul rispetto della vita familiare. Sulla base di tali principi, condivisi dalla comunità internazionale, la sezione della Corte europea non aveva mancato di censurare l'operato dei giudici italiani laddove avevano disposto l'allontanamento del bambino, sul presupposto che una tale misura va adottata esclusivamente in presenza di un concreto pericolo per il minore, mentre nella fattispecie in esame l'attenzione era stata appuntata unicamente sull'idoneità educativa dei genitori intenzionali, letta in maniera punitiva alla luce del carattere assertivamente fraudolento del loro progetto procreativo. Ha destato particolare interesse l'argomentazione fornita dalla Corte di Strasburgo, secondo cui nell'ambito delle tutele previste dall'art. 8 CEDU rientrano anche i legami familiari di fatto («[l]a notion de 'famille' visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens 'familiaux' de facto», § 67) e, quindi, l'interesse superiore del minore al riconoscimento ed alla continuità transnazionale della propria identità personale (§ 68)⁶². A conferma della asserita indeterminatezza della clausola del preminente interesse del minore e dei rischi che la sua mutevole interpretazione determini gravi conseguenze non solo in termini di certezza del diritto ma anche in relazione al vissuto dei soggetti coinvolti, la Grande Camera – come si avrà modo di chiarire meglio in prosieguo⁶³ – chiamata a pronunciarsi ex art. 43 CEDU sulla vicenda in questione, ha ribaltato il pronunciamento della seconda sezione della Corte, ponendo, *first and foremost*, la delica-

ilfamiliarista.it, 20 luglio 2015, con commento di A. FASANO, G. PIZZOLANTE, *Minori nati da maternità surrogata: nuova condanna da Strasburgo*, in cui la Corte, con sentenza, non definitiva, oggetto di una domanda di rinvio alla Grande Camera ex art. 43 CEDU, ha ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU, sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata e familiare, nell'allontanamento del minore, nato da maternità surrogata, disposto dall'autorità giudiziaria italiana, a cui ha fatto seguito la procedura di adozione. Sul tema M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso Campanelli c. Italia*, in *Genlus*, 2015, 1, 243 ss.; O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Cuadenos de Derecho Transnacional*, 2015, 7, 420 ss.

62 Sul tema cfr. E. DE GOTZEN, *Child's civil status, birth certificates' effects and the free movement of public documents: grasp all, lose all?*, cit., 56 ss.

63 Cfr. *infra* sub § 8.

ta questione che attiene all'impatto che le sentenze realizzano sul minore e, dunque, il perseguimento dell'autentico benessere psicofisico di questi, che inevitabilmente si traduce in una valutazione in concreto del *best interest of the child*, in uno con le modalità con cui debba essere declinato il bilanciamento tra interesse generale e la vita privata dei singoli, senza trascurare il contenuto della nozione di vita familiare rilevante ai fini dell'art. 8 CEDU⁶⁴.

4. Sebbene esuli da questa indagine il profilo penale della vicenda, meritano considerazione, in ragione dell'impatto che le stesse realizzano sul tema trattato, le argomentazioni fornite da diverse decisioni dei tribunali italiani laddove escludono, in ipotesi di surrogazione praticata all'estero, la violazione dell'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004 da parte dei *genitori intenzionali* ed ammettono la trascrizione nei registri di stato civile del certificato di nascita redatto all'estero, *iure soli*. A tale profilo si connette, peraltro, la possibilità di configurare il reato di alterazione di stato, ipotesi rispetto alla quale l'orientamento delle corti di merito non è stato unanime, pur prevalendo la tendenza ad escludere, nel caso di specie, la commissione del reato in questione. Al riguardo di particolare interesse è, *ex plurimis*, la decisione resa dal Trib. Milano, sez. V, 13 gennaio 2014⁶⁵. Anche in questo caso una coppia si era recata a Kiev, in Ucraina, per stipulare un contratto di maternità surrogata, conformemente alla *lex loci*. Al termine della procedura, la cancelleria consolare trasmetteva al comune di Milano, ove risiedevano i coniugi, l'atto di nascita del bimbo, per la relativa trascrizione e l'ufficiale di stato civile provvedeva alla registrazione dell'atto di nascita, comprensivo dell'attribuzione della qualità di madre alla donna committente. Intanto, la Procura della

64 Corte CEDU – Grande Camera, 24 gennaio 2017, n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia.

65 Trib. Milano, sez. V, (15 ottobre 2013) 13 gennaio 2014, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 21 febbraio 2014, con nota di T. TRINCHERA, *Alterazione di stato e maternità surrogata all'estero: una pronuncia assolutoria del Tribunale di Milano*. Si esprime criticamente C. CASSANI, *Surrogazione di maternità all'estero ed effetti nell'ordinamento giuridico italiano: alterazione di stato, falso e interpretazione, convenzionalmente conforme*, in *Fam. dir.*, 2015, 10, 918 ss, secondo cui «non sembra invece condivisibile la decisione differente, pronunciata dal Tribunale di Milano, che ha ritenuto che il reato fosse stato commesso all'estero, con il conseguente proscioglimento degli imputati, in assenza della condizione di procedibilità della richiesta del Ministro della Giustizia ex art. 9 c.p.». Cfr. anche Trib. Brescia, 26 novembre 2013, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 17 marzo 2014, con nota di T. TRINCHERA, *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*.

Repubblica presso il Tribunale di Milano ipotizzava a carico della coppia il reato di alterazione di stato nella formazione dell'atto di nascita del bambino. Il Tribunale di Milano, dal canto suo, ritenendo che il certificato fosse stato regolarmente formato e perfezionato all'estero, secondo la legge ucraina, riqualificava il reato contestato in quello previsto dall'art. 495, co. 2, n. 1, c.p.⁶⁶ e dichiarava il reato improcedibile ai sensi dell'art. 9 c.p.p.⁶⁷.

Centrali sono le *rationes* addotte dalla corte meneghina per argomentare la propria decisione. Per i giudici milanesi, il diritto di famiglia, in quanto contesto elettivo della molteplicità di significati che connotano il concetto di *status*, è stato sottoposto ad un processo di progressiva scomposizione tra il dato naturale della nascita dell'individuo e la contrattualizzazione delle tecniche procreative, fenomeno che risulta variamente disciplinato dai singoli sistemi giuridici nazionali. Rispetto ad uno scenario siffatto, è la stessa definizione di maternità ad essere controversa⁶⁸, attribuendosi rilievo, alternativamente, alla gestazione, al legame genetico, al progetto di genitorialità, oppure delineandosi un criterio composito, alla stregua del quale la maternità viene attribuita laddove ricorrano almeno due tra i tre presupposti – volontà, apporto genetico, gravidanza – nei quali si rinven- gono gli elementi costitutivi della stessa⁶⁹. In ogni caso ne deriva la demo-

66 «La reclusione non è inferiore a due anni: 1) se si tratta di dichiarazioni in atti dello stato civile».

67 In casi analoghi a quello in commento, cioè nei quali la vicenda si svolge nel pieno rispetto della legislazione straniera, si esclude l'alterazione di stato e si configura il reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali (art. 495 c.p.); ciò sulla scorta di quella giurisprudenza di legittimità (Cass., 4 febbraio 2003, n. 5356; Id., 14 giugno 1996, n. 2514) secondo cui solo la falsità espressa al momento della prima obbligatoria dichiarazione di nascita è in grado di determinare la perdita del vero stato civile del neonato, mentre le dichiarazioni mendaci rese successivamente possono eventualmente integrare il meno grave reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali. Poiché peraltro il reato comune di cui all'art. 495 c.p. è commesso all'estero, per la sua procedibilità è necessaria la richiesta del Ministro degli esteri. In materia cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*⁵, I, Bologna, 2012, 551 ss.; M. MANTOVANI, *Delitti contro la fede pubblica*, in Av.Vv, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*⁶, Bologna, 2014, 389 ss.; I. GIACONA, *False dichiarazioni alla pubblica autorità sulle proprie o altrui identità o qualità personali (artt. 495 e 496)*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Torino, 2010, 582.

68 Per I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 8, «la maternità, fondamento di certezze fino ad oggi indiscutibili, vacilla davanti alla suddivisione dei ruoli genetici, gestazionali e sociali, cui oggi va incontro».

69 A. QUERCI, *La maternità per "sostituzione" tra diritto interno e Carte internazionali*, cit., 1150, secondo cui «la maternità per sostituzione comporta, peraltro,

lizione della nozione giuridica di maternità consegnata dalla tradizione ed il sovvertimento della concezione sociale di maternità che sino agli anni '70 del secolo appena trascorso era centrata sulla «verità del parto»⁷⁰.

Nel silenzio della legge circa la riconoscibilità in Italia della maternità surrogata realizzata all'estero, dalla decisione in argomento è conseguita una implicita ammissione di liceità di tale pratica⁷¹, assumendo a presupposto la valorizzazione dell'interesse del minore⁷². Da siffatta pronuncia se ne ricava ulteriormente che, anche da un punto di vista comparatistico, l'attribuzione della maternità abbia smesso di essere considerata un «fatto naturale» per assumere la connotazione di «fatto istituzionale».

Alla corte meneghina non sfugge come la disomogeneità delle soluzioni fornite dai diversi ordinamenti in ambito internazionale⁷³, se da una parte sollecita l'espansione del *cross-border phenomenon* e la proliferazione di accordi transnazionali di maternità surrogata, dall'altra rende il divieto previsto dalla disciplina interna ancora più debole, dal momento che i cittadini – perlomeno coloro che ne hanno le capacità economiche – in virtù del

una decostruzione di questi principi, in quanto il ruolo materno può scindersi fra più soggetti: la madre genetica o biologica, che fornisce l'ovulo; quella naturale o gestazionale, che porta a termine la gravidanza; e quella sociale (o *intended mother*), che esprime la volontà di mettere al mondo e crescere il bambino».

70 Di questi anni è il primo caso inglese, *A. v. C.*, in *Fam. Law*, 8, 1978, 170 e in *Fam. Law Rep.*, 1985, 445.

71 Cfr. anche App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Fam. min.*, 2009, 50; in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, 699, che ha dichiarato l'efficacia in Italia, disponendone l'annotazione nei registri di stato civile, dei *parental order* inglesi che ordinavano di sostituire, nell'atto di nascita, il nome della committente italiana a quello della partoriente inglese.

72 High Court of Justice, 9 dicembre 2008, in *Law Report, Family Division*, 2008, EWHC 3030.

73 Su 36 Stati parti della CEDU, 14 contengono un divieto espresso di maternità surrogata, 10 di fatto non consentono il ricorso a madri surrogate, in 7 tale pratica è ritenuta lecita, ed è tollerata in 4 paesi (Belgio, Repubblica Ceca, Lussemburgo, Polonia). La surrogazione di maternità titolo commerciale è ammessa in Georgia, India, Uganda, Russia, Thailandia, Ucraina e alcuni Stati degli Stati Uniti d'America (California, Carolina del Sud, Maryland, Massachusetts, Ohio, Pennsylvania, Alabama, Arkansas, Connecticut, Dakota del Nord, Illinois, Iowa, Nevada, Oregon, Tennessee, Texas, Utah, Virginia occidentale). Gli Stati che riconoscono contratti di *surrogacy* su base solidaristica sono l'Australia (Australia meridionale, Australia occidentale, Nuovo Galles del Sud, Queensland, Territorio della capitale australiana Victoria), la Cina (Hong Kong, SAR), la Danimarca, Israele, il Canada (Alberta, Colombia Britannica), il Sudafrica e la Nuova Zelanda. Sul tema si veda lo scritto, ancorché risalente, di R. TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, in *Famiglia*, 2002, 1, 179-202.

rinvio alla *lex loci* operato dall'art. 15 del d.P.TR. 3 novembre 2000, n. 396, sono di fatto legittimati ad andare all'estero per generare figli eterologhi, purché nel rispetto delle leggi del luogo⁷⁴.

5. Il tema trattato, dunque, è significativamente eroso da profili bio-etici, i quali devono trovare un giusto temperamento con le tutele legislative di diritti, la cui certa definizione non può più essere procrastinata. Al riguardo merita menzione un ulteriore intervento del Tribunale di Milano che, spingendosi anche oltre il proprio precedente orientamento, giunge a sostenere che la maternità surrogata praticata all'estero non integra il reato di alterazione di stato⁷⁵. I giudici di prime cure sottolineano come, a loro avviso, l'alterazione di stato non sussiste se l'atto di nascita è formato nel rispetto della legge del luogo ove il figlio è nato, all'esito di una procreazione medicalmente assistita conforme alla *lex loci*⁷⁶. Soltanto la falsità espressa al momento della prima obbligatoria dichiarazione di nascita è in grado di determinare la perdita del vero stato civile del neonato. Ma vi è di più! Secondo i giudici meneghini il divieto di diventare madre ricorrendo alla surrogazione di maternità non rientra tra i principi fondanti dell'ordine pubblico internazionale, derivandone la legittimità della trascrizione dell'atto di nascita legalmente formato all'estero. Non-dimeno, affinché l'alterazione di stato possa essere esclusa, è necessaria l'integrale conformità del contratto e di tutta la procedura di surrogazione di gravidanza con ovodonazione alle norme vigenti nel paese straniero in

74 Per A. QUERCI, *La maternità per "sostituzione" tra diritto interno e Carte internazionali*, cit., 1145, «una volta che il bambino è nato, tramite la maternità per sostituzione, ciò che conta non sono più solo i divieti imposti in molti ordinamenti e le questioni morali. Ciò che rileva è soprattutto tutelare il *best interest of the child* che, nel bene o nel male, è venuto al mondo, ed a cui devono essere garantiti una cittadinanza, uno status, un nome ed una famiglia».

75 Trib. Milano, sez. V, 12 giugno 2015, n. 3301.

76 GUP Trieste, 4 ottobre 2013; GUP Varese, 8 ottobre 2014, in *Fam. dir.*, 2015, 10, 918 ss. con commento di C. CASSANI, *Surrogazione di maternità all'estero ed effetti nell'ordinamento giuridico italiano: alterazione di stato, falso e interpretazione convenzionalmente conforme*, escludono tanto l'alterazione di stato quanto il reato di cui all'art. 495 c.p. Dirimente in dette pronunce è proprio la formazione dell'atto di nascita nel pieno rispetto della *lex loci*. Quando invece l'atto di nascita non sia conforme alla legislazione dello stato in cui l'atto è formato, taluni giudici (Trib. Brescia, 26 novembre 2013; Trib. Cremona, 9 dicembre 2014) hanno ritenuto configurabile il reato di alterazione di stato. Difatti nel caso in cui la maternità surrogata sia vietata anche nel luogo di nascita, l'atto dello stato civile non può che conferire al neonato uno status diverso rispetto a quello spettante di diritto.

cui essa è stata realizzata. In questa vicenda processuale alla configurabilità del meno grave reato di false dichiarazioni sulle qualità personali non è lasciato alcuno spazio.

La pronuncia si lascia apprezzare per gli argomenti di carattere sistematico con cui motiva la non contrarietà all'ordine pubblico internazionale della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero conformemente alla *lex loci*. Di particolare interesse è il richiamo a Corte cost. n. 162 del 2014, laddove viene precisato che la scelta di formare una famiglia con figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi (artt. 2, 3 e 31 Cost.). Dal rilievo costituzionale del diritto alla genitorialità consegue che la responsabilità procreativa, in talune circostanze, può prevalere sul rapporto di discendenza genetica e, dunque, non si frappone alcun ostacolo di ordine pubblico alla trascrizione di un atto di nascita formato all'estero di un minore nato da una maternità surrogata conformemente alla *lex loci*⁷⁷. Dalla decisione emerge che la cancellazione della trascrizione, laddove i rapporti genitoriali si siano consolidati, oltre a confliggere con il riconoscimento giuridico della relazione parentale materna di cui a Corte cost. n. 162 del 2014, minerebbe irragionevolmente il diritto all'identità personale del minore e ne violerebbe il diritto alla vita privata di cui all'art 8 CEDU, che include «il primario interesse a definire la propria identità come essere umano, compreso il proprio *status* di figlio o di figlia di una coppia di genitori»⁷⁸.

6. Nella medesima prospettiva indicata dalla corte meneghina è da ultimo intervenuta, in maniera chiarificatrice, Cass. pen., Sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525⁷⁹, secondo cui non sussiste il reato di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004 se la maternità surrogata è avvenuta in uno Stato dove

77 Per i giudici, peraltro, la non contrarietà all'ordine pubblico internazionale era pacifica anche prima della pronuncia della Consulta considerato che la maggiore parte dei Paesi della U.E. consente la fecondazione eterologa (Cass. S.U., 5 aprile 2011, n. 14650). C. CASSANI, *op.cit.*, 932, osserva come in queste decisioni la veridicità del rapporto di filiazione è stata considerata soccombente «alla luce di un bilanciamento dei beni in conflitto, che rende qualificabile la dichiarazione alla stregua di un falso innocuo, sotto il profilo dell'insussistenza del fatto tipico, sulla base di una valutazione di inidoneità della falsa attestazione ad arrecare nocumento al bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice».

78 Corte EDU, 26 giugno 2014, n. 65941/2011, *Labassee/Francia* e n. 65192/2011, *Mennesson/Francia*, cit.

79 Cass. pen., sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 8, 1085 ss., con nota di A. MADEO, *La cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*; in *Foro it.*, 2016, 5, 2, 286.

questa è lecita. Nel caso di specie, è stata riconosciuta la ricorrenza della causa scriminante dell'esercizio putativo del diritto essendosi i due coniugi recati appositamente in uno Stato, l'Ucraina, dove la pratica della maternità surrogata è lecita, sintomo questo della loro assoluta buona fede circa la non contrarietà alla legge della propria condotta.

Al fine di ritenere configurabile il delitto di alterazione di stato, la condotta deve comportare una falsità destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto di nascita. Ne discende che il reato di cui all'art. 567 c.p. non è configurabile in relazione alle false dichiarazioni incidenti sullo stato civile di un nato da una procedura di maternità surrogata realizzata all'estero, rese in conseguenza dell'atto di nascita formato dall'autorità amministrativa dello Stato straniero, conformemente alla normativa ivi vigente.

Anche in questa vicenda processuale, alla stregua delle conclusioni cui era pervenuto il Tribunale di Milano⁸⁰, oltre a negare la possibilità di configurare il reato di alterazione di stato (art. 567, co. 2, c.p.) quando l'atto di nascita sia stato formato validamente all'estero nel rispetto della legge del paese in cui è avvenuto il parto, la Suprema Corte ha escluso che la condotta di chi rende dichiarazioni mendaci sull'identità, lo stato o altre qualità del bambino, in epoca successiva alla formazione dell'atto di nascita, per ottenerne il riconoscimento in Italia, possa integrare il reato, meno grave, di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali.

Non si può in questa sede mancare di evidenziare le perplessità che si connettono alle motivazioni rese nella sentenza, in particolare laddove, negandosi la ricorrenza della fattispecie di cui all'art. 567, co. 2, c.p., si mette in risalto che la trascrizione dell'atto di nascita formato in uno stato estero assume efficacia meramente dichiarativa, purché sia stato correttamente redatto secondo la *lex loci* e non risulti in contrasto con l'ordine pubblico. In verità il richiamo alla *lex loci* sembra convincere poco: l'ordinamento ucraino, nell'ambito delle proprie prerogative istituzionali, può ritenere legittimo l'atto in esame, ma il giudizio sul suo contenuto fattuale non può prescindere dagli eventi che in termini naturalistici, alla stregua di una consolidata tradizione giuridica che individua la madre in colei che partorisce, contribuiscono alla sua qualificazione, salvo ad ammettere la ricorrenza di forme di genitorialità diverse da quella strettamente biologica, non coincidenti con l'adozione. Ed i fatti attestano che la donna committente non ha partorito il bambino, né risulta la madre genetica di questi e l'atto di nascita ucraino che riporta le generalità della coppia di cittadini italiani committenti quali genitori del bambino nato a Kiev, non corrisponde alla realtà biologica. Tut-

80 Cfr. *Supra* sub § 4.

tavia tali argomentazioni, pur se fondate su motivazioni radicate nella cultura giuridica occidentale, sono destinate ad arretrare rispetto al desiderio di genitorialità, di cui peraltro si è riconosciuto il valore costituzionale. Di talché, in materia di maternità surrogata praticata all'estero, si sta assistendo ad una dissociazione tra la concezione naturalistica della maternità e gli esiti derivanti dalla contrattualizzazione delle forme di procreazione (*from status to contract*)⁸¹. Ne consegue la riscrittura della stessa definizione di maternità, che assume connotazioni tali da potersi presentare anche slegata dall'evento del parto, ovvero in una dimensione neutrale, in grado di accogliere nella propria accezione anche i genitori tecnologici⁸². In questa direzione la maternità, privata dell'esclusiva dimensione naturalistica, si presenta come un contenitore polisemico, ed acquista la fisionomia di costrutto sociale di cui il legislatore prende atto, qualificandolo in termini di «fatto istituzionale»⁸³. Non vi è chi non veda come il mutamento intervenuto nella coscienza collettiva, in virtù del quale è stata apprestata adeguata tutela a formazioni sociali distanti dal modello tradizionale, rappresenti lo scenario entro il quale viene salvaguardato il diritto del minore all'identità in un contesto che si connota per la presenza di un concetto di famiglia declinato in senso sostanziale, che prescinde in modo significativo dai legami genetici⁸⁴. Potrà

81 H. J. SUMNER MAINE, *Ancient law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, London, 1861, 100, secondo cui la direzione del progresso giuridico e sociale è da ricercarsi nel *movement from status to contract*, ovvero nel passaggio graduale da una condizione personale di dipendenza dalla famiglia, vista come l'unica fonte di diritti e di doveri, alla nascita di obbligazioni reciproche frutto del libero accordo tra gli individui. Sul tema S. CATANOSI, *Libertà del volere e contrattualizzazione delle relazioni familiari*, Napoli, 2013, *passim*; M. R. MARELLA, S. CATANOSI, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teoria de-generi intorno al consenso contrattuale*, in G. Rojas Elgueta, N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014, 161 ss.

82 Secondo C. SARACENO, *Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso*, in *Genlus*, 2014, 2, 124, «non occorre pensare che vi sia un'unica modalità di vivere la gravidanza, e tanto meno assumere una visione idealizzata della maternità occidentale, per ritenere che l'esperienza della gravidanza non sia neutra né per chi la porta a termine, né per chi da essa viene al mondo. Se si ignora questo, la «madre surrogata», o meglio la donna portatrice/gestante, rischia di essere considerata esclusivamente come contenitore, come ambiente fisiologico per il nascituro».

83 G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, 2016, *passim*.

84 La giurisprudenza, con specifico riguardo alle azioni di stato, si è allontanata dal *favor veritatis* nell'obiettivo di salvaguardare l'interesse del minore al mantenimento della propria identità, in qualunque modo questa venga acquisita. Si conforma a tale prospettiva, l'orientamento interpretativo che non ammette l'impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità posta in essere da chi ha

non piacere, ma il processo di revisione antropologica in atto è inarrestabile perché parte dal basso, è ampio e trasversale, ridefinisce continuamente se stesso e si riproduce dal proprio interno. Nuove formazioni familiari, nuove identità e genitorialità, rinnovati *status familiae*, si rincorrono in un sistema autopoietico nell'ambito del quale l'ordinamento non può che individuare gli elementi rilevanti agli effetti del diritto, indicando valori giuridici e criteri di attribuzione di tali valori ai fatti⁸⁵. In un ordito giuridico globale, la riconosciuta autodeterminazione procreativa e il suo esplicitarsi negli accordi di *surrogacy* risulta difficilmente comprimibile da divieti statali e dall'ordine pubblico. Emerge, dunque, in modo evidente l'irragionevole ipocrisia di un regime giuridico basato sulla proibizione – peraltro facilmente eludibile –, mentre diventa sempre più stringente la necessità di un approccio che si mostri consapevole dell'importanza di introdurre una regolamentazione degli *status* familiari che, non ignorando il percorso in atto, declini il rapporto di genitorialità come rapporto giuridico di responsabilità⁸⁶.

Alla stregua delle conclusioni appena formulate, l'interrogativo sembra d'obbligo: qual è il significato che assume il divieto di cui all'art. 12 della l. n. 40 del 2004 se nei fatti è prevalsa la soluzione giurisprudenziale che afferma la non contrarietà all'ordine pubblico internazionale della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero conformemente alla *lex loci* del nato mediante maternità surrogata? In verità, l'unico leso dalla permanenza di tale divieto sembra essere il diritto alla genitorialità di quanti, non avendone la capacità economica, non possono recarsi in quei paesi ove tale tecnica è legittima⁸⁷.

effettuato il riconoscimento nella consapevolezza della sua non corrispondenza al vero (cd. riconoscimento di compiacenza).

85 Sul tema G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996, 40 ss., secondo cui dal conflitto sociale si origina l'evento comunicativo generale che successivamente si trasformerà in componente tipica del sistema giuridico, quale la sentenza che regola il conflitto sociale iniziale e il diritto stesso. Cfr. F. SCAMARDELLA, *La riflessività giuridica come categoria di mediazione tra individuo e diritto*, in *i-lex.it, Scienze giuridiche, scienze cognitive e intelligenza artificiale*, 2011, 13-14, 199 ss.

86 E. AL MUREN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 2014, 5, 479 ss.; M. DI MASI, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno stato estero: aperture della Germania*, in *Genlus*, 2015, 2, 214 ss.

87 C. FLAMIGNI, *Parere dissenziente*, in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOTICA, *Maternità surrogata a titolo oneroso*, Roma, 18 marzo 2016, secondo cui «la logica suggerisce, dunque, che vietare la maternità surrogata in Italia non diminuirebbe il ricorso alla tecnica, ma determinerebbe solo l'aumento del turismo della riproduzione, sempre con la conseguenza di regolarne l'accesso in base al reddito».

7. Si è già evidenziato come, rispetto al proprio precedente orientamento, la prima sezione civile della Corte di Cassazione, con la sentenza del 21 giugno 2016, depositata il 30 settembre 2016, n. 19599⁸⁸, affronti la questione della contrarietà all'ordine pubblico⁸⁹ della trascrizione in Italia dell'atto di nascita formato in Spagna conformemente alla *lex loci*⁹⁰, di un bambino, figlio di due donne coniugate in quel Paese, una partoriente e l'altra donatrice dell'ovulo fecondato con il seme di un uomo anonimo (*lesbian mother families*)⁹¹, giungendo a soluzioni inedite ma soprattutto adducendo argomentazioni destinate a schiudere scenari inesplorati in termini di riconoscimento del diritto alla genitorialità. La Suprema Corte perviene alla conclusione della non contrarietà di tale fattispecie con l'ordine pubblico⁹², realizzando una lettura evolutiva di tale principio e ponendo al centro della propria riflessione la rilevanza dell'interesse del minore che si declina come diritto alla continuità dello *status filiationis* validamente acquisito all'estero⁹³. Come è stato affermato da una dottrina attenta, tra le diverse sollecitazioni poste all'attenzione dell'interprete, la decisione si connota per aver ricondotto ad unità le diverse prospettazioni in uno tra i

88 Cfr. *supra* sub § 1.

89 Art. 18, d.P.T.R. n. 396 del 2000 e art. 65, l. n. 218 del 1995.

90 A. BATUECAS CALETRÍO, *L'iscrizione della nascita nel registro civile spagnolo dei nati maternità surrogata all'estero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1153 ss.; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *Maternidad subrogada en España: estado de la cuestión*, in *Genlus*, 2016, I, 10 ss.

91 In cui *lesbian mother* è singolare ma si riferisce a famiglie con due madri che hanno avuto i figli tramite inseminazione artificiale. Cfr. C. CUCINELLA, *Il riconoscimento dello status filiationis di un minore che risulta figlio di due donne*, cit., *passim*; E. CONTU, *Non è contraria all'ordine pubblico il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita di un bambino con due mamme*, cit., 2.

92 Cfr. Trib. Trieste, 6 giugno 2013 e Trib. Milano, 15 ottobre 2013, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, 154 ss., tali decisioni superano il presunto contrasto con l'ordine pubblico stante il divieto di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, rispettivamente ritenendo prevalente l'interesse superiore del minore di vivere insieme ai genitori con cui ha di fatto instaurato rapporti affettivi e facendo perno sulla prevalenza della responsabilità procreativa rispetto al dato genetico/biologico.

93 Una prima applicazione delle conclusioni cui perviene la Suprema Corte con la sentenza in commento, è rinvenibile in App. Milano (decr.), 28 dicembre 2016, in *ilfamiliarista.it*, 27 gennaio 2017, con commento di G. CARDACI, *Sono trascrivibili integralmente nel registro di stato civile gli atti di nascita di due gemelli nati all'estero tramite "gestazione per altri"*, in *articolo29.it*, con commento di A. SCHILLACI, *Passo dopo passo, il diritto si avvicina alla vita: la Corte di Appello di Milano, che ordina la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelli nati grazie alla gestione per altri*. Si veda anche Trib. Napoli, 1 luglio 2011, in *Giur. merito*, 2011, 2695.

settori più delicati delle dinamiche familiari, prestando ascolto ai tentativi di ricostruzione che da tempo si rincorrevano⁹⁴.

Due donne, una spagnola e l'altra italiana, contraggono matrimonio in Spagna (*ley* n. 13/2005) e dalla loro unione nasce un minore che all'anagrafe iberica risulta cittadino spagnolo con le due donne come madri, di cui porta i cognomi. Il minore instaura un rapporto stabile con le due donne, gestante e genetica, che congiuntamente fanno richiesta di trascrizione dell'atto di nascita in Italia, cui l'ufficiale di stato civile del comune di Torino oppone rifiuto per ragioni di ordine pubblico. Il ricorso avverso detto diniego viene rigettato dal Tribunale di Torino, che ritiene infondata la domanda di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, perché contrastante con il principio, di ordine pubblico e di diritto naturale, espresso dall'art. 269, co. 3, c.c. ed elusivo del divieto di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004. Il decreto del Tribunale di Torino viene reclamato dalle due donne, operando un richiamo all'art. 33 della l. n. 218 del 1995⁹⁵. La Corte di Appello accoglie la tesi delle reclamanti e diversamente dal giudice di prime cure, ordina la trascrizione dell'atto di nascita⁹⁶. A questo punto la Procura generale ed il Ministero dell'Interno, ricorrono per Cassazione.

7.1 L'interessante *iter* argomentativo seguito dalla Suprema Corte, prende le mosse dalla considerazione che il decreto impugnato attribuisce al minore anche la cittadinanza italiana, poiché figlio di un'italiana in base ad un atto valido secondo il diritto spagnolo e quindi trascrivibile in Italia, a norma dell'art. 17, del d.P.TR. n. 396 del 2000⁹⁷. Tuttavia, una tale effetto è ammissibile a condizione che l'atto di nascita redatto all'estero non sia incompatibile con l'ordine pubblico e, perciò, sia configurabile in Italia come titolo valido per la costituzione del rapporto di filiazione nei confronti della madre genetica, rapporto che costituisce il presupposto dell'acqui-

94 M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., 2 ss.

95 Secondo cui lo stato di figlio è regolato dalla legge nazionale vigente al momento della nascita dello stesso. Si tratta, naturalmente, del testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alla sostituzione operata dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, art. 101, co. 1, lett. a).

96 App. Torino (decr.), 4 dicembre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 5, 441, con commento di L. FRANCO, *Il nome del bambino nato da due madri: tra diritto al nome e diritto sul nome*. Sul tema E. DI NAPOLI, *La Corte di Appello di Torino di fronte alla fecondazione assistita eterologa all'estero*, in *Genius*, 2015, 1, 258 ss.; J. LONG, M. NALDINI, *"Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche*, cit., 166 ss.

97 Che disciplina la trascrizione degli atti formati all'estero e relativi ai cittadini italiani.

sto della cittadinanza italiana in base al combinato disposto dell'art. 1, co. 1, lett. a) e art. 2, co. 1, l. n. 91 del 1992⁹⁸.

Da ciò la necessità avvertita dalla Suprema Corte di soffermarsi sulla nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza di legittimità, dando conto del passaggio dall'originaria qualificazione di limite finalizzato alla tutela di talune particolari fattispecie di carattere morale e politico assunte dal legislatore ordinario, ad una concezione incline a conformare la posizione dell'ordinamento italiano a quella emergente in ambito internazionale, ancorché nel rispetto dei principi fondamentali della Carta Costituzionale ma anche – laddove compatibili con essi – dei Trattati fondativi e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. In questa cornice l'ordine pubblico internazionale diviene espressivo di «quel complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati a esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comune ai diversi ordinamenti»⁹⁹. Ed in effetti, dopo l'entrata in vigore della l. n. 218 del 1995, la Suprema Corte è intervenuta più volte sul tema, affermando che «l'ordine pubblico deve essere garantito con riguardo non già alla astratta formulazione della disposizione straniera, bensì ai suoi effetti, cioè alla concreta applicazione che ne abbia fatto il giudice di merito ed all'effettivo esercizio della sua discrezionalità, vale a dire all'adeguamento di essa all'ordine pubblico»¹⁰⁰. Tale accezione di ordine pubblico, dunque, non si conforma a quella interna, dovendo riferirsi, nelle fattispecie inerenti all'argomento in questione, alla nozione di ordine pubblico internazionale. Ne consegue che il solo fatto che la legislazione italiana oggi vieti la tecnica della maternità surrogata e che tendenzialmente faccia prevalere la maternità biologica su quella sociale, non è indice di contrarietà all'ordine pubblico internazionale di quelle legislazioni che prevedono deroghe a tale principio. Articolata in siffatti termini la verifica del limite posto dall'ordine pubblico, risulta necessario accertare non già se l'atto straniero sia conforme alle di-

98 Sul tema A. VIVIANI, *Coordinamento tra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 847 ss.; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005, *passim*.

99 Testualmente Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

100 App. Bari, 13 febbraio 2009, cit., che ha ritenuto, quindi, la non contrarietà all'ordine pubblico degli effetti dei provvedimenti di cui è stato chiesto il riconoscimento in Italia da parte della coppia con la conseguenza della sussistenza del requisito della riconoscibilità nello Stato italiano dei *Parental order* resi in Regno Unito dalla *Croydon Family Proceedings Court*. Cfr. G. ROSSOLILLO, *L'identità personale tra diritto internazionale privato e diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2007, 1028 e *Id.*, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009, *passim*.

sposizioni ordinarie interne, seppure imperative o inderogabili, ma se esso si riveli in contrasto con i principi supremi e/o fondamentali della Carta costituzionale, non sovvertibili dal legislatore ordinario, nonché – laddove con questi compatibili – con i principi racchiusi nei Trattati fondativi e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ed ancora nella CEDU. Da tale inquadramento, il contrasto con l'ordine pubblico non è desumibile dalla mera difformità della norma straniera con la generalità delle disposizioni del diritto interno, poiché il confronto va effettuato esclusivamente con i principi fondamentali cui il legislatore ordinario risulta vincolato e non già con le norme emanate in forza della discrezionalità di cui questi gode in una determinata materia. La Suprema Corte rimarca come la ricerca di siffatti principi soggiaccia ad una delicata operazione ermeneutica, non limitata alla lettera della disposizione, ancorché di livello costituzionale, nella considerazione che esistono norme costituzionali non espressive di principi inviolabili e che, in tale prospettiva, non concorrono ad integrare la nozione di ordine pubblico. Nella sostanza il contrasto con l'ordine pubblico si realizza soltanto laddove possa ritenersi, in via preventiva e virtuale, che al legislatore ordinario interno sia preclusa l'introduzione di una norma analoga a quella straniera, poiché inconciliabile con valori costituzionali primari. Nel caso di specie, dovendosi valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero, dei cui effetti si chiede il riconoscimento in Italia¹⁰¹, è necessario verificare se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo così come declinati dalle summenzionate Carte fondamentali, nazionali e sovranazionali, e non certo se consegue ad una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne, sebbene imperative o inderogabili¹⁰². In tale prospettiva, particolare valenza assumono il perseguimento dell'interesse superiore del minore con riguardo alla sua identità personale e sociale nonché il diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.), la cui tutela è stata viepiù rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale.

101 Artt. 16, 64, 65, l. n. 218 del 1995 ed art. 18 d.P.T.R. n. 396 del 2000.

102 M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 310 ss. Sul tema M.G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., 15, afferma che «non ha senso, in questa prospettiva, invocare il contrasto della normativa ordinaria straniera con quella italiana di pari rango, sia pure costituita da norme inderogabili».

7.2 Dalle argomentazioni complessivamente addotte emerge che la tutela del superiore e preminente interesse del minore si articola in diverse situazioni giuridiche rilevanti tanto nell'ordinamento internazionale¹⁰³ che in quello interno¹⁰⁴, che nella fattispecie giustificano il diritto a conservare lo *status* di figlio, riconosciutogli da un atto validamente formato all'estero¹⁰⁵. Secondo il ragionamento sviluppato dalla Suprema Corte, il mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione instaurato conformemente alla legislazione spagnola, con la madre e uno dei genitori (la seconda madre), determinerebbe un'incertezza giuridica che si ripercuoterebbe negativamente sull'identità personale del minore che, oltre a non acquistare la cittadinanza italiana ed i diritti ereditari, verrebbe privato del diritto di essere rappresentato dal genitore nei rapporti con le istituzioni. Tale situazione di instabilità, al pari del mancato riconoscimento di uno *status* definito, rappresenta un rischio da scongiurare in ogni modo, dal momento che pregiudica il diritto all'identità personale, quello ad acquisire una nazionalità nonché il diritto di conoscere le proprie origini, senza escludere il rilievo del diritto al nome, intesi quali parametri di tutela del minore, ampiamente riconosciuti dall'ordinamento e dalla giurisprudenza internazionale¹⁰⁶. Consapevole di ciò, il Supremo Collegio osserva che precludere al minore di vedersi ri-

103 Art. 1, Convenzione sui diritti del fanciullo proclamata a New York il 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia dalla l. 27 maggio 1991, n. 176; art. 6, Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, approvata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, resa esecutiva dalla l. 20 marzo 2003, n. 77; art. 24, par. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e riproclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

104 È risalente l'indirizzo dell'ordinamento interno tendente ad attribuire assoluta centralità all'interesse morale e materiale del minore, rinvenibile a partire dalla Riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151), nella l. 10 dicembre 2012, n. 219, sullo stato unico della filiazione, agli artt. 53 e 55, d.lgs. n. 154 del 2013, nella l. 19 ottobre 2015, n. 173, sul diritto alla continuità dei rapporti affettivi dei minori in affidamento familiare.

105 Corte EDU, 13 giugno 1979, n. 31, *Marckx c. Belgio*, in *Riv. dir. int.*, 1980, 233 e Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 4, 415 ss.; *Corr. giur.*, 2012, 4, 566; *Giur. it.*, 2012, 8-9, 1873 ss. hanno affermato da tempo il diritto del minore all'integrazione nella famiglia di origine nonché alla continuità dei rapporti con i suoi familiari.

106 Il diritto alla continuità di tale *status* è conseguenza diretta del *favor filiationis*, scolpito negli artt. 13, co. 3, e art. 33, co. 1 e 2, l. n. 218 del 1995, ed è implicitamente riconosciuto nell'art. 8, par. 1, della Convenzione di New York. Sul tema A. VIVIANI, *L'identità personale nel sistema della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2013, *passim*; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio DUDI*, 2015, 202-209.

conosciuto un secondo genitore, cui è legato geneticamente, oltre a quello che l'ha partorito, determinerebbe un contrasto con quanto statuito dall'art. 24.3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁰⁷.

7.3 Acclarato il rilievo costituzionale dell'interesse del minore, la Suprema Corte si pone l'obiettivo di verificare l'esistenza di ulteriori principi del medesimo rango, rispetto ai quali risulti necessario effettuare un eventuale contemperamento. Le conclusioni cui perviene il Supremo Collegio sono negative. Nello specifico, con argomentazioni inedite, destinate a schiudere nuovi scenari non soltanto nel contesto della maternità surrogata ma nella definizione stessa della genitorialità, la Suprema Corte opera un confronto tra scelte realizzate dalla legislazione ordinaria e principi espressi dalla *Grundnorm*. Segnatamente i giudici di legittimità si soffermano sulla tecnica procreativa utilizzata nel caso di specie, rispetto alla quale sussiste un preciso divieto posto dalla l. n. 40 del 2004. Non mancano tuttavia di rimarcare come tale disciplina legislativa rappresenti soltanto una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario in un contesto rispetto al quale le scelte legislative non sono vincolate costituzionalmente. Stante, dunque, l'ampiezza di spazi di cui gode il legislatore nella concreta disciplina della materia in uno con l'assenza di un vincolo costituzionale al riguardo, non risulta possibile opporre il contrasto con l'ordine pubblico per impedire l'ingresso nell'ordinamento interno dell'atto di nascita del minore solo perché formato all'estero secondo norme che attualmente non sono conformi a quelle previste in maniera imperativa dalle leggi ordinarie italiane, ma che ben potrebbero esserlo in futuro ad opera del legislatore domestico. Da ciò, la Suprema Corte deduce che il contrasto con la l. n. 40 del 2004 non sia ostativo alla trascrizione dell'atto di nascita, non esprimendo tale disciplina normativa un principio di ordine pubblico. In verità, forse nell'intento di attenuare la portata espansiva dell'operazione ermeneutica appena avanzata, dall'indubbio rilievo nomofilattico nelle questioni attinenti alla genitorialità intenzionale, il Collegio si affretta a precisare – con argomentazioni discutibili – che, comunque, nel caso in esame si è in presenza di una tecnica diversa dalla maternità surrogata e ad essa non assimilabile. Infatti, i giudici ritengono che l'ipotesi in cui la donna doni l'ovulo alla propria *partner* (con cui è coniugata in Spagna), la quale partorisce utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non si configuri in termini di maternità surroga-

107 Secondo il quale «il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo quando ciò sia contrario al suo interesse».

ta o di surrogazione di maternità, ma quale tecnica procreativa realizzata all'interno della coppia assimilabile alla fecondazione eterologa, da cui si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l'una partorito e per avergli l'altra trasmesso il patrimonio genetico). Ma questo assunto postula l'implicita ammissione di conformità al diritto interno del rapporto di coniugio instaurato dalle donne secondo il diritto spagnolo, con le necessarie implicazioni quanto a verifica del limite dell'ordine pubblico di tale fattispecie. In ogni caso, resta ferma la portata decisamente innovativa dell'operazione ermeneutica condotta dal Supremo Collegio, la cui applicazione consentirà l'emersione giuridica di ruoli genitoriali sino ad oggi inespressi.

In maniera decisiva, gli ermellini sottolineano come le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla l. n. 40 del 2004, non possano ricadere sul nato, il quale ha diritto alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero nei confronti della madre genetica e alla continuità dei rapporti affettivi con quest'ultima. Di tanto, peraltro, è ben consapevole lo stesso legislatore che all'art. 9, co. 1, della l. n. 40 del 2004, anche successivamente all'intervento di Corte cost. n. 162 del 2014, ha continuato a prevedere che, in caso di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, il coniuge o convivente consenziente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità¹⁰⁸. Dunque, alla stregua del ragionamento seguito dalla Suprema Corte, per i nati da maternità surrogata, all'estero come in Italia, sussisterebbero analoghe prerogative ed identici diritti, con l'unica «sfumata» differenza che i genitori che realizzano tale pratica in Italia incorrono nel reato di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004. *Alias*: continuità di affetti e riconoscimento di *status* ma in una condizione di possibile privazione della libertà personale....autentico paradosso del *caos* procreativo!

7.4 Altra argomentazione destinata ad aprire ulteriori varchi sino ad oggi serrati da posizioni connotate da una certa cecità a fronte dell'incedere dell'offerta di nuove tecniche procreative, alimentata da un'incessante quanto varia domanda di genitorialità, è da ricercarsi nella posizione che la Suprema Corte esprime con riguardo alla previsione di cui all'art. 269, co. 3, c.c., innovando rispetto al consolidato orientamento della giurisprudenza.

108 Per G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 332, la libertà che le persone hanno di procreare «si è esercitata e si è esaurita anche secondo la l. n. 40 con la fecondazione che ammette la libertà di ripensamento solo fino alla fecondazione medesima».

za di legittimità, secondo il quale da tale disposizione si ricaverebbe che madre è colei che partorisce¹⁰⁹. Per i giudici di legittimità, infatti, al superiore interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero nei confronti della madre genetica (donatrice dell'ovulo), e alla connessa tutela della sua identità personale e sociale, non può validamente opporsi il principio secondo cui, per l'ordinamento italiano, è madre solo colei che partorisce (art. 269, co. 3, c.c.), con conseguente esclusione di colei che abbia contribuito alla nascita del figlio con la donazione dell'ovulo. In revisione del proprio precedente orientamento, il Supremo Collegio osserva che la norma *de qua* non esprime un valore fondamentale di rango costituzionale e, pertanto, non sussiste un principio di ordine pubblico desumibile da tale previsione idoneo ad inibire la trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero. D'altro canto – e questa non può essere considerata una mera affermazione di stile – secondo i giudici di legittimità, i più recenti approdi scientifici destituiscono di fondamento il principio *mater semper certa est* e cioè la coincidenza tra la partorientente e colei che trasmette il patrimonio genetico. Anzi, accanto al rapporto che durante la gravidanza si instaura tra il feto e la madre, assume valenza anche il contributo offerto dalla donna che ha trasmesso il patrimonio genetico. Il ragionamento seguito dai giudici di piazza Cavour evidenzia come il principio espresso dall'art. 269, co. 3, c.c., che impedisce a colei che ha trasmesso il patrimonio genetico di rivendicare lo *status* di madre, non trovi un diretto fondamento nella Carta Costituzionale, sicché nulla vieta al legislatore ordinario di modificare tale previsione per adeguarla al mutato contesto sociale. Di qui l'affermazione secondo cui la citata dispo-

109 Sul tema N. LIPARI, *La maternità e la sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 567; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 403, secondo la quale «la complessità del tema induce a ritenere tuttora valido «l'invito ad attenersi alla legislazione vigente», la quale ci dice che madre è colei che ha partorito. Attenersi alla legislazione vigente e proclamare, quindi secondo il dettato dell'art. 269 c.c., che «la madre è colei che partorisce è in realtà una misura di dissuasione dalla surrogazione», misura che tuttavia non impedisce, posta la mancanza di un divieto, la possibilità del dono, né impedisce, quindi, il realizzarsi di una sostituzione caratterizzata dalla solidarietà, e che, pertanto, non deve considerarsi come una rinuncia alla discussione, ma si può considerare come una «presa di posizione, un invito a non correre dietro alle novità della scienza» e, principalmente, a non lasciarsi sopraffare dall'indotto economico che a questi progressi inevitabilmente si collega e che spesso, nell'offrirci l'illusione di un ampliarsi delle scelte autodeeterminate, finisce con l'indirizzare le nostre decisioni più intime; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Milano, 2013, 238-239.

sizione normativa non costituisce principio di ordine pubblico, idoneo ad impedire, nella fattispecie *de qua*, il riconoscimento in Italia di un atto di nascita spagnolo che attribuisca la qualità di madre anche alla donna che ha donato l'ovulo alla propria *partner*, in attuazione di un progetto genitoriale comune. A sostegno dell'impianto testé prospettato, la Suprema Corte non manca di sottolineare come secondo alcuna dottrina la previsione di cui all'art. 269, co. 3, c.c. sarebbe collocabile nel contesto delle prove della maternità, assumendo a conferma della propria tesi il tenore del co. 2, della medesima disposizione, secondo cui «la prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo»¹¹⁰.

Né rileverebbe invocare, *a contrario*, la tutela della maternità prevista dall'art. 31, co. 2, Cost., per affermare che l'ordinamento salvaguardi esclusivamente la maternità che si realizza mediante il parto, relegando nel contesto dell'irrelevanza giuridica la trasmissione del patrimonio genetico racchiuso nell'ovulo donato dalla donna, che in ogni caso costituisce un

110 Cfr. Cass. civ., 26 febbraio 1983, n.1465, in *Mass. Giur. it.*, 1983, secondo cui il parto «non costituisce l'unica prova ammissibile al predetto fine, potendo, in mancanza di quella dimostrazione, la prova della filiazione essere data con ogni altro mezzo, anche presuntivo, ed in particolare attraverso altra sentenza civile o penale da cui la maternità indirettamente risulti, salva restando la prova contraria da parte del controinteressato». Sul tema A. QUERCI, *La maternità per "sostituzione" tra diritto interno e Carte internazionali*, cit., 1150, secondo cui l'art. 269, co. 3, c.c., disciplina solo la prova della maternità, senza definirla; diversamente A. VESTO, *op. cit.*, 310, che al riguardo parla dell'art. 269, co. 3, c.c. in termini di principio inderogabile, in questo senso «gli accordi di surrogazione non possono che essere improduttivi di effetti costitutivi nei riguardi dei genitori committenti; anzi, a questi ultimi può essere contestato il reato di alterazione di stato civile (ex art. 567, comma II, c.p.) per aver chiesto la trascrizione degli atti di nascita presso il loro Comune di residenza, poiché attraverso la trascrizione del certificato di nascita si costituisce una previa attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto lecitamente in base ai criteri normativi vigenti nello Stato straniero, ma, ciononostante, la suddetta trascrizione è improduttiva di effetti nell'ordinamento italiano di appartenenza dei coniugi committenti, in quanto contraria all'ordine pubblico»; M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume*, cit., 207, evidenzia che «le norme richiamate fissano il principio per cui la maternità coincide con il parto, il che significa che, allo stato della legislazione, non sembra possibile che attribuire la maternità a persona diversa da quella che ha partorito». Ed infatti, sebbene «i riferimenti normativi sopra enunciati presuppongono il concepimento naturale, e quindi non dovrebbero interpretarsi rigidamente nelle ipotesi di maternità surrogata, non sembra che allo stato attuale della legislazione possa farsi leva, ai fini del conferimento dello *status*, sul momento volitivo, né giungere ad una sostanziale disapplicazione delle norme richiamate».

diverso criterio di imputazione della maternità nell'ambito di un progetto di vita comune e responsabile, finalizzato alla bigenitorialità materna¹¹¹.

Nell'intento di sottolineare il rilievo che il legame genetico assume nella declinazione dell'identità personale, il Supremo Collegio opera un riferimento a numerose previsioni codicistiche, espressione di altrettante tutele, quali il diritto di accertare la propria discendenza biologica¹¹², il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini¹¹³, il diritto del nato di vivere ed essere allevato nella famiglia di origine, così come l'imprescrittibilità delle azioni di stato riguardo al figlio¹¹⁴. In questa prospettiva appare chiaro che la tutela della discendenza biologica e della corrispondente identità personale costituisce un diritto fondamentale della persona riconosciuto dalla Carta Costituzionale¹¹⁵ nonché dalle fonti internazionali, senza trascurare l'indirizzo della giurisprudenza europea¹¹⁶. Alla stregua delle argomentazioni dianzi illustrate, la Suprema Corte, escludendo che la regola di cui all'art. 269, co. 3, c.c., abbia rilievo

111 Il profilo caratterizzante del rapporto di filiazione, ribadito da ultimo dal d.lgs. n. 154 del 2013, è da ricercarsi nella responsabilità genitoriale.

112 Corte EDU, 14 gennaio 2016, n. 30955/12, *Mandé c. Francia*.

113 Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Corr. giur.*, 2014, 4, 471 con nota di T. AULETTA; in *Fam. dir.*, 2014, 1, 11, con nota di V. CARBONE; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 4, 1, 279, con commento di V. MARCENÒ; in *Foro it.*, 2014, 1, 4. Sul tema A. M. PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, 242 ss.; M. VELLETTI, *Diritto alle origini: prospettive di riforma dopo la sentenza della Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278*, in *AIAP*, 2015, 2, 60 ss.

114 Da ultimo, Cass. civ., 14 aprile 2016, n. 7391, in *Fam. dir.*, 2016, 7, 704.

115 Corte cost. (ord.), 12 gennaio 2012, n. 7, in *ilcaso.it*, ha ritenuto che il *favor veritatis* non si pone in contrasto con il *favor minoris*, in quanto la verità biologica della procreazione si configura quale componente essenziale dell'interesse del minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità. Sul tema è intervenuta da ultimo Cass., 29 novembre 2016, n. 24292, in *Famiglia*, 20 dicembre 2016, con commento di E. CONTU, *Il diritto del figlio all'accertamento dello status filiale prevale su quello del genitore alla stabilità delle relazioni familiari*, in cui viene ritenuto prevalente il diritto alla verità biologica e si sottolinea che l'accertamento dello stato filiale costituisce una componente fondamentale del diritto all'identità personale, rilevante non solo durante l'infanzia, ma anche in età adulta; lo stesso deve essere contemplato tra i diritti inviolabili della persona tutelati dall'art. 2 Cost. e dall'art. 8 CEDU, tanto nella dimensione individuale che relazionale. Si veda anche M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto a conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, *passim*, in cui viene proposta una nozione rivista ed ampliata del diritto dell'individuo a conoscere le proprie origini che si presenta senza le aggettivazioni biologiche o genetiche, per ricercare l'identità narrativa della persona.

116 Emerge un *favor* per il riconoscimento degli atti stranieri di nascita formati all'estero, in conformità alla *lex loci*, quantomeno quando vi sia un legame genetico tra l'aspirante genitore e il nato, a prescindere dalla tecnica procreativa utilizzata.

costituzionale, afferma il seguente principio di diritto: «è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), non essendo opponibile un principio di ordine pubblico desumibile dalla suddetta regola».

7.5 I giudici di legittimità non si sottraggono dall'affrontare un'altra importante questione posta dai ricorrenti, che si articola nel ragionamento secondo cui le unioni tra persone dello stesso sesso sarebbero costituzionalmente tutelabili con riferimento all'art. 2 Cost. unicamente come relazione orizzontale tra persone maggiorenni, non come contesto in cui sia possibile realizzare un progetto genitoriale, dal momento che l'art. 29 Cost. individua nella famiglia fondata sul matrimonio l'unica comunità riconosciuta in cui è possibile crescere figli.

In via preliminare, la Suprema Corte sottolinea come nel giudizio in questione non si tratta di verificare la conformità all'ordinamento interno della legge spagnola che consente di formare l'atto di nascita di un bambino nato da due madri, dal momento che la legge italiana non ammette la redazione di un atto siffatto. Il quesito riguarda la possibilità che questo specifico atto giuridico sia compatibile con l'ordine pubblico e, per ciò stesso, possa trovare ingresso in Italia. Operata siffatta precisazione, il Supremo Collegio, richiamando i principi espressi innanzi, evidenzia che una tale incompatibilità si potrebbe palesare laddove la norma straniera fosse contrastante con principi fondamentali della Carta Costituzionale declinati in armonia con quelli desumibili dalle principali fonti internazionali. Soltanto il verificarsi di questa evenienza consentirebbe di delineare un principio di ordine pubblico idoneo ad impedire all'atto straniero di produrre effetti nell'ordinamento interno secondo quanto previsto dagli artt. 16 e 65 della l. n. 218 del 1995 e dall'art. 18 del d.P.TR. n. 396 del 2000. Ma al riguardo la Suprema Corte, in ragione delle argomentazioni esposte, conclude nel senso che non si controverte di un principio fondamentale di rango costituzionale idoneo a fondare una preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso unite da uno stabile legame affettivo, di accogliere, allevare e di generare figli¹¹⁷. La scelta di segno

117 R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, Torino, 2010, *passim*; M. PEDRAZZA GORLERO, L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio: note costituzionali*, in *Dir. pubb.*, 2010, 47 ss.; R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in B. Pezzini, A.

opposto operata con l'art. 5 della l. n. 40 del 2004 – che sottende il principio in base al quale l'unica comunità in cui sarebbe possibile generare figli è quella costituita da persone di sesso diverso, dal momento che le altre unioni beneficerebbero della più limitata e generica tutela prevista dall'art. 2 Cost.-non esprime un'opzione costituzionalmente obbligata. L'itinerario ermeneutico tracciato dai giudici di legittimità è il seguente: se l'unione tra persone dello stesso sesso è una formazione sociale ove l'individuo «svolge la sua personalità» e se diventare genitori e formare una famiglia costituisce «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost. e non all'art. 29 Cost.¹¹⁸, allora deve escludersi la presenza di un divieto costituzionale per le coppie dello stesso sesso di accogliere e generare figli¹¹⁹.

Lorenzetti, *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011, 3 ss.

- 118 Corte cost., n. 162 del 2014, cit., e Id., 21 aprile 2010, n. 138, in *Giur. it.*, 2011, 3, 537 con nota di P. BIANCHI e in *Fam. pers. succ.*, 2011, 3, 179, con nota di F. R. FANTETTI. Cfr. F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2 luglio 2010; Id., *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367; M. DI BARI, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, in *forumcostituzionale.it*, 13 settembre 2011; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2 luglio 2010; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 11, 527 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n.138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in AA. VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2001, III, 2697 ss.; R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Riv. AIC*, 2 luglio 2010; Id., *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Riv. AIC*, 2 luglio 2011; Id., *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1369 ss.; A. RUGGERI, *Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in *Riv. AIC*, 18 ottobre 2011; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, 10, 997.
- 119 Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1759; in *Dir. fam. pers.*, 1998, 1349; in *Giur. it.*, 1998, 1783, con nota di C. COSSU; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 679 con nota di G. FERRANDO; in *Giur. cost.*, 1998, 1419, secondo cui «il matrimonio non costituisce più elemento di discriminare nei rapporti tra i coniugi e figli (...) identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri».

A conferma di quanto appena sostenuto, gli ermellini, richiamando il proprio precedente orientamento¹²⁰, sul presupposto che l'asserita dannosità debba essere dimostrata in concreto, sottolineano che non sussistono certezze scientifiche, dati di esperienza o indicazioni di specifiche ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dall'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale¹²¹.

In maniera centrale nelle *rationes* addotte, la Suprema Corte pone in evidenza come nell'attuale configurazione della famiglia prevalga il suo essere comunità di affetti, fondata sui rapporti che in concreto si realizzano tra i componenti, di cui il diritto deve assicurare tutela ricercando il temperamento degli interessi eventualmente in conflitto e attribuendo un doveroso rilievo al prevalente interesse dei minori. La nozione di «vita familiare», che ricomprende anche l'unione tra persone dello stesso sesso¹²², non presuppone la discendenza biologica dei figli che, sebbene non costituisca requisito imprescindibile della filiazione¹²³, è comunque presente nel caso di specie avendo una donna partorito e l'altra donato il proprio patrimonio genetico. Di talché – conclude il Supremo Collegio – al riconoscimento dell'atto di nascita formato validamente all'estero da cui risulti che il nato è figlio di due donne nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato da una coppia coniugata in quel paese, non è opponibile un principio di ordine pubblico, consistente nella pretesa esistenza di un vincolo o divieto costituzionale che precluderebbe alle coppie dello stesso sesso di accogliere e generare figli, venendo in rilievo la libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite alle coppie eterosessuali¹²⁴.

120 Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. dir.*, 2013, 6, 570, con nota di F. RUSCELLO; in *Foro it.*, 2013, 4, 1, c. 1193; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 5, 432 con nota di C. MURGO.

121 D'altro canto secondo l'insegnamento di Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962, cit., le coppie dello stesso possono adottare figli a norma della l. 4 maggio 1983, n. 184, art. 44, co. 1, lett. d). Sul tema F. FERRARI, *Omogenitorialità, eterosessismo e ricerca scientifica*, in *Genus*, 2014, 2, 109 ss.; G. RECINTO, *Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?*, in *dirittifondamentali.it*, 9 giugno 2015, 5 ss.; Id., *Le genitorialità*, Napoli, 2016, 104 ss.

122 Corte EDU, 24 giugno 2010, n. 30141/04, *Schalk e Kopf*/Austria, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 11, 1, 1137, con nota di L. WINKLER.

123 Corte cost., n. 162 del 2014, cit.

124 Sul tema cfr. l. 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.

7.6 Si è appena evidenziato il valore centrale ed espansivo dell'affermazione della Suprema Corte secondo cui la nozione di «vita familiare», che ricomprende l'unione tra persone dello stesso sesso, non presuppone la discendenza biologica dei figli, che in ogni caso non si appalesa quale requisito imprescindibile della filiazione. Nondimeno, i giudici di legittimità non mancano di precisare come il richiamo operato dai ricorrenti a Cass. civ. n. 24001 del 2014¹²⁵ riguardi una fattispecie non assimilabile alla vicenda in esame, poiché in quel caso, non esistendo alcun legame biologico con gli aspiranti genitori, l'atto di nascita era da considerarsi invalido per la stessa legge del paese nel quale era stato formato, attestando falsamente che il nato era figlio di quei coniugi.

8. La Suprema Corte, nella sentenza appena illustrata, risolve dunque positivamente il problema dell'ammissibilità della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero secondo la *lex loci*, attraverso un articolato ragionamento teso a verificare se la difformità tra la disciplina italiana e quella spagnola sia tale da configurare un contrasto con l'ordine pubblico italiano nel riconoscimento di un simile atto giuridico, anche se non mancano ampie riflessioni che si spingono oltre questo obiettivo minimo, tese alla ridefinizione del contenuto del principio di ordine pubblico, così come del sistema valoriale insito nella l. n. 40 del 2004 e ancora dell'attuale portata dell'art. 269, co. 3, c.c. Ciò posto, ad opinione dei giudici di legittimità non è possibile sostenere l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale – in tal senso, di ordine pubblico – idoneo ad impedire la trascrizione in Italia dell'atto di nascita redatto all'estero secondo la *lex loci*, relativo ad un bimbo nato da un progetto genitoriale di coppia e figlio di due madri, una che lo ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo fecondato dal seme di uomo anonimo.

Le *rationes decidendi* della sentenza appena illustrata, come si è potuto riscontrare nel corso dell'itinerario tracciato, hanno condotto ad esiti meno infausti di quelli cui era pervenuto il medesimo collegio solo qualche anno addietro, ancorché in relazione ad una fattispecie che si presentava dissimile da quella in discorso, per l'assenza di legame genetico con entrambi i genitori committenti¹²⁶. Sebbene siano presenti talune ambiguità, non può dubitarsi come la posizione assunta dalla Suprema Corte realizzi un'oggettiva analisi del contesto reale, mostrandosi al contempo consapevole del peso crescente che hanno assunto i profili della volontarietà e della respon-

125 Cfr. *supra* sub § 2.

126 Cass. civ., n. 24001 del 2014, cit.

sabilità genitoriale, ma soprattutto scevra da quelle preclusioni per lo più di carattere ontologico che nella decisione precedente l'avevano indotta a dichiarare lo stato di abbandono di un minore nato all'estero da maternità surrogata. Emerge il chiaro intendimento di evitare che il ricorso alla gestazione per altri possa pregiudicare il diritto del minore all'identità personale e sociale, che nel caso di specie viene salvaguardato mediante il riconoscimento giuridico del legame parentale tra il minore ed il genitore genetico indipendentemente dalla qualificazione che il diritto interno attribuisce alle modalità connesse al concepimento e alla nascita¹²⁷. Una ricostruzione, dunque, particolarmente originale, che si rivela in grado di recepire anche le istanze delle coppie *same-sex* formate da uomini, per i quali la maternità per sostituzione rappresenta l'unica possibilità per avere un figlio che abbia un legame genetico con uno dei membri della coppia¹²⁸. Proprio da tale

127 A. VESTO, *op. cit.*, 209, secondo cui «si tratta piuttosto di sapere se la madre genetica abbia un titolo per far valere la sua maternità, che possa ritenersi poizore rispetto a quello della madre uterina. L'ultimo quesito deve risolversi negativamente, in quanto è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano. La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto»; M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., 5, per la quale «nel tempo attuale, le identità genitoriali, come quelle coniugali o di altre relazioni familiari, non sono attribuite o imposte una volta per tutte, ma negoziate e costruite nel lungo periodo».

128 Sul riconoscimento di un provvedimento giudiziario statunitense riguardante il rapporto genitoriale di una coppia di gemelli nati di maternità surrogata nei confronti di due uomini, il padre biologico e il suo compagno, cfr. App. Trento, 23 febbraio 2017, in *articolo29.it*, 28 febbraio 2017, con commento di A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte di Appello riconosce per la prima volta il legame tra figli e il padre non genetico*, e in *Quotidiano giuridico*, 3 marzo 2017 con commento di M. WINKLER, *Maternità surrogata: due gemelli a due padri, la storica senza della Corte di Appello di Trento*, in cui si evidenzia come «l'insussistenza di un legame genetico tra i minori e il padre non è di ostacolo al riconoscimento di efficacia giuridica al provvedimento straniero: si deve infatti escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto deve essere considerata l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico, con la regolamentazione dell'istituto dell'adozione; la possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori (nella specie il padre) per i figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consensite».

prospettiva, la decisione offre lo spunto per affermare *obiter* come la vera sfida da affrontare sia rappresentata dalla omonegatività e dall'eterosessismo¹²⁹, o meglio dal superamento di quell'approccio, fortemente incisivo nel dibattito sui diritti degli omosessuali e delle loro famiglie, che associa in via esclusiva la funzione procreativa al matrimonio o alle coppie eterosessuali stabili, relegando in una sorta di limbo, in cui a prevalere è il ragionamento basato sul principio di non discriminazione piuttosto che il perseguimento del *best interest of the child*¹³⁰, il riconoscimento legale della genitorialità delle coppie dello stesso sesso¹³¹. Basandosi sul rilievo del diritto alla vita familiare, i giudici di legittimità non mancano di sottolineare, infatti, il diffuso convincimento della inesistenza di indici oggettivi su cui possa fondarsi una presunzione assoluta di inidoneità per una coppia dello stesso sesso a crescere dei figli, cui si accompagna anche l'indiscutibile valore del diritto dei figli di genitori omosessuali a vedere riconosciuto il proprio legame di genitorialità sociale¹³², in ciò conformandosi al principio di derivazione costituzionale che «non giustifica una concezione della

129 F. FERRARI, *Omogenitorialità, eterosessismo e ricerca scientifica*, cit., 110, secondo cui l'eterosessismo rappresenta i sessi come due monoliti, non comunicanti, con caratteri rigidamente complementari, attratti l'uno all'altro per fondare una genitorialità basata sulla procreazione, sulla genealogia del sangue e l'appartenenza della stirpe.

130 Nel riconoscimento della coppia omosessuale rileva il diritto alla propria vita familiare nel rispetto del proprio orientamento sessuale, mentre nell'affrontare la questione della omogenitorialità, l'ordinamento, alla luce della dimensione costituzionale ed europea della tutela dei diritti come integrata dalle convenzioni internazionali, deve tutelare in via prevalente l'interesse del minore. È ormai diffuso il convincimento della inesistenza di indici oggettivi su cui possa basarsi la presunzione assoluta di inidoneità per una coppia dello stesso sesso a crescere dei figli. Sul tema D. AMRAM, *Diritto del bambino alla bigenitorialità e genitore omosessuale*, in D. Amram, A. D'Angelo (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali e iniziative dell'Unione europea*, Padova, 2011, 100 ss.

131 A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in Id. (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, 35; F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in A. Schuster (a cura di) *Omogenitorialità*, cit., 163 ss.

132 Diversa è stata la posizione assunta da chi scrive in R. PICARO, *Verso un'adozione per singoli e conviventi*, in M. Sesta, V. Cuffaro (a cura di), *Persone, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, in AA. Vv., *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, 12, Napoli, 2006, 721-758, nondimeno l'inquadramento prospettato andava collocato in un contesto normativo e giurisprudenziale, italiano ed internazionale, che pur riconoscendo la rilevanza delle relazioni omosessuali guardava ancora con sospetto il diffondersi di modelli omogenitoriali.

famiglia nemica delle persone e dei loro diritti»¹³³. In altri termini, una volta riconosciuta la vita familiare anche nell'unione tra persone dello stesso sesso che non presuppone la discendenza biologica in uno con le declinazioni in cui si è visto articolarsi il superiore interesse del minore per effetto della revisione del principio di ordine pubblico¹³⁴ – in cui assume un peso fondamentale la stabilità dei legami affettivi e di cura, senza trascurare l'incidenza della serietà del progetto genitoriale – non vi è chi non veda come, nella catena del susseguirsi degli orientamenti giurisprudenziali, la ricostruzione dell'orizzonte di attesa preconizza, quale prossimo prosieguo, il riconoscimento del valore della mera genitorialità intenzionale che, in quanto tale, realizza un sovvertimento della consolidata configurazione dei criteri di imputazione della genitorialità, slegandola definitivamente dal dato genetico. Nella sostanza, se la discendenza biologica non rappresenta più la fonte esclusiva del rapporto di filiazione, potendo detta relazione instaurarsi in presenza di altre fattispecie giuridicamente rilevanti, senza che da ciò derivi la compromissione dell'ordine pubblico ed una volta accolto, quale principio guida in materia di filiazione, quello della responsabilità connessa ad un progetto procreativo e di cura collegato alla nascita del bambino in uno con una stabile relazione instaurata, dovrebbe allora ammettersi che il vincolo di filiazione possa legittimamente instaurarsi anche rispetto a genitori dello stesso sesso ed in assenza di alcun legame genetico con il minore e, dunque, acconsentire alla trascrizione di un atto di nascita, redatto all'estero conformemente alla *lex loci*, di un minore la cui relazione genitoriale presenti tali connotazioni. L'originalità del possibile approdo è intuibile, laddove solo si consideri che costante è stato il diniego di trascrizione dell'atto di nascita del minore concepito all'estero mediante gestazione per altri in assenza di un rapporto genetico di filiazione con i membri della coppia committente. E, difatti, anche nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*¹³⁵, in cui gli aspiranti genitori non avevano vincoli genetici con il minore, la Corte di Strasburgo non dubitava circa la legittimità del rifiuto delle autorità italiane di trascrivere nei registri dello stato civile l'atto di nascita di un bambino nato all'estero mediante gestazione

133 Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. cost.*, 2002, 4065; in *Foro it.*, 2004, I, 1053.

134 Così J. LONG, M. NALDINI, "Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, cit., 167, secondo cui, «nel momento in cui l'argomento dell'ordine pubblico "evapora", si ammette la trascrizione e, *de plano*, quasi come una conseguenza necessitata della stessa, il riconoscimento dello *status* familiare costituito all'estero».

135 Cfr. *supra* sub § 3.

per altri. Nondimeno, evidenziava una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella parte in cui le autorità minorili italiane decidevano di allontanare il minore dalla coppia committente, sulla base di una presunta inidoneità della stessa derivante dall'illiceità della condotta realizzata nel ricorso alla pratica di gestazione per altri, nonostante il minore vivesse già con i coniugi, i quali peraltro erano stati dichiarati idonei all'adozione internazionale. Come si è già avuto modo di precisare in commento alla decisione in questione¹³⁶, a parere della Corte, la misura dell'allontanamento costituisce un'*extrema ratio* a cui ricorrere esclusivamente quando la prosecuzione della relazione risulti pregiudizievole per lo sviluppo armonico della personalità del minore o rappresenti un pericolo per la sua salute psico-fisica, mentre la considerazione del superiore interesse di questi costituisce un obbligo che incombe sullo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo. Nonostante gli esiti che connotano il giudicato, ad una più approfondita lettura, non sembra intaccare il possibile carattere espansivo del ragionamento sin qui posto in essere il recente *decisum Paradiso e Campanelli c. Italia* emesso in secondo grado dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ribaltato il precedente giudizio di condanna espresso due anni prima¹³⁷. In realtà entrambi i giudicanti non dubitano della legittimità dei provvedimenti adottati dalle Autorità italiane, ma la Grande Camera, diversamente dalla prima sezione, ha ritenuto tali misure «necessarie in una società democratica» allo scopo di prevenire il disordine generato dalla condotta anti-giuridica dei committenti¹³⁸. Secondo la Corte di Strasburgo, gli Stati contraenti della CEDU godono di un ampio margine di apprezzamento riguardo la misura dell'allontanamento di un bambino nato da

136 Cfr. *supra* sub § 3.

137 Corte CEDU – Grande Camera, 24 gennaio 2017, n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli/Italia*, in *ilfamiliarista.it*, 25 gennaio 2017, con commento di A. FASANO, G. PIZZOLANTE, *La Corte di Strasburgo ritorna sull'allontanamento del minore e la maternità surrogata*. Sul tema E. CONTU, *A fronte di prevalenti interessi pubblici, l'allontanamento del minore non viola l'art. 8 CEDU*, in *Famiglia*, 7 febbraio 2017; V. LORUBBIO, *L'interesse superiore del minore come overruling "occulto"? A proposito della Sentenza della Grande Camera (Corte E.D.U.) Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Diritti comparati*, 2017, 1, 1 ss.; I. ANRÒ, *La Grande Chambre si pronuncia sul caso Paradiso e Campanelli: niente condanna per l'Italia, ma ancora dubbi in tema di maternità surrogata*, in *Eurojus.it.*, 26 gennaio 2017, 1 ss.; C. MASCIOTTA, *Dalla Grande Camera un freno al judicial activism in tema di "vita familiare"*, in *forumcostituzionale.it*, 5 febbraio 2017.

138 Uno dei due giudici dissidenti nella sentenza del 2015 era Guido Raimondi, che successivamente è stato nominato Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo.

GPA all'estero e privo di legami genetici con i genitori d'intenzione in relazione al tempo trascorso dal bambino con quest'ultimi che, se particolarmente breve (nel caso di specie otto mesi, di cui sei in Italia), non consente il consolidamento di un sufficiente vincolo familiare e, dunque, la costituzione di una famiglia nel senso di cui all'art. 8 CEDU¹³⁹. I giudici di Strasburgo non svalutano la rilevanza del progetto genitoriale e relazionale dei committenti, così come la qualità dei vincoli emotivi ma, a parere della *Grande Chambre*, elementi che qualificano la nozione di vita familiare sono i legami biologici, una relazione duratura con il minore e la chiara configurazione del rapporto del rapporto genitoriale¹⁴⁰. In assenza di un legame consolidato tra minore ed i genitori intenzionali, la doglianza doveva essere inquadrata nell'ambito della nozione di «vita privata» dei ricorrenti in riferimento al loro diritto allo sviluppo personale mediante la relazione col minore (§ 198) e non di «vita familiare» di cui all'art. 8 CEDU¹⁴¹. Decisivo nel *revirement* della Grande Camera è stato il comportamento dei genitori intenzionali che, nel violare la legge italiana sull'adozione, hanno contribuito a creare incertezza giuridica nei legami con il minore¹⁴². Tale situazione giustifica l'interferenza delle Autorità italiane, i cui provvedimenti hanno inteso perseguire l'obiettivo di «prevenire l'illegalità» e proteggere «diritti e libertà» di terzi. Per ciò che attiene alla proporzionalità, la Corte di Strasburgo è consapevole del *vulnus* inferto con l'allontanamento del minore, ma ritiene assorbente l'interesse pubblico connesso all'interferenza statale, espressione di un bisogno sociale imperativo e, pertanto, consono allo scopo legittimo perseguito. È indubbio che la vicenda in sé pone

139 Corte CEDU – Grande Camera, 24 gennaio 2017, cit., §§ 153-158.

140 Cfr. G. MILIZIA, *Nessuna famiglia senza legami di sangue né lunga convivenza: si all'allontanamento del bimbo*, in *Diritto e giustizia*, 25 gennaio 2017.

141 Sul tema si vedano gli approfondimenti di B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 7 ss., secondo cui l'art. 8 distingue le posizioni soggettive che riguardano la *vita privata* da quelle che invece afferiscono alla *vita familiare*, mettendo in rilievo, da un lato, la prospettiva più schiettamente *individualistica* del minore (il diritto alla sua identità genetica, biologica e giuridica) e dell'aspirante genitore (naturale, biologico o giuridico) e, dall'altra, la salvaguarda della dimensione *relazionale* tra minore e genitore (o aspirante tale) e *sociale*, con profonde implicazioni ai fini della individuazione dei principi e degli elementi di fatto reputati decisivi ai fini della valutazione della singola fattispecie, ma anche in termini di bilanciamento tra interessi privati e interesse generale.

142 Anche se il signor Campanelli aveva dichiarato la propria estraneità alla condotta anti-giuridica, dal momento che aveva fornito il proprio seme alla clinica russa.

l'interprete in uno stato di profonda inquietudine, dal momento che smarrisce quella certezza insita nei consolidati criteri di imputazione della genitorialità e tenta di ricercare nuove strutture sulle quali poggiare inedite relazioni genitoriali, che siano salde al punto da contenere le situazioni giuridiche soggettive che qualificano gli attuali *status familiae* in uno con la necessità di respingere ogni forma di dolore che inevitabilmente nasce laddove ad essere lesi sono, come in tale circostanza, gli aspetti più intimi dell'animo. Da tale angolatura meritano una profonda riflessione le vicissitudini sofferte dal bambino. Ciò che emerge dalla narrazione è che il minore, nato il 27 febbraio 2011 vive con i genitori intenzionali sino al 20 ottobre 2011, quando viene collocato in un istituto per l'assistenza all'infanzia per quindici mesi, per poi essere dato in adozione nel gennaio 2013: in questo lungo periodo il bambino è rimasto senza genitori naturali, senza genitori intenzionali, privo di nazionalità e di cittadinanza¹⁴³. Eppure, nel procedimento pendente innanzi al Tribunale dei minorenni, la consulenza tecnica aveva stabilito che l'eventuale allontanamento dai genitori avrebbe determinato conseguenze devastanti per il bambino, che avrebbe potuto subire un fase depressiva dovuta all'abbandono e alla perdita di persone chiave nella propria vita, con ricadute sul suo sviluppo psico-fisico anche in termini di disturbo psicotico¹⁴⁴. Vi è poi il riferimento operato dalla *Grande Chambre* alla durata ragionevole del legame genitoriale assunto a presupposto dalla nozione di vita familiare come disegnata dall'art. 8 CEDU: ma viene da chiedersi, quale può essere una durata utile al fine del riconoscimento della relazione genitoriale? E chi può stabilirlo? Ma soprattutto ha un senso il richiamo al precedente orientamento che la Corte di Strasburgo ha espresso in argomento, quando è la stessa Corte EDU ad affermare che la questione dell'esistenza o dell'assenza di una vita familiare è anzitutto una questione di fatto, che dipende dalla qualità dei legami personali instaurati?¹⁴⁵ La verità è che nel disordine procreativo, nella incertezza sovrana, l'unica chiave ispiratrice della sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo sembra essere una discutibile ragion di Stato: accettare di lasciare il bambino con i ricorrenti, forse con l'obiettivo di diventare genitori adottivi, avrebbe legalizzato una situazione da questi determinata in vio-

143 V. LORUBBIO, *op. cit.*, 7.

144 Trib. Min. Campobasso, 16 maggio 2011.

145 Cfr. Corte EDU, 15 luglio 2015, n. 39438/13, *Nazarenko*/Russia, dove è stata riconosciuta l'esistenza di un vita familiare nella relazione tra un uomo e una bambina che avevano sviluppato legami affettivi ed avevano creduto di essere padre e figlia, fino a quando non era stato scoperto che tra i due non vi era legame biologico.

lazione di norme imperative dello Stato italiano. Oltre alle *dissentig opinions*, sono la debolezza e la precarietà delle argomentazioni addotte ad evidenziare tutta la fragilità di una decisione di cui gli stessi autori non sembrano completamente convinti ma che si rende necessaria allo scopo di prevenire destabilizzazioni sociali. Tale aspetto emerge in particolare laddove gli stessi giudici concordanti dichiarano di omettere di considerare alcuni significative circostanze, che avrebbero potuto condurre ad un diverso esito, sul presupposto che esse dovevano essere eccepite nell'ambito del procedimento svolto innanzi alle corti italiane: così è per la mancata contestazione nel ricorso per cassazione del rifiuto di registrare il certificato di nascita, confermato dalla Corte di Appello, per contrarietà al diritto russo, quando, invece, l'esistenza di un legame biologico tra il nascituro all'epoca di fatti non era espressamente richiesto dalla legge russa (§144); ed ancora per la questione della conformità del certificato di nascita al diritto russo, che non era stata esaminata dal tribunale dei minori nell'ambito delle misure urgenti adottate nei riguardi del bambino (§ 145). In aggiunta, la *Grande Chambre* rileva come i giudici italiani non abbiano attribuito la dovuta importanza all'interesse dei ricorrenti di continuare a sviluppare le relazioni affettive con il minore, non affrontando l'impatto che la separazione immediata ed irreversibile del bambino avrebbe determinato sullo sviluppo psicofisico di questi e ciò nonostante il parere reso dalla consulenza tecnica (§§ 211 e 212), nonché sulla vita privata dei ricorrenti (§ 215). Appare chiaro, in ogni caso, come l'intento riscontrabile nell'ordito giudiziale di limitare l'indagine alle misure adottate dalle autorità italiane, rappresenti un espediente per evitare di declinare principi in grado di indirizzare l'orientamento futuro della Corte EDU in materia di maternità surrogata¹⁴⁶. Difatti, la sentenza evita di approfondire i profili di incidenza dell'assenza del legame genetico tra il nato ed i genitori intenzionali sul mancato riconoscimento di un rapporto di filiazione validamente costituito all'estero e, segnatamente, se la mancata trascrizione sia contraria all'art. 8 CEDU¹⁴⁷. Resta l'ulteriore interrogativo: mancando un *consensus* europeo ed in assenza di un diritto uniforme, sarà tale decisione in grado di arrestare quel desiderio di genitorialità costantemente alimentato dal diffondersi delle biotecnologie riproduttive con buona pace per i diritti (violati) per i minori nati da tali pratiche?

146 Così anche I. ANRÒ, *op. cit.*, 6.

147 L. POLI, *La Grande Camera e l'ultimo parola sul caso Paradiso e Campanelli*, in *SIDIBlog.it*, 21 febbraio 2017, 1 ss.

9. Un primo sviluppo della *ratio decidendi* della sentenza n. 19599 del 2016, è rinvenibile in un recente provvedimento emesso dal Tribunale di Napoli, in una vicenda che nei fatti ricalca quella esaminata da ultimo dalla Suprema Corte, da cui tuttavia si diversifica per l'assenza del legame biologico tra il nato ed una delle due madri, dal momento che la gestante aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa¹⁴⁸. Difatti nel caso sottoposto al Supremo Collegio, il concepimento era avvenuto a seguito di una fecondazione dell'ovulo di una delle due madri con il seme di un donatore rimasto anonimo e con successivo impianto dell'embrione nell'utero dell'altra, mentre nella vicenda *de qua* si era fatto ricorso unicamente alla fecondazione eterologa. Diversamente dalla fattispecie dedotta nel giudizio sottoposto agli ermellini, l'accertamento della genitorialità fondato su una maternità non biologica viene ricondotto dai giudici partenopei al vincolo intercorrente tra le due donne, unite da un istituto assimilabile alle unioni civili dell'ordinamento italiano, la cui portata espansiva è tale da consentire alla compagna della madre biologica di svolgere, nell'interesse del bambino, il compito di madre, pur se priva della condizione di partoriente. Oltre al rapporto stabile con la madre biologica, particolare rilievo assume il progetto di genitorialità condiviso tra le due donne e, nello specifico, la prestazione del consenso da parte della madre non biologica, al ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Pur nella diversità della vicenda processuale in argomento, anche in questo caso viene accordata prevalenza al diritto del minore a veder riconosciuta dall'ordinamento giuridico la propria relazione con entrambi i genitori e a «non essere sradicato dal nucleo sociale» creato in forza del progetto di vita familiare e di genitorialità della coppia, indipendentemente dal proprio orientamento sessuale¹⁴⁹. Sulla base di tali premesse, la corte partenopea si conforma a quello che, in ambito sovranazionale, si configura come un indirizzo a tutela della personalità del bambino e dell'esigenza di assicurare pienezza alla comunità familiare legalmente creata.

148 Trib. Napoli, 6 dicembre 2016, in *ilfamiliarista.it*, 23 dicembre 2016, con nota redazionale, *Valida la trascrizione dell'atto di nascita spagnolo del minore figlio di due mamme*, in cui viene ritenuta non contraria all'ordine pubblico italiano la trascrizione dell'atto di nascita di un minore, nato da due donne validamente unite in matrimonio in Spagna, tramite ricorso alla fecondazione eterologa da parte di una di esse.

149 Cfr. A. SCHILLACI, *Il Tribunale di Napoli ordina la trascrizione di un atto di nascita straniero con due madri*, in *articolo29.it*, 7 dicembre 2016.

*Fraus omnia corrumpit?*¹⁵⁰ In realtà, dalle decisioni richiamate appare chiaro come, mancando uno spazio giuridico europeo della famiglia, l'armonizzazione dei diversi modelli familiari presenti nei paesi membri non possa che essere realizzata dal basso, seguendo un approccio che, nelle vicende relative a minori, si conforma al principio della conservazione transnazionale degli status familiari validamente e stabilmente conseguiti all'estero¹⁵¹. Se in Cass. n. 19599 del 2016 la salvaguardia del diritto del minore al mantenimento dello status *filiationis* rappresenta il principio alla stregua del quale assume rilevanza giuridica il legame con il genitore genetico, nella vicenda sottoposta all'esame dei giudici partenopei, il perseguimento di tale obiettivo consente anche il riconoscimento del rapporto tra il minore ed il genitore intenzionale¹⁵², attraverso la valorizzazione del rapporto familiare di fatto e l'«importanza primordiale» del diritto alla cittadinanza e all'identità¹⁵³, ma soprattutto considerando il valore assunto dal progetto genitoriale e il rilievo della responsabilità procreativa in caso di ricorso a tecniche di PMA eterologa sancito dall'art. 9, l. n. 40 del 2004¹⁵⁴. Si delineano in questa prospettiva ed assumono pregio interpretativo inedite declinazioni della relazione genitoriale in cui a prevalere sono le specifiche narrazioni che complessivamente contribuiscono alla costruzione dell'identità della persona che, prescindendo dal profilo genetico come da quello gestazionale, danno risalto al rapporto con il genitore intenzionale e, dunque, al legame di affetti e di responsabilità che si instaura tra il minore ed i genitori sociali¹⁵⁵, letto anche alla luce del

150 Sul tema, in maniera risalente, L. CARRARO, *Valore attuale della massima fraus omnia corrumpit*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 786 ss. e in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, III, 431 ss.

151 C. IRTI, *op. cit.*, 485; F.D. BUSNELLI, M. C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 767 ss. Cfr. R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours*, 2010, 255 ss.; P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in P. Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, 485 ss.; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, 2007, *passim*.

152 A. FASANO, *Maternità per sostituzione e i diritti dei figli intenzionali*, in *personaedanno.it*, 10 febbraio 2015.

153 Cfr. V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, XV.

154 A. SCHILLACI, *op. ult. cit.*

155 Nella medesima prospettiva è Corte Suprema federale tedesca (*Bundesgerichtshof*), 10 dicembre 2014, trad. it. di R. DE FELICE, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: Germania e Italia a confronto*, in *personaedanno.it*, 3 febbraio 2015. Sul tema cfr. M. DI MASI, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno stato estero: aperture della Germania*, *cit.*, 214 ss.

nuovo art. 315 *bis* c.c.¹⁵⁶. Non v'è dubbio che «rispondere alla domanda: chi? significa sempre raccontare una storia di vita»¹⁵⁷. Ne discende che il diritto del bambino a ricevere la cura genitoriale risulta pregiudicato laddove venga negata l'attribuzione dello *status* giuridico di figlio rispetto a un genitore intenzionale e che la relazione di una coppia omosessuale registrata può egualmente promuovere la crescita dei figli, alla stregua di quelle eterosessuali, non sussistendo alcuna ragione di differenziazione basata sul sesso tra aspiranti genitori. In tale contesto, appare chiara l'inadeguatezza dell'art. 269, co. 3, c.c. ad individuare e qualificare le nuove opportunità procreative derivanti dall'avanzare della ricerca medica. È necessario, dunque, un approccio che, nel reinterprete in chiave sovranazionale i processi normativi spesso ingabbiati nella loro dimensione storica, si mostri attento a cogliere le molteplici espressioni in cui si realizza il familiare, abbandonando la cultura della devianza per aprirsi a quella della differenza. Occorre valorizzare in chiave individuale la dinamica procreativa, esaltando le esperienze personali di ciascuno, in guisa da innescare quel rapporto virtuoso tra disciplina dei diritti individuali e garanzia che attraverso di essi possa realizzarsi quel processo personalistico voluto dalla Costituzione che contempla le stesse aspirazioni alla genitorialità.

10. Se l'intendimento posto a base del diniego del riconoscimento della filiazione registrata all'estero era quello di dissuadere i cittadini italiani dal

156 F. TURLON, *Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e favor veritatis*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 719 ss. Sull'identità narrativa, P. RICOEUR, *L'identità narrative*, in *Esprit*, 1988, 7-8, 295 ss.; ID., *La persona*, trad. it., Brescia, 1998, 22 ss.; C. AUGIERI, *Sono dunque narro. Racconto e semantica dell'identità in Paul Ricoeur*, Bari, 1990, 72 ss.; M. CHIODI, *Il cammino della libertà. Fenomenologia, ermeneutica, ontologia della libertà nella ricerca filosofica di P. Ricoeur*, Brescia, 1990, 269-270; G. FARINELLI, *L'educazione come metafora della vita. Paul Ricoeur: la filosofia e l'educazione*, Napoli, 2000, 83. Cfr. da ultimo M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto a conoscere le proprie origini*, cit., *passim*; ID., *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., 8, in cui sottolinea che «il progresso scientifico, la scissione della sessualità dalla procreazione, il proliferare conseguente di tecniche di procreazione artificiale spostano il fulcro del sistema dal vincolo di sangue all'assunzione di responsabilità compiuta dal genitore ed alla relazione che ne deriva, indipendentemente dalla fonte di costituzione del rapporto di coppia e della qualificazione giuridica».

157 H. ARENDT, *Men in Dark Times*, New York, 1955, 104 ss. Cfr. M. MEZZANZANICA, *Ermeneutica e autobiografia: narrazione, interpretazione e identità*, in M.G. Lombardo, A. Romele (a cura di), *L'effettività dell'ermeneutica*, Milano, 2011, 165 ss.

varcare i confini per eludere il divieto nazionale in materia di GPA, appare evidente che l'attuale orientamento giurisprudenziale indebolisce il contenuto precettivo della correlata disposizione normativa, fino a farla apparire paradossalmente discriminatoria e, in questa prospettiva, prodromica alla formazione di un *consensus* favorevole alla surroga di maternità¹⁵⁸. E difatti, ancorché in una prospettiva *de iure condendo*, peraltro ben lungi dall'essere diffusamente metabolizzata, la questione di costituzionalità inizia ad essere posta all'attenzione delle corti di merito, come attesta un recente caso in cui viene sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, co. 6 della l. n. 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 29, 31, 32 e 117, co. 1, Cost. e con l'art. 8 CEDU, nella parte in cui la norma non consente di procedere alla trascrizione in Italia di atti di nascita di minori nati all'estero a seguito di maternità surrogata conforme alla *lex loci*¹⁵⁹. In particolare il contrasto con l'art. 3 Cost. viene fatto discendere dalla constatazione che il divieto in parola risulta privo di sanzione per la coppia che realizzi la pratica in questione all'estero, in un paese in cui questa tecnica procreativa è ritenuta lecita, nonché dall'esclusione discriminatoria al ricorso alla GPA per quelle coppie la cui situazione clinica è tale che la maternità surrogata si configura come l'unica possibilità per realizzare una famiglia con figli. Viene, inoltre, evidenziato come il divieto di *surrogacy* contrasti con il diritto della coppia di autodeterminarsi nella sfera privata e familiare (artt. 2, 3, 13, 29, 31 Cost.). Impedendo ad una coppia affetta da patologia in termini di sterilità o fertilità di formare una famiglia con figli mediante GPA, si pregiudica la natura costituzionale del diritto alla genitorialità, come affermato da Corte cost. n. 162 del 2014, oltre che determinare un contrasto con l'art. 8 CEDU.

158 C. IRTI, *op. cit.*, 483, «non c'è chi non comprenda che una tale soluzione, genericamente accolta, finirebbe con l'indebolire il divieto legislativo di accedere alla procreazione mediante surrogazione, aprendo la strada ad un moltiplicarsi di casi analoghi che, nella ripetuta violazione del divieto, comportano una disapplicazione della regola» ed ancora a n. 23, «personalmente non ritengo che la pratica procreativa riconducibile alla locuzione "maternità surrogata" debba essere genericamente legittimata, ma – prescindendo da valutazioni soggettive – considero necessario che gli operatori giuridici, preso atto di una realtà sociale in continua evoluzione, mantengano vigile l'attenzione su tematiche che necessitano di un costante, continuo confronto anche al fine di elaborare possibili strumenti di regolamentazione e tutela di situazioni sempre nuove, spesso scomode».

159 Sul tema cfr. App. Milano, 25 luglio 2016, in *ilfamiliarista.it*, 15 dicembre 2016, con nota redazionale *Riconoscimento del figlio nato da maternità surrogata: dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c.*

Evidenziando un comune sentire, la richiesta di sollevare la questione di legittimità costituzionale proposta dai ricorrenti viene condivisa dal resistente curatore speciale nominato dal tribunale, il quale prospetta anche l'ulteriore profilo di incostituzionalità costituito dalla illecita discriminazione di genere, conseguente a Corte cost. n. 162 del 2014, laddove si consideri che l'uomo sterile ben può riconoscere un figlio come proprio per effetto della sola donazione di gameti, mentre la medesima possibilità non è data alla donna nel caso in cui, oltre a non poter produrre ovociti, non sia in grado di portare a termine una gravidanza.

In relazione ai segnalati parametri, in maniera del tutto peculiare, la Corte d'Appello di Milano ritiene che il divieto di surrogazione di maternità sia effettivamente in contrasto, per giunta sotto diversi profili, con le norme costituzionali richiamate dall'appellante. In particolare, riscontra una divergenza con l'art. 3 Cost., in ragione delle possibilità di cui le coppie dispongono quando le patologie di sterilità/infertilità non incidono sulla possibilità di gestazione della donna, rispetto alle coppie il cui quadro clinico non consenta la gestazione. Se la l. n. 40 del 2004 si pone l'obiettivo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi legati all'infertilità e sterilità della coppia mediante il ricorso alle tecniche di riproduzione, appare chiaro che la presenza di una patologia preclusiva della gestazione può essere assimilata, in termini di parità di trattamento legislativo, a quella della coppia i cui problemi di sterilità/infertilità non incidono sulla gestazione. Né rappresenta un ostacolo alla valutazione testé operata dai giudici meneghini, il rilievo sollevato da alcuni circa la natura non terapeutica della surrogazione, dal momento che tale tecnica, poiché presuppone la fecondazione *in vivo* o *in vitro* di un embrione da impiantare nell'utero di una donna terza rispetto ai genitori di intenzione, rientra in ogni caso nella generalità delle tecniche di PMA così come riguardate dalla l. n. 40 del 2004. Nelle proprie considerazioni, la Corte di Appello di Milano non manca di esplicitare piena condivisione circa la lamentata discriminazione di genere conseguente al divieto di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, letto alla luce di Corte cost. n. 162 del 2014. Né trascura di evidenziare come il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all'estero laddove risulta consentita, abbia dato luogo, come per la fecondazione eterologa, all'espansione di quel turismo procreativo, non ostacolato da sanzioni penali. Questo fenomeno, peraltro, viene alimentato dall'orientamento giurisprudenziale di favore, che si registra sia sul versante della non punibilità della coppia – affermata sul presupposto che la condizione per il perseguimento del reato commesso all'estero è rappresentato dalla punibilità in quel paese come illecito penale-, sia

avuto riguardo all'esclusione della ricorrenza dei reati di cui agli artt. 567 e 495 c.p. laddove l'atto venga formato dall'autorità amministrativa estera in ossequio alla normativa ivi vigente. Ancora più interessanti sono le considerazioni che i giudici di appello di Milano svolgono intorno alla fragilità, in un contesto globale, del divieto assoluto posto dall'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, a fronte della diffusione all'estero della surrogazione di maternità, che altro non produce se non un diverso ingiustificato trattamento in base alla capacità economica delle coppie, vedendosi negato, quelle prive di risorse finanziarie, l'esercizio del diritto di formare una famiglia con figli propri, in quanto impossibilitate a ricorrere alla GPA in paesi in cui questa risulti lecita. La corte meneghina osserva come il divieto di surrogazione di maternità si ponga in formale contrasto con gli artt. 2, 3, 31 Cost., quali norme espressive – come affermato da Corte cost. n. 162 del 2014 – della fondamentale, generale e incoercibile libertà di autodeterminarsi nella sfera più intima della persona umana. Profilo, quest'ultimo, che fa emergere un ulteriore contrasto tra il divieto in questione e l'art. 32 Cost., contemplando la nozione di salute, diversi aspetti dell'esistenza personale. Sempre argomentando da Corte cost. n. 162 del 2014 – laddove si evidenzia che il divieto di fecondazione eterologa era il risultato di un irragionevole bilanciamento tra beni costituzionali incisi da tale divieto e l'interesse del nato con questa tecnica a non vedersi pregiudicato da una genitorialità non naturale nonché nel diritto a conoscere la propria identità genetica – la corte sottolinea come detti rilievi trovino applicazione anche per la surrogazione di maternità. Non rappresenterebbe infatti un ostacolo la circostanza che, nell'ipotesi *de qua*, la questione identitaria possa porsi sotto un profilo sia genetico (rispetto alla donna che ha fornito il gamete) che biologico (con riferimento alla donna che ha portato avanti la gravidanza), dal momento che ogni ragionamento al riguardo va collocato in un ipotetico contesto in cui la regolamentazione della surrogazione consentirebbe anche l'accesso a tale tipo di informazioni. Secondo i giudici d'appello, il divieto di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, non troverebbe giustificazioni nemmeno nell'interesse del nato a non venire pregiudicato dalla rottura del legame instaurato durante la gravidanza con la donna gestante, diversa da quella che assumerà il ruolo di madre sociale, atteso che le ricerche effettuate nei paesi in cui la surrogazione è regolamentata non evidenziano differenze nello sviluppo emotivo, sociale e cognitivo per i nati da gestazione di sostegno. Tutte queste argomentazioni, esposte con convinzione dai giudici di Milano, lasciavano intravedere l'esito di un giudizio di non manifesta infondatezza della norma impugnata. Invece, come in un finale a sorpresa di un

romanzo *noir* scritto da un narratore inaffidabile¹⁶⁰, la corte meneghina conclude escludendo l'esistenza di profili di possibile incostituzionalità dell'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, nella considerazione che il divieto posto da tale norma rappresenta uno strumento necessario per garantire altri valori di pari rango, a fronte dei quali risulterebbe giustificata la limitazione legislativa dei diritti primari richiamati, sebbene costituzionalmente garantiti. I giudici d'appello sottolineano che la surrogazione di maternità, nel contesto delle pratiche riproduttive, si connota per essere una tecnica relazionale plurisoggettiva particolarmente pervasiva, sia per la posizione del nato che per la donna gestante. Nel bilanciamento con altri valori costituzionali di pari grado, il contrasto tra maternità surrogata e la dignità personale della gestante appare irriducibile in quanto il valore delle dignità, prima ancora che come diritto fondamentale, costituisce un principio che permea l'intero arco costituzionale e che trova riscontro, in ambito europeo, nella Carta di Nizza. Ma le sorprese evidentemente non sono ancora finite! E in una riflessione conclusiva, in cui si cela il rammarico per l'occasione mancata, riprende corpo il profilo della presunta illegittimità costituzionale e, quasi in termini di esortazione rivolta al legislatore, la corte meneghina afferma che la lesione della dignità della donna non si riscontrerebbe nel caso in cui la stessa potesse accedere, in termini di scelta libera e responsabile, alla pratica della gestazione per altri in un contesto regolamentato, sottratto allo sfruttamento e alla commercializzazione, in cui viene previsto il cd. ripensamento, ovvero la possibilità di decidere di tenere per sé il nato da tale pratica¹⁶¹. In questa evenienza i diritti dei soggetti coinvolti sarebbero suscettibili di un diverso apprezzamento e potrebbe essere considerato come non manifestatamente infondato il dubbio di costituzionalità prospettato.

Una decisione, dunque, non certamente nitida, in cui a prevalere sono le contraddizioni e le aporie di un sistema che, pur professando la tutela dei diritti fondamentali della persona, continua ad irrigidirsi dinanzi al diffondersi di nuove tecniche procreative, delle quali, nonostante l'emersione di una rinnovata sensibilità, non riesce a cogliere adeguatamen-

160 W. C. BOOTH, *The Rethoric of fiction*, Chicago, (1961, 1983), trad. it. E. ZORATTI, A. POLI, *Retorica della narrativa*, Firenze, 1996, *passim*.

161 Aderendo, in tale prospettiva, alla lettura del Comitato del Consiglio d'Europa sulle scienze bioetiche che, chiamato a formulare un parere sulla maternità surrogata, ha raccomandato che, laddove cambiasse idea, alla madre in affitto sia consentito di tenere il bambino e non consegnarlo ai genitori biologici. Sul tema cfr. C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2016; Id., *Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso*, cit., 120 ss.

te, nella ponderazione degli interessi in conflitto, altri valori e principi, egualmente meritevoli di protezione, considerati in concreto essenziali per la convivenza civile. Non bisogna vestire i panni del giurista, per comprendere come tra le pieghe del ragionamento svolto nella sentenza appena illustrata, si nasconda, in maniera nemmeno troppo celata, una profonda quanto corale inquietudine per un divieto, la cui fragilità è direttamente proporzionale al peso crescente della sua impunita elusione. Sono le stesse argomentazioni offerte dalla Corte di Appello di Milano che rivelano, soprattutto laddove operano un bilanciamento tra diritti egualmente tutelati, una posizione di sfavore per la norma in questione: segnali, questi che, in assenza di un intervento riformatore, lasciano presagire, per un futuro nemmeno troppo lontano, un possibile vaglio di costituzionalità per una disposizione che ormai presenta molteplici profili di contrasto con principi fondamentali della nostra Carta dei diritti ma che, prima ancora, viene avvertita dai più come socialmente discriminatoria e controtenenziale. Una sentenza, dunque, che nelle conclusioni si rivela particolarmente deludente ma che, in termini di argomentazioni prospettate, mostra in tutta la sua evidenza l'irragionevolezza del precetto di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, rispetto ad una tecnica procreativa che, nel frattempo, si è imposta in altri sistemi ordinamentali come risposta fondamentale alle problematiche di sterilità/infertilità che riguardano la donna e che si rivela in grado di recepire anche le istanze delle coppie *same-sex* formate da uomini¹⁶². Una previsione normativa che respinge le peculiarità di un contesto sociale che, nella sua accezione globalizzata ancorché non armonizzata, ormai ed in maniera inarrestabile, declina al plurale gli elementi fondativi del rapporto di filiazione e le corrispondenti forme familiari¹⁶³. All'orizzonte si profila l'ennesima sconfitta per una politica che si mostra sempre più povera di contenuti, che alle leggi – talvolta scritte anche male – preferisce i *tweet*, che invece di impegnarsi su temi sensibili, che generano preoccupazioni ed inquietudini nelle persone comuni, si mostra unicamente attenta a cavalcare onde emotive alla ricerca di un facile consenso, di cui è possibile apprezzare unicamente l'inadeguatezza – ma forse anche l'inettitudine – a cogliere la complessità delle dinamiche di un ordito sociale che altro non vuole che *risposte* ordinarie. In questa trama, sarebbe interessante

162 Sul tema gli interessanti spunti di A. PIOGGIA, *La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro*, in *GenIus*, 2014, 2,85 ss.

163 G. PALMIERI, *op. cit.*, 207.

approfondire – come pure è stato accennato di recente¹⁶⁴ – l'esame della funzione permissiva o facoltizzante del diritto¹⁶⁵, invocata a salvaguardia di una società laica e pluralista, in alternativa alla imposizione di doveri ed obblighi ed, in quanto tale, in grado di comporre i potenziali conflitti assiologici, ma il timore di non incrociare interlocutori disponibili ad accogliere il messaggio che proviene dal mondo accademico, in verità, non incoraggia una simile scelta. In ogni caso, al riguardo, sarebbe davvero utile interrogarsi, come suggeriva Leopoldo Elia, sui diritti che si sottraggano a bilanciamenti e, laddove sottoposti, sui criteri in base ai quali si realizza il *balancing test*. Ma, soprattutto, sarebbe necessario chiedersi «che estensione ha la pretesa all'autodeterminazione umana per essere compatibile con la dignità della persona? In altre parole, in che limiti l'uomo ha potere su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria vita?»¹⁶⁶.

164 B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 13, la quale opera un riferimento alle cd. leggi facoltizzanti richiamate da L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI, Atti del Convegno Annuale AIC – Napoli, 26-27 ottobre 2007*, Padova 2008, 17, a salvaguardia della società plurale e multiculturale, ma anche capace di declinare *principi* a garanzia dell'umano che è comune. Sul tema V. ONIDA, B. RANDAZZO (a cura di), *Viva vox contitutionis*, Milano, 2007, *passim*.

165 C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Padova, 1932, 44 ss. ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, Napoli 1999, I, 92 ss.

166 L. ELIA, *Lo Stato e la Laicità: problemi pratici della libertà. Un'introduzione alle odierne questioni della laicità*, revisione dello scritto L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, cit., *passim*.

CARLO IANNELLO

LA MATERNITÀ SURROGATA E IL RUOLO DELLA LEGGE: DAL DIVIETO GENERALIZZATO A UN BILANCIAMENTO PIÙ MITE?

Sommario. 1. Premessa. – 2. La maternità surrogata tra dimensione privata e pubblica. – 3. La maternità surrogata tra diritto, tecnica e mercato: crisi della legge e protagonismo del giudice. – 4. Il difficile bilanciamento dei valori costituzionali e la strada stretta della legge. – 5. La pluralità delle forme della maternità surrogata: un fenomeno sociale che sfugge le generalizzazioni. – 5.1. L'inefficace divieto della maternità surrogata previsto dalla legge n. 40 del 2004. – 5.2 La maternità surrogata, diritto a procreare e autodeterminazione della donna. – 5.3. Le perplessità sulla pratica della maternità surrogata: dalla rottura della naturalità della maternità alla reificazione del corpo femminile. – 5.4. La maternità surrogata e la sanzione penale. – 6. Lo stretto percorso del legislatore tra l'irragionevolezza delle generalizzazioni e l'inefficacia dei divieti.

«È la vita, molto più del diritto, che è diventata allora la posta in gioco delle lotte politiche, anche se queste si formano attraverso affermazioni di diritto. Il “diritto” alla vita, *al corpo, alla salute, alla felicità, la soddisfazione di bisogni, il “diritto” a ritrovare, al di là di tutte le oppressioni o “alienazioni”, quel che si è e tutto quel che si può essere, questo “diritto” così incomprensibile per il sistema giuridico classico, è stato la replica politica a tutte queste nuove procedure di potere che, a loro volta, non partecipano del diritto tradizionale della sovranità*».

M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I [ed. or.: *La volonté de Savoir*, ed. Gallimard, Parigi, 1976], Feltrinelli, Roma, 2016, 128.

1. La gestazione per altri sta suscitando un intenso dibattito, carico di questioni valoriali, etiche, culturali e giuridiche, sia nel mondo scientifico che presso l'opinione pubblica.

Mentre il mercato, autonomamente, già «governa» il fenomeno, la società, dal canto suo, esprime tensioni contrastanti e il legislatore mostra

sempre maggiori difficoltà nello svolgimento del suo ruolo di regolatore delle dinamiche sociali.

Una parte della società, ancorata ai valori tradizionali e spaventata dalle potenzialità delle nuove tecnologie, che contribuiscono a sradicare l'idea tradizionale di maternità, una delle ultime certezze fondamentali della condizione umana, invoca limiti e divieti, auspicando che l'ordine naturale, violato dalla tecnica, possa essere reintrodotta per legge.

Dall'altra parte, tuttavia, si fa strada un movimento in progressiva espansione, che reclama la piena affermazione dei diritti di libertà ed esprime un'opposta esigenza di liberalizzazione, ispirata al sempre più pieno riconoscimento dell'autonomia individuale e della autodeterminazione, rifiutando valori etici non più avvertiti come essenziali, perché travolti da una mutata sensibilità sociale costantemente rafforzata dalle possibilità offerte dalle nuove tecnologie.

Il legislatore, dal canto suo, stretto fra opposte richieste, e scavalcato – di fatto – dal binomio tecnica e mercato, non riesce a trovare una strada efficace per regolamentare questo nuovo fenomeno sociale, offrendo una cornice normativa che tenga assieme la richiesta di una sempre più forte rivendicazione dell'autodeterminazione individuale e la tutela dei valori costituzionali.

2. Le nuove tecnologie della fecondazione assistita, che hanno permesso di separare il fenomeno riproduttivo dalla sessualità, sono una causa e al tempo stesso una spia di un profondo cambiamento della cultura e della società contemporanee, che sta incidendo sulla stessa «dimensione antropologica della genitorialità»¹, con importanti ripercussioni anche sul sistema giuridico.

Attraverso la scissione della riproduzione dalla sessualità e la frammentazione della genitorialità in tanti segmenti (separazione del dato biologico-genetico da quello sociale e persino dalla gestazione), si riescono oramai a soddisfare desideri di paternità e di maternità che prima erano del tutto impensabili, come quello di single, di coppie omosessuali, di coppie sterili impossibilitate a sottoporsi a una fecondazione assistita².

1 Così il Tribunale di Roma, ordinanza del 17 febbraio 2000. Di «modificazioni antropologiche», a proposito delle nuove tecniche di fecondazione assistita, discorre anche S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 285.

2 Sulle riflessioni che la maternità surrogata solleva nell'ambito della questione femminile e nel mondo omosessuale cfr. S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 2015; cfr., inoltre, L.

Sbaglierebbe, tuttavia, chi ritenesse il fenomeno della gestazione per altri una novità dei nostri tempi legata all'uso delle tecnologie riproduttive, le quali, come è stato opportunamente osservato, «non hanno “creato” il problema», ma hanno «solo (enormemente) accentuato la rilevanza di un problema che è davvero vecchio quanto il mondo»³.

È noto, infatti, che queste pratiche, se intese in un senso lato (cioè semplicemente come separazione tra colei che partorisce e colei che assume il ruolo di madre del neonato di fronte alla collettività), non rappresentano un fenomeno riconducibile alla contemporaneità, ma hanno sempre caratterizzato le società umane; di aiuto alla maternità si trovano riscontri persino nella Bibbia⁴ e nelle fonti dell'antica Roma⁵.

Allo stesso tempo, non c'è dubbio che tra queste forme antiche di maternità surrogata e quelle dei nostri giorni intercorra una differenza abissale. Nei tempi antichi queste pratiche di sostituzione erano, comunque sia, legate alla sessualità, mentre oggi le tecnologie di riproduzione assistita riescono a fare a meno della stessa unione sessuale fra uomo e donna (da questo punto di vista, occorre rilevare, le nuove tecnologie avrebbero potuto renderle persino più accettabili rispetto al passato⁶, in cui dovevano necessariamente realizzarsi attraverso un adulterio, comportamento da sempre stigmatizzato dalla morale).

La profonda differenza tra le forme antiche e quelle nuove di maternità surrogata, che ne ha cambiato radicalmente la percezione da parte della società, è data probabilmente dal contesto in cui esse si svolgono, in un duplice senso.

RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in www.costituzionalismo.it (aprile 2006)

3 R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 1.

4 La vicenda cui si fa riferimento nel testo è quella della schiava Agar (Genesi, 16: 21). Come è noto Agar aiutò Abramo, su richiesta di sua moglie Sara, ad avere il figlio che loro non riuscivano ad avere. Dall'unione di Agar e Abramo nacque Ismaele, che fu allontanato dalla famiglia assieme alla schiava, una volta che Sara, novantenne, riuscì a procreare corti, dando alla luce Isacco.

5 Cfr. E. CANTARELLA, *Il paradosso romano: la donna tra diritto e cultura*, in M.T. Guerra Medici (a cura di), *Orientamenti civilistici scandalistici sulla condizione della donna*, Napoli, 1996, 14. I. CORTI, *La sostituzione di maternità*, Milano, 2000, 6-7 osserva che il coinvolgimento di un'altra donna nella procreazione è «un fenomeno costante nella storia: ciò avveniva probabilmente in modo segreto, quando donne sterili convincevano sorelle o amiche ad avere un bambino con il loro marito per poterlo crescere come figlio proprio».

6 Come rileva, ad esempio, I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, II, 1481.

In primo luogo, dal contesto inteso in senso culturale, in cui si sta con sempre più forza affermando una nuova idea dell'autodeterminazione individuale, slegata da qualsiasi ancoraggio valoriale e a cui pare non potersi opporre alcun limite, ma che anzi contribuisce essa stessa all'implosione di ogni limite etico-morale proprio della cultura tradizionale. Questa nuova dimensione dell'individuo sovrano⁷ – amplificata dalle enormi potenzialità offerte dalla moderna tecnologia e rese disponibili dal mercato – incontra non poche resistenze⁸, proprio per questa irriducibile carica di «soggettivismo»⁹ in essa insita.

In secondo luogo, dal contesto inteso come spazio fisico in cui queste pratiche si svolgono. Un tempo esse erano relegate nella dimensione privata (nascosta, segreta) delle mura domestiche, in cui trovavano tutto quanto occorresse alla loro realizzazione (come accadeva – peraltro – anche per

7 Si veda, ad esempio, il testo di C. SHAVEL, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, *passim*. L'A., in particolare, sostiene che non solo la piena liceità del contratto di maternità per sostituzione, ma che la stessa previsione di un corrispettivo contrattuale serve ad ampliare la sfera di libertà della surrogata («la massima manifestazione della libertà della surrogata si ha quando essa fissa un valore economico alla sua attività procreativa» (ivi, 166). Sulle tesi di Carole Shavel cfr. la ricostruzione che ne fa I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, 24 ss.

8 Cfr. ad esempio, S. MANGIAMELLI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?* in *forumcostituzionale.it*, 2009. Cfr. inoltre A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. del dir., Annali VIII*, Milano, 2015, 322 ss. Ritengono, invece, fra gli altri, il diritto all'autodeterminazione una posizione di rilievo costituzionale che si concretizza nella libertà di disporre del proprio corpo S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, 73 ss., Id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 194 ss.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 122 ss. Per una posizione intermedia cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 38 ss.

9 Cfr., fra i tanti, R. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *www.federalismi.it*, 17/2013, 28 agosto 2013 che qualifica questo soggettivismo «esasperato». Scrive l'Autore: «Contrariamente all'avviso di quanti si fanno portatori di un'idea di dignità connotata da soggettivismo esasperato, assumendo che la definizione della stessa competa in via esclusiva a ciascun essere umano e risulti dunque per intero rimessa alla sua insindacabile autodeterminazione, per il tramite della quale ogni uomo possa attorno alla (e sulla) dignità edificare ad libitum il proprio progetto di vita, è piuttosto da ritenere che della dignità stessa si possa (e debba) ricercare un significato oggettivo, coerente col dettato costituzionale e idoneo ad apprestare un effettivo, sostanziale servizio al principio personalista. Una nozione di dignità che, perciò, naturalmente si volga verso i valori fondanti l'ordine costituzionale, dai quali possa ricevere luce e giustificazione, costituendo – come si è fatto, ancora da ultimo, notare da una sensibile dottrina (G. Silvestri 2013) – il “nucleo essenziale del principio personalista”».

altre questioni che turbano profondamente la società contemporanea, come quelle legate all'inizio e al fine vita¹⁰).

Compiendosi lontano dalla scena pubblica, esse sfuggivano ai grandi regolatori sociali della modernità che sono il diritto e il mercato. Nel contesto riservato delle mura domestiche trovavano la propria disciplina negli affetti privati, senza innescare il drammatico conflitto di valori che oggi suscitano. Ciò non vuol dire che la *self-regulation* 'socio-familiare' su cui erano fondate fosse in grado di risolvere tutti i problemi, a cominciare dalla strumentalizzazione/subordinazione del ruolo della donna fino ad arrivare alla tutela del nato contro forme di discriminazione e alle difficoltà di comporre i conflitti tra madre sociale e madre partoriente (che restavano, infatti, problemi irrisolti, come la stessa vicenda biblica di Abramo e della schiava Agor mostra chiaramente: la schiava rappresenta la condizione di una donna sottomessa e strumentalizzata e Sara, la moglie di Abramo, «la madre committente», entra in conflitto con Agor, madre gestante; una volta riuscita a partorire naturalmente, Sara chiede che la schiava venga cacciata di casa assieme al figlio Ismaene, discriminato quindi per non essere geneticamente suo figlio)¹¹.

Oggi queste vicende sono uscite fuori dalla dimensione privata¹², a seguito della medicalizzazione della vita che si è affermata dal dopoguerra ad oggi, che ha spostato tutto ciò che attiene alla dimensione biologica della persona, a cominciare proprio dalla riproduzione, dalla familiarità e riservatezza dei luoghi domestici allo spazio 'pubblico' degli ospedali¹³.

Questa dimensione trasparente ne accentua oltremodo la problematicità perché amplifica la portata dirompente del dominio della sovranità individuale, sempre più percepita come un grimaldello in grado di radicare il contesto valoriale tradizionale.

10 Come mostrato anche da racconti a sfondo sociale, queste vicende sono accolte con una consapevolezza e un'apertura che francamente sorprende il cittadino delle metropoli contemporanee. Nel contesto di società rurali, le questioni legate all'inizio e alla fine della vita (dalla sostituzione di maternità all'aborto, alle pratiche eutanasiche) sono slegate dalla tensione drammatica con cui siamo abituati a trattarle. Cfr. il bel romanzo di M. MURGIA, *Accabadora*, Torino, 2009, che si apre con la significativa descrizione dei «fillius de anima» cioè «i bambini generati due volte, dalla povertà di una donna e dalla sterilità di un'altra» (*Ibidem*, 3). Il libro è incentrato sulla figura dell'Accabadora, donna che sovrintende, nel contesto della una società rurale descritta nel romanzo, ai momenti di inizio e fine vita affrontati con impressionante modernità.

11 Proprio la vicenda biblica di Ismaele, allontanato dalla madre 'sociale' Sara (cfr. la nota 4), ci conferma la problematicità che queste pratiche hanno sempre avuto.

12 «Le colpe, come le persone, cominciano ad esistere quanto qualcuno se ne accorge», osserva lucidamente M. MURGIA, *Accabadora*, cit., IV di copertina.

13 Cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 260 ss.

3. Con il loro ingresso nella dimensione pubblica, queste vicende sono divenute oggetto di una duplice quanto contraddittoria forma di regolamentazione.

Innanzitutto, di quella predisposta dal diritto statale, che dà risposte differenti e articolate, a seconda della cultura giuridica, del sentire sociale e del catalogo assiologico scaturente dalle costituzioni nazionali; queste risposte oscillano tra imposizione di divieti e atteggiamenti tolleranti, anche se la soluzione interdittiva è, al momento, quella che trova una più ampia diffusione, almeno nell'Unione Europea.

In secondo luogo, contemporaneamente alle regolamentazioni statali, è intervenuta una forma di regolazione autonoma dai diritti nazionali, quella 'spontanea' e omogenea del mercato, strutturalmente priva di confini geografici e incapace di affrontare ogni questione valoriale, che si pone, pertanto, spesso, in aperto contrasto con le scelte politiche e giuridiche assunte dai singoli stati.

Oggi sono, infatti, offerte agli individui così tante possibilità di scelta per l'appagamento dei loro desideri procreativi che la programmazione di un figlio diventa qualcosa di assimilabile all'acquisto di un bene di consumo (si pensi, ad esempio, ai cataloghi presenti nelle cliniche che realizzano pratiche di fecondazione assistita in cui i genitori possono scegliere i gameti dei propri figli in relazione alle caratteristiche fisiche, sociali e attitudinali dei donatori¹⁴ o alle agenzie che fanno incontrare domanda e offerta di madri surrogate¹⁵), con tutto il senso di profonda inquietudine che ciò determina.

14 Cfr. A. GAMBINO, *Eterologa: donatori scelti da catalogo*, in www.avvenire.it/famiglia-e-vita/pagine/genitori-garantiti-figli-perfetti.

15 Scrive L. D'Avack, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc.1, 2017, 139 che, «stando ai dati riportati dall'American Society for reproductive medicine (reperibile al sito internet reproductivefacts.org) ogni anno più di 2 mila nati sono frutto di contratti di maternità surrogata negli Stati Uniti, e che il tasso d'incremento annuo è circa del 300 per cento. In India esistono oltre 3 mila cliniche che ogni anno praticano circa 1.500 maternità surrogate raggiungendo un fatturato di 2,5 miliardi. Per quanto riguarda l'Italia si stima in oltre 100 i bambini nati ogni anno da un accordo di surrogazione, realizzata (all'estero) nonostante il divieto della L. 40/2004». La commercializzazione della maternità surrogata non è tuttavia un fenomeno recentissimo, ma ha accompagnato questo fenomeno sin dalle sue primissime apparizioni intorno alla metà degli anni '80 dello scorso secolo. Cfr. sul punto C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, 1988, edizione italiana, Roma, 1997, 273, in cui si mette in luce che anche prima del noto caso baby M. negli Stati Uniti «sono state aperte delle agenzie di maternità surrogata e, secondo la stampa, sono stati fatti almeno 600 contratti, con almeno una donna che ha stipulato il portato a termine due contratti. Queste agenzie sono fonte di profitti; sembra che una di esse, nel 1987, abbia avuto un volume di affari di \$ 600.000 americani».

Il paradosso è che questa forma di regolazione, benché spesso in aperto conflitto con quella predisposta dai singoli stati nazionali che hanno inteso vietare il fenomeno (come ad esempio il nostro o quello francese), riesce, comunque sia, ad imporsi. I giudici, infatti, sono sempre più spesso posti di fronte al dato di fatto di figli nati da contratti di surrogazione realizzati in paesi ove ciò è consentito. I giudici nazionali (e quelli sovranazionali) sono così chiamati a regolare, in ultima istanza, il fenomeno, tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti e, come l'esperienza dimostra, soprattutto dell'interesse del minore – che non ha alcuna colpa per la modalità con cui è stato messo al mondo – a vedersi riconosciuta la propria identità e di non vivere in una famiglia in cui i genitori sono socialmente stigmatizzati come criminali¹⁶.

In una società in cui si sta sempre più affermando un modello di governo di ogni aspetto della vita sociale fondato sulla generalizzazione del mercato concorrenziale¹⁷, non si poteva immaginare che questo nuovo tipo di 'governamentalità', per dirla con Foucault, non si occupasse anche degli aspetti più intimi della vita umana, dalla commercializzazione degli ovuli e dello sperma, del corpo femminile a scopo riproduttivo, fino ad arrivare alla stessa reificazione delle identità sessuali e di genere¹⁸. È stato a tale proposito osservato che «Il corpo biopolitico moderno[...] non è più una superficie unidimensionale dove si inscrivono il potere, la legge e la punizione, ma piuttosto una densa interiorità dove la vita,

16 Cfr. ad esempio la Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 20-11-1989 [ratificata con la l. 27-5-1991, n. 176], secondo cui «in tutte le decisioni relative ai fanciulli e di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Sul punto cfr., da ultimo, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, *passim*.

17 M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al collège de France 1978-9*, Milano, 2015, *passim*. Per il neoliberalismo, sostiene M. FOUCAULT, «[...] il problema che si poneva non era affatto quello di sapere – come nel caso del liberismo alla Adam Smith, quello del secolo XVIII – in che modo, in una società politica stabilita, fosse possibile ritagliare e gestire uno spazio libero, come quello del mercato. Il problema del neoliberalismo, al contrario, è di sapere in che modo sia possibile regolare l'esercizio globale del potere politico in base ai principi di un'economia di mercato» (*Ibidem*, 115).

18 Come sostiene P.B. PRECIADO, *Testo tossico. Sesso, droghe e biopolitiche nell'era farmacopornografica*, 2008, trad. it. 2015, Roma, 142. Osserva S. NICCOLAI, *op. cit.*, che siamo di fronte a una «conferma e all'enfaticizzazione della 'libertà contrattuale' cara al liberismo dominante».

ma anche il controllo politico, avvengono nella forma dello scambio, del commercio e della comunicazione»¹⁹.

È in ciò che consiste l'essenza della biopolitica, volta al governo della vita e, dunque, del corpo degli uomini. Il governo del vivente²⁰ trova le sue forme di regolazione in nuove tecniche di «governamentalità» che si avvalgono, da un lato, dei meccanismi di mercato, dall'altro, di dispositivi di controllo²¹, facendo regredire lo spazio della legge che mostra la sua crescente inadeguatezza nella regolazione dei fenomeni sociali.

Da questo punto di vista ci troviamo in presenza di un altro chiaro segno della modifica della struttura del potere, sempre più indifferente al territorio²²: al tempo del neoliberalismo e della biopolitica, il paradigma classico della sovranità (fondato su governo e territorio, o meglio sul governo *del* territorio) appare sempre più obsoleto. Il potere, infatti, si manifesta attraverso «meccanismi sottili e mobili»²³ che si occupano «dell'amministrazione dei corpi e della gestione calcolatrice della vita»²⁴, innescando un potere diffuso, reticolare, circolare volto al governo di ogni aspetto, anche più intimo, delle esistenze individuali.

Come osservato dallo stesso Foucault, la «conseguenza dello sviluppo del biopotere è l'importanza crescente assunta dalla norma alle spese del

19 P.B. PRECIADO, *op. cit.*, 233, facendo propria la lezione di M. Foucault. Si veda, in particolare, M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I [1976], Roma, 2016, 127 il quale spiega che la biopolitica si rivolge alla popolazione, cioè al *bios*, investendo «il corpo, la salute, le modalità di nutrirsi e di abitare, le condizioni di vita, l'intero spazio dell'esistenza». Questo 'governo' del vivente attraverso il mercato si concretizza in maniera articolata. Da un lato, nella veicolazione di un messaggio 'commerciale', quello per cui il desiderio di genitorialità si soddisfa attraverso un figlio geneticamente legato (anche se, in alcuni casi, solo parzialmente), con i suoi genitori, secondo le ordinarie leggi del *marketing*, cioè creando un bisogno che non può essere altrimenti soddisfatto (ad esempio con l'adozione). Dall'altro, offrendo servizi commerciali per la realizzazione di questo desiderio, cioè attraverso la predisposizione di apposite agenzie che fungono da intermediari fra le due madri, che cercano le donne gestanti, ne garantiscono l'affidabilità sul piano fisico e psichico, che offrono alla coppia committente tutti i necessari servizi di consulenza, anche legale, presenti nei paesi dove queste pratiche sono permesse.

20 Per usare il titolo di un'opera di M. FOUCAULT, *Del governo dei viventi. Corso al Collège de France 1979-1980*, Milano, 2014.

21 M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, cit., 125 ss.

22 Territorio che, secondo importanti ricostruzioni giuspubbliciste, ha rappresentato lo stesso fondamento dell'ordinamento giuridico. Cfr., a tale proposito, C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Milano, 1991, *passim*.

23 M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, cit., 77.

24 *Ibidem*, 123.

sistema giuridico della legge»²⁵, intendendo la norma come regola del caso concreto. La dimensione giuridica così come la conosciamo è entrata «in una fase di regressione»²⁶, trascinando con sé la stessa imperatività dei codici e delle costituzioni.

Se la regolazione della vita è diventata un terreno che sfugge sempre più alla legge generale ed astratta, non sfugge però al giudice, capace al contrario di integrarsi con elasticità con tutti i nuovi sistemi (dispositivi, per usare il linguaggio di Foucault) di regolazione sociale (da quello del mercato a quello rappresentato dal potere medico) che oramai governano le esistenze individuali. Il potere giurisdizionale, anzi, si rivela sempre più essenziale in una società dominata dal paradigma biopolitico neoliberale²⁷.

L'accresciuto ruolo del giudice²⁸ trova, dunque, la sua spiegazione proprio nella progressiva attrazione della regolazione di ogni fenomeno sociale da parte del mercato e della tecnica²⁹. Se si determina una riconduzione di ogni aspetto della vita umana ad una relazione di scambio, è chiaro che aumentano esponenzialmente i micro conflitti individuali (fra consumatori e produttori) i quali invocano proprio l'intervento del potere destinato a risolverli, cioè di quello giurisdizionale³⁰.

25 M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, cit., 126

26 *Ibidem*.

27 Scrive significativamente W. Ropke, uno dei teorici del neoliberalismo, con specifico riferimento all'economia, ma delineando una tendenza di portata più generale, che si è realizzata non solo con riferimento al settore economico, «Oggi è opportuno fare dei tribunali, molto più che in passato, gli organi dell'economia, di affidare alla loro decisione compiti che sinora erano assegnati alle autorità amministrative» citato in M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al collège de France 1978-9*, cit., 149.

28 Come osservato da L. CHIEFFI, *Introduzione. Prospettive di dialogo tra scienza e diritto*, in Id. (a cura di), *La medicina nei tribunali*, Bari, 7 ss., 13, i giudici diventano «legislatori interstiziali del caso concreto». Cfr., in proposito, Id., *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in *Questione giustizia*, 2016, 198 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, 2016, *passim*. Sul ruolo del giudice nelle società multiculturali cfr. I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012, *passim*.

29 Scrive M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 115, «[...] il problema che si poneva non era affatto quello di sapere – come nel caso del liberismo alla Adam Smith, quello del secolo XVIII – in che modo, in una società politica stabilita, fosse possibile ritagliare e gestire uno spazio libero, come quello del mercato. Il problema del neoliberalismo, al contrario, è di sapere in che modo sia possibile regolare l'esercizio globale del potere politico in base ai principi di un'economia di mercato».

30 Osserva lucidamente L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le due culture*, in L. Chieffi - J. R. Salcedo Hernández (a

Sempre più spesso, pertanto, i giudici rappresentano l'ultimo elastico anello di un complesso sistema di regolazione che sfugge alla legge e agli stessi divieti (spesso addirittura presidiati da sanzioni penali) posti dal diritto degli stati nazionali. In un contesto sempre più globale e aperto è evidente che ai giudici, in ultima istanza, si chiede di risolvere i sempre più numerosi conflitti che emergono dalla sostanziale «liberalizzazione» di queste pratiche, prodotta dalla 'spontanea' regolazione del mercato, dal dominio della tecnica e delle sovranità individuali. Il ruolo della legge finisce così per diventare ancora più sussidiario e ancillare, essendo costretta a inseguire processi che non riesce né a dirigere, né a controllare. Questi fenomeni, infatti, non sono più riconducibili nell'alveo delle categorie giuridiche classiche e si sottraggono, così, anche alla forza normativa del catalogo assiologico dettato dalle costituzioni, che continuano da decenni a vedere sempre più ridotta la loro effettività, non solo in materia di governo dell'economia³¹.

È stato a tale proposito osservato che «La lacunosità o, in altra direzione, l'inidoneità della legislazione sino ad ora elaborata, ha [...] costretto il giudice adito, in presenza di un inderogabile divieto di *non liquet*, a svolgere una attiva opera di attenta ricostruzione del quadro normativo di riferimento che gli consentisse di rinvenire comunque la soluzione del caso di specie, non potendo in alcun modo rinunciare di "dare conto" della esistenza o meno del diritto a chi lo interpella»³².

Sui giudici, dunque, finisce, inevitabilmente, il compito di regolare questa realtà complessa, interpretando i fatti, dando risposta ai desideri, interessi e bisogni individuali attraverso un bilanciamento –che non può che essere *ex post*– dei diritti, dei principi e dei valori costituzionali, in modo

cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Sesto San Giovanni (Mi), 2015, 177, che si è avuta «una sorta di deriva giurisdizionale della vita quotidiana che sembra oramai costantemente accompagnare alcune delle scelte più intime compiute dall'essere umano, per essere legate alla riproduzione o alle decisioni di fine vita».

31 Cfr. M. LUCIANI, *L'anti sovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1/1996, 124-188. Ma vedi, più di recente, Id., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2, 1-20. Scriveva M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 8, che «Si tratta di sapere se sia ancora perseguibile la pretesa di fornire attraverso la Costituzione un quadro morale e razionale al discorso politico, conformando l'ordine sociale e istituzionale complessivo per mezzo di principi e regole che limitino ed orientino (e dunque, con ciò stesso, rendano conoscibile) il potere in tutte le sue forme, pubbliche e private».

32 L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, cit., La citazione riportata nel testo si trova a pagina 199.

da riportare quanto sfugge al dominio della legge in armonia con la Costituzione, nel tentativo di recuperare, in qualche modo, a valle, nel dettare la regola del caso concreto, l'effettività dei principi e dei valori costituzionali.

4. Come osservato, in un periodo storico in cui il mercato è assunto a paradigma di governo della vita sociale, il compito del legislatore diventa sempre più complesso, perché ogni divieto può essere eluso, ogni regola aggirata, ogni principio fissato dal diritto positivo ribaltato nel suo opposto. È per questo che la disciplina posta dalla legge n. 40 del 2004, che si è limitata ad introdurre un divieto di maternità surrogata, non pare aver fatto i conti con il contesto storico sociale. Si tratta, infatti, di un divieto che in realtà vieta ben poco, come dimostrato dai casi sempre più frequenti di concittadini che fanno ricorso a questa pratica nei paesi in cui è consentita, che poi chiedono, ed ottengono, il riconoscimento del loro *status* di genitori in Italia.

Dal punto di vista culturale, è chiaro che l'impostazione complessiva della legge 40 è legata ad un'idea conservatrice della società e del ruolo del diritto, perché si fonda sulla fallace convinzione che la legge possa «artificialmente» ripristinare l'ordine naturale scardinato dai progressi tecnologici, con un semplice intervento impositivo, volto a far coincidere l'area di liceità con quella della (superata) naturalità.

Questa impostazione ha manifestato tutta la sua inefficacia con riferimento alla disciplina della fecondazione assistita. Come è noto, nel corso degli anni è stata più volte giudicata incoerente con i principi e i valori costituzionali dal giudice delle leggi³³. Questa legge ha rappresentato un chiaro esempio di uso (ideologico e) proibizionista del diritto, al fine di riaffermare la naturalità dei processi procreativi. La legge numero 40 del 2004, infatti, si fondava sulla «volontà di custodire un diritto legato unicamente alla natura», ritenendo che il compito della regola giuridica fosse

33 Cfr. le sentenze della Corte Costituzionale n. 151 del 2009; n. 162 del 2014; n. 96 del 2015 che hanno annullato rispettivamente l'obbligo di contemporaneo impianto dei tre ovociti, il divieto di fecondazione eterologa e il divieto di indagine preimpianto. Cfr. inoltre la sentenza n. 84 del 2016 che non ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di sperimentazione sugli embrioni. Sulla legge n. 40 e sulla successiva giurisprudenza costituzionale la letteratura è vastissima. Cfr., fra i tanti, L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le due culture*, in *federalismi.it*, n. 21/2015; Id., *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati a seguito di indagine pre-impianto*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2015, 2111; A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in *Quad. Cost.*, n. 4/2015, 997 ss.; Id., *Quel che resta della legge 40*, in *Biolaw Journal*, n. 2/2014, 1 ss.; anche per una prospettiva comparata, L. Chieffi - J. R. Salcedo Hernández (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, cit.

quello «di ricostruire artificialmente il vincolo scomparso»³⁴. A distanza di quasi tre lustri dalla sua approvazione si può agevolmente affermare che si è trattato di una «forzatura impossibile»³⁵.

L'insegnamento che dovrebbe trarsi dalla giurisprudenza costituzionale in tema di fecondazione assistita è che il compito del diritto non dovrebbe essere quello di riaffermare imperativamente la vigenza della legge di natura³⁶ (compito peraltro irrealistico in un mondo sempre più globalizzato in cui il turismo, dunque la mercificazione, dei diritti è sempre più diffuso³⁷). Anzi, come messo in luce nella sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale, spesso i divieti in queste materie rischiano di trasformarsi in odiose discriminazioni di carattere sociale, poiché le pratiche vietate, alla fine dei conti, finiscono col restare precluse solo a chi non ha la capacità economica per realizzarle all'estero.

Un intervento legislativo, per essere efficace e per tentare di bilanciare effettivamente il quadro valoriale sancito dalla Costituzione, dovrebbe pertanto rifuggire dalle posizioni «ideologiche»³⁸, cercando di comprendere la rilevanza dei cambiamenti, che hanno modificato «profondamente il quadro di riferimento del giurista»³⁹. Le tecnologie concernenti la riproduzione artificiale, e le vicende legate alla gestazione per altri, infatti, non si prestano né ad essere lette con le consolidate categorie⁴⁰, né ad essere ricondotte dal diritto al rispetto dell' 'ordine' naturale della riproduzione. Osservava limpidamente Rodotà nel 1989⁴¹ che queste vicende «non possono essere valutate con la presunzione autoritaria del giurista di bloccare la dinamica in corso». Perché l'intervento sia efficace, infatti, il legislatore «deve essere ben consapevole dei limiti del suo intervento, altrimenti condannato ad essere eluso o a diventare ulteriore elemento di conflittualità»⁴².

34 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 285.

35 *Ibidem*.

36 S. RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, 137.

37 Cfr. A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. del dir.*, *Annali VIII*, Milano, 2015, p. 263 ss., in part. 322 ss.

38 S. RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, cit., 137.

39 *Ibidem*.

40 Basti citare per tutti il caso del disconoscimento di paternità. Il codice civile si è spesso manifestato inadeguato a disciplinarne i tratti peculiari che distinguono la procreazione naturale cui questo codice si riferiva da quella artificiale.

41 RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, cit., 137.

42 *Ibidem*.

D'altro canto, di fronte alla densità valoriale sottesa alla pratica in questione, ineluttabilmente, la dimensione morale e quella giuridica hanno il compito di porre dei limiti, affinché le potenzialità offerte dalle nuove tecnologie non si traducano in violazione della dignità e in inaccettabili strumentalizzazioni della donna o dei bambini. Il diritto, infatti, non può abdicare alla sua funzione di orientamento e di bilanciamento dei valori che sono alla base del patto costituzionale, rendendo lecito tutto ciò che è tecnicamente possibile, solo perché vietare è inefficace.

Proprio la complessità di questo fenomeno richiederebbe una risposta del diritto poco generale e astratta e il più elastica possibile: in altri termini, mite⁴³, cioè «lasciando margini alla scelte individuali dei soggetti coinvolti»⁴⁴.

Le risposte, tuttavia, non sono semplici perché la legge è costretta a muoversi nello stretto percorso che si colloca tra l'inutilità o l'inefficacia dei divieti e l'inaccettabilità etica di una liberalizzazione di tutto ciò che è tecnicamente possibile, che si porrebbe in contrasto con il quadro valoriale previsto dalla Costituzione repubblicana, dalla Carta di Oviedo e dalla Carta di Nizza.

5. La disciplina di questo fenomeno è tanto più delicata in quanto la pratica in questione non si presta a letture generalizzanti, perché essa è il prodotto della combinazione di molti elementi (da un lato, le oramai enormi possibilità offerte dalla tecnica; dall'altro, gli scopi e i desideri delle persone coinvolte), la cui composizione può dare luogo a una pluralità di ipotesi, ognuna singolare. Anche piccole variazioni, infatti, contribuiscono a rendere molto diversi i casi, condizionando così, in modo rilevante, la loro valutazione sociale, morale e, dunque, giuridica.

Innanzitutto, come è stato rilevato in dottrina⁴⁵, essa può assumere una forma totale, detta anche eterologa o gestionale, se l'ovulo non è della madre che assume il compito di portare a termine la gravidanza (ma di una donatrice o anche della stessa madre committente). In tali ipotesi, come

43 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, *passim*. Sulla necessaria mitezza delle leggi in materia bioetica cfr. ultimo A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit.

44 A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., 25.

45 Cfr. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016; 1 ss.; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionale privatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *Genius*, anno II, n. 1, giugno 2015, 160 ss.; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, II, 1479 ss.

mostrato dal noto caso statunitense «in re Marriage of Buzzanca»⁴⁶, si può avere un neonato con ben cinque potenziali genitori, in cui può diventare complesso comprendere chi sia il genitore dal punto di vista legale⁴⁷.

Oppure possiamo avere una forma «parziale» di maternità surrogata, detta anche tradizionale od omologa, quando cioè la madre surrogata non solo porta a compimento la gravidanza, ma mette anche a disposizione il suo ovulo. In quest'ultimo caso, il legame tra madre surrogata e neonato è doppio (non solo determinato dalla gestazione, ma anche genetico).

Un'altra importante distinzione è poi rappresentata dalla gratuità od onerosità dell'accordo. Esso può essere realizzato dalla madre surrogata per finalità lucrative; in questo caso è evidente il rischio della mercificazione del corpo della donna. Oppure il gesto della donna può essere ispirato a finalità solidaristiche, per aiutare qualcuno con cui si è legati da una relazione affettiva a realizzare il proprio progetto procreativo. In quest'ultimo caso l'accordo dà luogo ad un comportamento socialmente accettato, tanto è vero che alcune legislazioni prendono atto di questo aspetto ammettendo la maternità surrogata a condizione che non abbia uno scopo lucrativo (si pensi alle legislazioni canadese o britannica⁴⁸).

46 In questo caso il giudice di prime cure ritenne che nessuno dei partecipanti all'accordo fosse il genitore legittimo della bambina nata da maternità surrogata. Cfr. *Re Buzzanca*, *Suoperior Court of California, Family Law Division*, in *Fam. dir.*, 1997, 405 con nota di V. CARBONE, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità. Il caso baby J*.

47 In particolare: la madre che lo ha partorito, la madre genetica, la madre sociale o committente che lo ha voluto, più il padre genetico ed il padre sociale. Un caso, questo, che in primo grado si chiuse con una decisione sorprendente, definita *an extraordinary conclusion* dalla stessa corte suprema in sede di appello: il giudice di prime cure stabilì che nessuna delle persone che avevano contribuito a questa nascita poteva assumere il ruolo di genitore legale.

48 Il Regno Unito e il Canada ammettono la surrogazione di maternità, a fini altruistici o solidaristici, vietando solo quella realizzata a fini commerciali, salvo però consentire un indennizzo. Indennizzo che, come osserva S. NICCOLAI, *op. cit.*, 21, nt. 42, renderebbe sfumato il confine tra ciò che è oneroso e ciò che non lo è. Cfr. il *Surrogacy Arrangement Act* adottato nel Regno Unito nel 1985, fondato sul Rapporto Warnock (*Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embriology*, H.M.S.O., London, 1984). Cfr., sul punto, B. MOLASCHI, *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 524. Come evidenziato da I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, 218 «potrebbe rivelarsi utile l'esempio inglese per il quale, se la madre sostituita consegna il bambino alla madre sociale (sia essa geneticamente legata al nato oppure no, ma in questo caso per ragioni esaminate deve esserlo padre) l'ordinamento ha predisposto un iter idoneo al riconoscimento

Questa pratica poi può essere utilizzata da coppie tradizionali, omosessuali e anche da single. Secondo il modo concreto di articolarsi di questi elementi, la maternità surrogata ha suscitato reazioni profondamente diverse.

Nel 1989, nel noto caso deciso dal Tribunale di Monza⁴⁹, relativo ad un accordo oneroso di maternità surrogata non adempiuto spontaneamente, il giudice non esitò a dichiarare nullo il contratto per illiceità della causa, affermando innanzitutto che l'interesse alla procreazione non fosse giuridicamente protetto e che non potesse, di conseguenza, assurgere al rango di diritto costituzionale perché «la Carta non riconosce un vero e proprio diritto alla procreazione come aspetto particolare del più generale diritto della personalità». Risolutivamente, il tribunale, richiamando l'articolo 5 del codice civile, affermò che l'atto dispositivo del proprio corpo, implicato dal contratto di maternità, «è comunque contrario alla legge, all'ordine pubblico e, almeno in caso di onerosità, anche al buon costume».

Ad inizio anni '90, il Tribunale di Salerno, ha ribadito l'illiceità del patto, anche se ha poi fatto prevalere il superiore interesse del minore acconsentendo alla adozione del nato da parte della madre committente, in quanto moglie del padre biologico, che aveva contribuito alla nascita con il proprio seme⁵⁰.

A conclusioni opposte è giunto 10 anni dopo il Tribunale di Roma con riferimento ad un'ipotesi di maternità surrogata in cui la madre surrogata era un'amica di famiglia che si era resa disponibile – senza chiedere alcun compenso – a portare a termine la gravidanza in virtù del suo legame affettivo con la coppia⁵¹.

Questo caso ha avuto il pregio di mettere in chiara luce che la maternità surrogata è un fenomeno difficilmente riconducibile ad unità. Essa, infatti, come scrisse il giudice capitolino, «ben può essere testimonianza di solidarietà familiare, determinata cioè non da motivi di lucro ma dall'intento, degno di essere preso in considerazione e tutelato, di soddisfare il bisogno di maternità di una donna alla quale, per diversificati motivi, sarebbe invece negato». Il giudice si è dunque chiesto come potesse essere «vietato

legale dei genitori committenti; nel caso, invece, in cui la madre cambi idea e voglia trattenere il bambino tale diritto non potrà essere negato».

49 Tribunale di Monza, 17 ottobre 1989.

50 Tribunale minorile di Salerno, decr. 15 novembre 1991; corte di appello di Salerno, sez. min., decr. 25 febbraio 1992; cfr. il tribunale per i minorenni di Roma, decreto 31 marzo 1992 che egualmente acconsentì all'adozione, ma senza stigmatizzare la nullità del contratto.

51 Si noti, inoltre, che in questo caso i gameti appartenevano entrambi alla coppia committente.

aprioristicamente» un «consenso finalizzato a tale risultato, concesso nel rispetto delle condizioni di vita e di salute della madre surrogata, non mosso da intenti speculativi, di commercializzazione, fondato sull'interesse di soddisfare esigenze che a volte trascendono la sfera individuale».

Da ciò la necessità, rilevata dal tribunale, di «esaminare ogni situazione, nella sua complessità e singolarità, muovendo da quel bilanciamento di interessi che porta provvedimenti ponderati, rispettosi delle vicende umane e dei valori fondamentali della persona»⁵². Generalizzando, infatti, non si riescono a cogliere le tante sfumature del fatto sociale della maternità surrogata e la sua intrinseca complessità⁵³.

5.1 Come mostrato dalla più recente giurisprudenza, il divieto generalizzato, tutt'altro che mite, previsto dalla legge n. 40 del 2004 non è stata un'argine né rispetto al ricorso alla maternità surrogata da parte di cittadini italiani, né ha rappresentato un ostacolo al riconoscimento dello *status* di genitore acquisito oltre i confini. Anzi, si deve rilevare che, in modo solo apparentemente paradossale, i casi implicanti una maternità surrogata sottoposti all'attenzione dei giudici sono aumentati proprio dopo la previsione del divieto. Questo perché è notevolmente aumentata la domanda di questa pratica (da parte di coppie eterosessuali, di coppie omosessuali e di single), sostenuta da un sensibile cambiamento del sentire sociale che non la considera più eticamente inaccettabile.

Occorre tenere presente che sul punto ha avuto una importanza notevole la giurisprudenza della Corte EDU che, nella sentenza *Paradiso e Campanelli contro Italia* del 27 gennaio 2015 e, prima ancora, in due sentenze rese contro la Francia (le sentenze gemelle *Menesson c. Francia* e *Lambassee c. Francia* del 26 giugno 2014⁵⁴), ha chiarito che in questi casi è il minore il soggetto debole della vicenda per cui la questione fondamentale non riguarda tanto i mezzi attraverso cui si è arrivati alla sua procreazione ma è quella di tutelare la sua identità, eliminando lo stato di incertezza giuridica che minaccia la sua

52 Ordinanze del Tribunale di Roma, 17-2-2000 e 27-3-2000, in *Giur. It.*, 2001, I, 2, 300, con nota di NATOLI, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*; *Fam. e Dir.*, 2000, 151, con nota di DOGLIOTTI, *Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*,

53 Cfr. S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016.

54 La Cedu, nella sentenza del 26-06-2014, ha affermato che il divieto di maternità surrogata, vigente nell'ordinamento francese, pur non costituendo una violazione del diritto della coppia genitoriale al rispetto della vita privata, si risolve in una violazione del diritto dei figli, nati con questa tecnica procreativa, al rispetto della loro vita familiare e si pone pertanto in contrasto con l'art. 8 della convenzione

identità, attraverso il riconoscimento della figura genitoriale. La Corte sovranazionale ha inoltre osservato che lo stesso concetto di ordine pubblico trova il proprio limite nella prevalenza dell'interesse superiore del minore, per cui se è vero che gli Stati dispongono di un ampio margine di apprezzamento per quanto attiene la disciplina della maternità surrogata, tale discrezionalità si restringe nella misura in cui è coinvolto l'interesse del minore.

I giudici nazionali hanno così ammesso la trascrizione dell'atto di nascita del nato da due madri o da due padri, riconoscendo il loro *status* di genitori e, in altre circostanze, hanno acconsentito alla richiesta di adozione da parte del partner del genitore anche in assenza di un legame biologico con il nato⁵⁵.

La Cassazione del 2016⁵⁶ ha accolto la domanda volta ad ottenere la trascrizione dell'atto di nascita di un figlio nato all'estero da due madri. Richiamandola sentenza della Corte Costituzionale in materia di fecondazione eterologa, nella parte in cui chiarisce che nella materia in esame esiste un importante spazio di intervento per la discrezionalità del legislatore, la Cassazione ha desunto che non esiste un vincolo costituzionale preciso che possa impedire la trascrizione dell'atto di nascita all'interno del nostro ordinamento⁵⁷. La nozione di ordine pubblico, infatti, deve essere circoscritta solo a quei principi supremi che il legislatore non potrebbe in alcun modo violare, non potendo essere invece integrata da leggi che rappresentano scelte frutto di contingenze, del tutto rivedibili in futuro dallo stesso legislatore⁵⁸. Impostazione del tutto coerente con la giurisprudenza CEDU

55 Ad esempio, il tribunale per i minorenni di Roma, con sentenza del 23 dicembre 2015, con riferimento ad una coppia omosessuale maschile che era ricorsa alla maternità surrogata in Canada ha ammesso l'adozione da parte del partner convivente del padre biologico, riconoscendo così la doppia genitorialità di due persone del medesimo sesso.

56 Cass., I sezione civile, sentenza, 30-09-2016, n. 19599.

57 Osserva la Cassazione, nel punto 10 della motivazione, che «Se è ampia la discrezionalità del legislatore nella concreta disciplina della materia, ciò significa che non esiste un vincolo costituzionale dal punto di vista dei contenuti, ed allora non si può opporre l'ordine pubblico per impedire l'ingresso nell'ordinamento interno dell'atto di nascita di T., solo perché formato all'estero secondo norme non conformi a quelle attualmente previste dalle leggi ordinarie italiane, seppure imperative, ma astrattamente modificabili dal legislatore futuro».

58 Prosegue la suprema corte (punto 10 della motivazione) osservando che «L'atto di nascita straniero (valido, nella specie, sulla base di una legge in vigore in un altro paese della Ue), da cui risulti la nascita di un figlio da due madri (per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito), non contrasta, di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla l. n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili

e con quella delle corti di legittimità di paesi con tradizioni giuridiche simili alla nostra, che ammettono il riconoscimento degli atti di nascita formati all'estero in conformità con la *lex loci*⁵⁹.

Nel solco tracciato da questa sentenza della Suprema corte si sono incamminati i giudici di merito. Ad esempio, la Corte d'Appello di Milano⁶⁰ ha ammesso il riconoscimento dell'atto di nascita formatosi all'estero, nello stato della California, che attribuiva lo *status* di genitori a due uomini, affermando che ciò è conforme all'interesse dei minori nati da maternità surrogata, orientato alla conservazione di una identità personale già legittimamente acquisita all'estero. Né il divieto della maternità surrogata, né l'assenza di legami genetici tra i bambini con uno dei due genitori, sono stati considerati di ostacolo al riconoscimento, sulla base della considerazione che ormai la genitorialità non è più solamente quella frutto del legame genetico e biologico, ma si fonda anche sulla consapevole assunzione della responsabilità di genitore⁶¹.

Anche la recente decisione della Corte d'Appello di Trento⁶², che ha confermato l'efficacia, nel nostro paese, del riconoscimento del rapporto

modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate».

59 Cfr. la Corte di cassazione federale tedesca 10 dicembre 2014; la Corte di cassazione francese, assemblea plenaria, 3 luglio 2015, n. 620 e la Corte federale svizzera, 21 maggio 2015, n. 748/2014.

60 Corte d'Appello di Milano, 28 ottobre 2016. Cfr. il commento di A. SCHILLACI, *Passo dopo passo, il diritto si avvicina alla vita: la Corte d'Appello di Milano ordina la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelli nati grazie alla gestazione per altri*, in www.articolo29.it.

61 È stato osservato che la regola dettata dall'art. 269 c.c., che individua la madre nella partoriente, risulta difficilmente applicabile alla maternità surrogata, perché in questo caso si deve fare riferimento «a chi ha concorso alla fecondazione e quindi alla creazione dell'embrione» (così G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, RDC, 2005, I, 104). Il contributo che dà la madre surrogata «non sembra equiparabile alla creazione dell'embrione se è vero che nell'embrione vi è già tutta l'essenza dell'individuo futuro» (*Ibidem*). Cfr. inoltre ID., *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, RDC, 2005, I, 334 e ID., *Scienza, diritto, vita umana*, *ivi*, 2002, I, 25 ove afferma che non può «esser considerata madre la donna che ospita l'embrione alla cui formazione non ha concorso». Dovrebbero pertanto essere gli elementi della volontà e della responsabilità ai quali può ricollegarsi, in questi casi, l'assunzione della funzione genitoriale (cfr. G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in *Gruppodipisa.it*, 22 ss.), facendo prevalere il principio del consenso e della responsabilità, in casi e circostanze determinate, sul principio riconducibile alla verità biologica.

62 Corte d'appello di Trento, ordinanza del 23-02-2017.

genitoriale tra due minori nati da una gestazione per altri nell'ambito di una coppia costituita da due uomini, mostra come la nozione di genitorialità sia modificata e non possa più basarsi sul solo dato biologico⁶³.

Lo stesso giudice penale, dal canto suo, è sempre più restio a condannare per reato di alterazione di stato i genitori cd. committenti che chiedono il riconoscimento del loro *status* genitoriale dopo aver fatto ricorso all'estero a pratiche di maternità surrogata o perché il reato di alterazione di stato presuppone una falsa dichiarazione che non viene riscontrata⁶⁴ oppure, laddove la falsa dichiarazione sia stata resa, proprio per l'irrelevanza del metodo di concepimento della prole quale presupposto per il riconoscimento della maternità e della paternità⁶⁵.

63 La corte ha escluso «che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto deve essere considerata l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico». Da rilevare che il giudice trentino ha ridimensionato la portata della sentenza del 27 febbraio 2017 della Corte EDU, mettendo in evidenza la singolarità del caso di specie e la circostanza che in quel caso era stata violata la stessa *locus*, che richiede per la maternità surrogata che almeno uno dei due gameti provenga dalla coppia committente.

64 Cass. sezione V penale, sentenza del 10-03-2016, n. 13525 secondo cui «Non integra il reato di alterazione di stato la circostanza che all'estero (nella specie, in Ucraina) una coppia italiana abbia reso all'autorità consolare dichiarazione di nascita di un bambino ivi nato, e di cui risultano essere i genitori alla stregua dell'atto di nascita, redatto conformemente alla legge locale, e quindi trascritto in Italia, pur se solo l'uomo è il padre anche biologico, in quanto la nascita è avvenuta a mezzo di maternità surrogata, con l'utilizzo di gameti femminili estranei alla coppia (la corte ha anche escluso — pure confermando la sentenza di merito — il reato di cui all'art. 495 c.p., presupponente una falsa dichiarazione, nella specie non intervenuta)».

65 Tribunale di Varese, sentenza dell'8-10-2014, secondo cui «La richiesta di trascrizione in Italia degli atti di nascita di minori, formati in Ucraina e attestanti, conformemente alla legge locale, che ne sono genitori la coppia italiana richiedente la trascrizione medesima, mentre solo il marito è padre anche biologico e la nascita è avvenuta a mezzo di maternità surrogata, integra solo astrattamente il reato di cui all'art. 495 c.p., in quanto, a seguito delle due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 giugno 2014, è divenuto irrilevante il metodo di concepimento della prole, quale presupposto per il riconoscimento della maternità e paternità, sicché la su richiamata richiesta di trascrizione, pur non conforme al vero, è però inidonea a vulnerare l'interesse legalmente tutelato, la veridicità dell'attestazione, e costituisce un falso innocuo, non punibile».

5.2 Come si può rilevare da questo breve *excursus* della giurisprudenza in materia, molteplici sono le situazioni giuridiche coinvolte. La questione della maternità surrogata è posta al crocevia di una pluralità di diritti costituzionali il cui bilanciamento è di estrema delicatezza.

Da un lato, abbiamo l'interesse a diventare genitore che assurge al rango di un vero e proprio «diritto a procreare» o «diritto alla libertà procreativa». Dall'altro lato, abbiamo la tutela della dignità umana, che si frappone come limite insormontabile alla disponibilità del corpo femminile, cioè di quel corpo che si presta a diventare strumento per la soddisfazione di questo interesse. *Last but not least* abbiamo gli interessi, sempre costituzionalmente protetti, del nato, il quale ha certamente il diritto alla propria identità personale, il diritto di conoscere le proprie origini genetiche, il diritto di acquisire una nazionalità e il diritto ad una vita familiare.

Le disposizioni costituzionali interessate sono pertanto molteplici. Innanzitutto, rileva il richiamo all'articolo 29, il quale riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio; all'articolo 30, che riguarda i doveri e i diritti dei genitori nei confronti dei figli, anche se nati fuori del matrimonio; all'articolo 31, il quale agevola la formazione della famiglia e, al secondo comma, «protegge la maternità». Imprescindibili sono, inoltre, sia l'articolo 2 della Costituzione, che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, sia l'articolo 32 e 13 della Costituzione, che tutelano, rispettivamente, la salute come fondamentale diritto dell'individuo e la libertà personale⁶⁶.

Elemento centrale del dibattito è rappresentato dal diritto a procreare e dalla ricerca dei suoi limiti. Se è indiscutibile che la procreazione rappresenti «uno dei bisogni innati nell'essere umano»⁶⁷ e che procreare configuri una libertà di rilievo costituzionale⁶⁸, come la Corte Costituzionale ha da

66 Questi articoli vengono in rilievo sotto due aspetti: sia come tutela della salute della madre surrogata, che compie un atto di disposizione del proprio corpo, sia come tutela della salute della madre committente, nella misura in cui questa non sia fertile e quindi incapace di avere figli e questo aspetto rientra in un'ampia accezione di salute. Rileva inoltre l'art. 13 Cost., che si pone come fondamento della autodeterminazione, in un duplice senso: fondamento della libertà o del diritto di procreare della madre e del padre committenti, fondamento della libertà di disposizione del proprio corpo da parte della gestante. Sulla libertà di disposizione del proprio corpo cfr. R. ROMBOLI, *Persone Fisiche*, in *Comm. codice civile Scialoja-Branca*, sub. Art. 5, Bologna-Roma, 1988, 225 ss. Sulla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 471 del 1990 cfr. Id., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo del suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*, in *foro it.*, 1991, I, 15 ss.

67 L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, 264.

68 Secondo G. ZAGREBELKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 138, il diritto a procreare non solo esiste, ma è «uno tra i diritti primordiali dell'uomo».

tempo efficacemente affermato⁶⁹, occorrerebbe chiarirne con precisione il contenuto, così come i limiti che il legislatore può legittimamente porre al suo esercizio per la salvaguardia di ulteriori interessi di rango costituzionale.

I diritti procreativi sono indubbiamente una manifestazione dell'autodeterminazione dell'individuo, intesa quale strumento per realizzare il proprio autogoverno. Affermare che la procreazione è una scelta di libertà che non può essere arbitrariamente condizionata non significa certo concludere che non può essere soggetta a limitazioni. Questo perché, al pari di ogni diritto, deve essere ragionevolmente bilanciato, nel senso che non può essere considerato «una monade autoreferenziale», ma come un diritto che, al pari degli altri, «vive in una dimensione relazionale, di reciproco riconoscimento»⁷⁰.

Un aspetto importante da mettere in evidenza è rappresentato dalla questione relativa alla titolarità di questo diritto, se esso spetti cioè all'individuo in quanto tale oppure alla coppia.

Il divieto legislativo della maternità surrogata, nonché l'ammissione alle tecniche di fecondazione assistita solo per le coppie eterosessuali, con esclusione anche della donna single, è certamente espressione di un'impostazione del legislatore volta a prendere in considerazione l'interesse del minore⁷¹ ad

69 Corte Cost. n. 332 del 2000. In tale decisione la consulta si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della legge n. 64/1942 (Modificazioni alle leggi di ordinamento della regia Guardia di finanza) per la quale l'essere «senza prole» rappresentava uno dei requisiti in assenza dei quali non si poteva essere reclutati nel Corpo della Guardia di finanza. Nell'annullare questa limitazione, il giudice delle leggi ha fatto esplicito riferimento proprio al «diritto a procreare», chiarendo che «un divieto siffatto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 Cost. l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata[...]. Il contrasto della disciplina impugnata con gli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione sussiste, non potendosi ravvisare, neppure nella delicata fase del reclutamento e dell'addestramento, un'esigenza dell'organizzazione militare così preminente da giustificare una limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore, sia pure prevista ai limitati fini dell'arruolamento e dell'ammissione ai reparti di istruzione»

70 A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in *Il governo del corpo*, cit., 1342-3.

71 A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1352-3 per cui «l'interesse del minore, del nato, del concepito, può costituire un limite ad una piena realizzazione del diritto di procreare (e, in generale, di essere genitori), e di alcune sue forme di estrinsecazione, anche oltre la dimensione oggettivamente prioritaria della tutela della vita; e questo, ovviamente, vale essenzialmente per le forme di filiazione non naturale, cioè l'adozione e la pma. Nell'adozione, sono le copie coniugate possono essere ammessi al procedimento; la pma resta preclusa a singoli a coppie dello stesso sesso».

avere una «famiglia fondata su canoni “tradizionali”»⁷². Ciò che porta alcuni a ritenere che il diritto a procreare non solo spetti alla coppia e non all'individuo, ma sia riconosciuto solo nella misura in cui sia inserito all'interno di un «progetto genitoriale per quanto possibile corrispondente al modello tradizionale, ritenuto più conforme all'interesse educativo e formativo del nato»⁷³.

Si potrebbe però osservare che i diritti costituzionali sono diritti individuali e che non c'è nulla di più intimo e personale proprio dell'autodeterminazione. Così ragionando, si dovrebbe coerentemente ricondurre la titolarità di questo diritto all'individuo⁷⁴, in coerenza con la stessa configurazione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, sancito dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, che attribuisce alla sola donna la decisione in materia di aborto⁷⁵.

Altro nodo da sciogliere è rappresentato dal confine che non può essere oltrepassato da interventi legislativi che limitano l'esercizio di questo diritto, con riferimento, in particolare, all'uso delle più moderne tecnologie procreative, cioè in che limiti, e per la salvaguardia di quali interessi, è lecito condizionare l'esplicazione di questa libertà di procreare⁷⁶. Con la sentenza n. 164 del 2014 la Corte Costituzionale ha riconosciuto che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della

72 A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1352.

73 *Ibidem*, 1353.

74 «È perciò, linea di principio, da escludere che «l'istituto familiare» risulti titolare di interessi separati, autonomie superiori rispetto quelli funzionali al libero sviluppo delle persone che lo compongono»: così P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 155. A. RUGGIERI, «Tutela minima» di beni costituzionalmente protetti il referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (note a «prima lettura» di Corte Cost. nn. 45-49 del 2005), in *forumcostituzionale.it*, che ritiene che questo diritto spetti al singolo in quanto tale, indipendentemente dalla sua unione con altra persona. Di diverso avviso A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, 1996, 192 ss.; F. PASTORE, *Il diritto a procreare: natura, titolarità, limiti*, in V. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004, 165.

75 P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 155. In senso contrario, cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, cit., 124, che ritiene che questo diritto si formi in capo alla coppia.

76 Questo perché la libertà procreativa non si esaurisce nella sola sfera giuridica di chi la esercita ma il suo oggetto è rappresentato da un'altra vita che viene messa al mondo, cui sono riconosciuti diritti, sin dal momento del concepimento. Cfr. le questioni relative al diritto a conoscere le proprie origini genetiche affrontate dalla giurisprudenza costituzionale: Corte Cost. n. 278 del 2013 e Corte Cost. n. 425 del 2005.

persona umana, non può che essere incoercibile», salvo che «non vulneri altri valori costituzionali». In altri termini, la stessa possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa attiene a questa sfera della vita privata e familiare e all'«incoercibile» libertà di procreare. La «tutela delle esigenze di procreazione» è dunque certamente un interesse di rango costituzionale che va «ragionevolmente bilanciato» con gli altri valori costituzionali, senza che possa riconoscersi «a nessuno di essi una tutela assoluta»⁷⁷.

Pertanto, se da un lato la Corte Costituzionale ha precisato che questa tecnica «va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori diverse metodiche, quali la cosiddetta ‘surrogazione di maternità’», dall'altro lato, quando ha menzionato i limiti che si possono opporre alla realizzazione di questa libertà, è rimasta nel vago, esprimendo solo un generico riferimento ad «altri valori costituzionali», senza nessuna puntuale specificazione⁷⁸.

L'affermata incompatibilità tra l'autodeterminazione individuale e le limitazioni all'accesso alle nuove possibilità *procreative*⁷⁹, lascia aperta la questione dell'ammissibilità, sul piano costituzionale, della maternità surrogata, nel senso che il divieto assoluto di cui alla legge n. 40 non rappresenta una scelta costituzionalmente obbligata. Il legislatore dispone di ampi margini di discrezionalità nella ricerca di un «ragionevole punto di equilibrio» delle contrapposte esigenze⁸⁰ diverso dall'attuale divieto generalizzato.

5.3 Due sono le principali obiezioni contro l'ammissibilità della pratica della maternità surrogata: la violazione della dignità della madre surrogata e la rottura della naturalità della filiazione. Per cominciare da quest'ultimo

77 Corte Cost. n. 164 del 2014.

78 Osserva criticamente, da prospettiva diversa, L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc.1, 2017, 139, che la corte è stata vaga aprendo di fatto le porte alla maternità surrogata. In particolare osserva l'A. che non vi è determinazione di questi «altri valori costituzionali», e dunque «si rimane nel generico. Non vengono indicati da parte della Corte quali, nell'ambito della PMA eterologa, siano gli interessi di rango costituzionale che dovrebbero essere protetti. La dignità della persona? Quale? Il diritto alla salute psicofisica del nato? La non commerciabilità del corpo? Tutto resta indefinito e su di un tema tanto delicato, quale l'indiscussa libertà di procreare, si sarebbe forse potuto pretendere dalla Corte una più accurata riflessione. Tanto più che, sebbene la Consulta non usi il termine 'diritto al figlio' sta di fatto che il termine 'incoercibile' traduce la libertà in un 'diritto inviolabile', che sembra, a buona ragione, aprire la strada anche alla surroga» (*ibidem*).

79 Come messo chiaramente in evidenza da S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 284-285.

80 Sentenza n. 164 del 2014, punto 5 del considerato in diritto.

ordine di critiche, si può osservare che esso non pare tenere nel debito conto che i fenomeni legati alla genitorialità sono dei fenomeni sociali, il cui modo di essere si modifica profondamente nel corso dei tempi, essendo tutt'altro che il prodotto di una oggettività imposta da leggi della natura. È stato correttamente osservato che «nulla è più culturale dell'idea di natura»⁸¹ perché «il confine tra quel che è naturale è quel che non lo è dipende dai valori e dalle decisioni degli uomini»⁸².

Il secondo argomento, che vede nella pratica in questione un attentato alla dignità umana a causa della strumentalizzazione del corpo della donna, è quello che ha il maggior pregio ed ha ridestato un ampio dibattito anche all'interno del movimento femminista.

In questa prospettiva è stato sostenuto che la trasformazione della maternità in una funzione scindibile in tanti frammenti rischia di rappresentare una nuova affermazione del modello patriarcale della società, relegando nuovamente la donna a una funzione puramente meccanica di strumento riproduttivo. La maternità surrogata è stata, pertanto, paragonata a una nuova forma di sfruttamento persino peggiore della prostituzione⁸³ perché in questo caso «l'io della surrogata è in gioco in un senso ancora più profondo»⁸⁴, in quanto «la madre surrogata cede per contratto il diritto sulla straordinaria capacità procreativa, emotiva, psicologica del suo corpo; in altre parole, sé stessa come donna»⁸⁵. È stato, inoltre, rilevato che, lungi dal rappresentare un fenomeno che va nella direzione dell'affermazione di una più piena autodeter-

81 Cfr. il manifesto laico dal titolo *Così aumentano le chances della vita*, firmato da C. Caporale, A. Massarenti, A.M. Petroni, S. Rodotà, in *Bioetica*, 1998, 325 ss. La citazione è a p. 328.

82 *Ibidem*.

83 Da una prospettiva marxista, potrebbe sostenersi che qualsiasi lavoro salariato sia uno strumento di sfruttamento dell'uomo sull'uomo, in quanto volto a un uso speculativo della forza lavoro da parte del proprietario dei mezzi di produzione. Secondo Marx «la prostituzione è soltanto un'espressione particolare della prostituzione generale dell'operaio» K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici* [1844], Torino, 1949, 123, in nota. Occorre osservare che la commercializzazione del corpo umano è un concetto molto ambiguo, dai tratti sfumati, perché esistono molte ipotesi in cui il corpo umano è esso stesso oggetto del contratto, dal contratto del calciatore a quello del pugile, che espone peraltro il suo corpo a un grave pericolo, da quello della ballerina a quello del massaggiatore o del fisioterapista, fino ad arrivare al contratto del modello o della modella che può anche inerire chiaramente alla sfera sessuale, basti pensare alle più comuni pubblicità che hanno sempre più spesso espliciti riferimenti alla sfera sessuale, alle modelle di un calendario, al di là di ogni considerazione sui film o altre pubblicazioni dai contenuti esplicitamente hot.

84 C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, cit., 279.

85 *Ibidem*.

minazione della donna, la maternità surrogata rischia, al contrario, di rappresentare un nuovo tassello del dominio maschile⁸⁶. Lo statuto di incertezza che ha tradizionalmente riguardato l'identificazione del padre, infatti, adesso si sposta sulla madre⁸⁷, divisa tra colei che presta il "servizio" di gestante, la madre committente e quella genetica⁸⁸. In questo modo si ripropone la questione femminile anche all'interno del mondo omosessuale, ingenerando una inedita conflittualità tra i «nuovi» diritti alla libertà procreativa. Secondo questa prospettiva, infatti, la madre surrogata finisce con diventare uno «strumento» per l'appagamento del desiderio di single o delle coppie omosessuali maschili, che dimostrerebbero così, paradossalmente, di essere coerenti con la struttura patriarcale della società che subordina e strumentalizza la donna⁸⁹, oppure che, all'opposto, la santifica in quanto dispensatrice della vita. Il corpo della donna, che si credeva fosse passato attraverso un processo di liberazione dai retaggi della società patriarcale, resta dunque ancora una volta compreso tra le due costanti dimensioni in cui la cultura patriarcale lo aveva collocato: o come mera macchina riproduttiva o come espressione del potere creativo proprio della divinità⁹⁰.

Occorre tuttavia considerare che un'altra impostazione, sempre sorta nell'ambito del movimento femminista, all'opposto, considera il contratto di maternità surrogata uno strumento che rafforza l'autonomia decisionale della donna⁹¹, rendendo possibili nuove forme di genitorialità, slegate dal dato biologico-genetico, e fondate sulla responsabilità⁹². Da questo punto di vista si sostiene la piena legittimità anche della onerosità dell'accordo di sostituzione, perché attribuire un valore economico all'attività procreativa rappresenta «la massima manifestazione della libertà della surrogata»⁹³.

86 C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, cit., 279.

87 Sul punto cfr. G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova, 1999, 471.

88 C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, cit., 279.

89 S. NICCOLAI, *op. cit.*, 26, la quale spiega che sebbene questa tecnica sia soprattutto ricercata dal mondo omosessuale, fa riemergere la questione della differenza di genere da questa particolare prospettiva, perché riemerge il ruolo strumentale della donna, che deve essere di ausilio soprattutto per le coppie omosessuali maschili, perché quelle femminili potrebbero non avere necessità di ricorrere a questa tecnica ove siano desiderose di realizzare un progetto procreativo.

90 S. NICCOLAI, *La maternità surrogata*, cit, osserva che «La madre surrogata reintroduce due dimensioni del femminile tipicamente riflesse dai costrutti patriarcali: ridotta a 'fornetto', a mera *dimensione biologica* (e qui, di nuovo, 'gestazione' anziché 'maternità' è scelta lessicale che la dice lunga), da una parte, o elevata a 'santa' che 'ama rimanere incinta per donare un figlio a un'altra coppia', dall'altra parte».

91 C. SHAVEL, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, *passim*.

92 Cfr. la ricostruzione di I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 2 ss.

93 C. SHAVEL, *Nascere per contratto*, cit., 166.

Ci sono, inoltre, ipotesi di vera e propria cessione o di messa temporanea a disposizione di parti del corpo che non solo non suscitano riprovazione sociale, ma sono comunemente accettate come altruistiche e meritevoli di tutela. Un caso molto affine alla maternità surrogata è rappresentato, ad esempio, dal baliatico⁹⁴, che generalmente non è considerato «una effrazione delle leggi di natura»⁹⁵, sebbene dal punto di vista sostanziale non se discosti tanto. Anzi, al contrario, «la figura della balia è stata oggetto di poesia, di affetti e di qualche nostalgia»⁹⁶.

La cessione di organi per i trapianti *inter vivos*, inoltre, è consentita benché giustamente sottoposta a una serie di rigorose condizioni volte a garantire che questa pratica sia una effettiva manifestazione di un intento solidaristico; nessuno però pensa di vietarla solo perché il commercio degli organi è diffuso in tutto il mondo, ed è una delle pratiche più degradanti della dignità umana che esistano⁹⁷, in quanto sviscerisce il corpo umano «a un deposito di pezzi di ricambio»⁹⁸.

La stessa pratica dell'adozione, peraltro, pone seri rischi di sfruttamento e di commercializzazione dei minori, ma non per questo la si vieta. Piuttosto, si preferisce una rigorosa regolamentazione volta ad evitare che questi rischi si concretizzino.

Alla luce di queste osservazioni non si può non restare «meravigliati» nel constatare «che alla *surrogacy* si guardi così spesso con occhio spietatamente critico, avvicinando il fenomeno ad altri sicuramente

94 Per un approfondimento sul tema cfr. G. STELLA RICHTER, *Baliatico*, in *Enc. dir.*, IV, 1028 ss.

95 Così P. ZATTI, *Artificio e natura nella procreazione (note a margine dei progetti legislativi)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 4, 696, il quale prosegue osservando che «se un antropologo dovesse descrivere quest'uso potrebbe rilevare la crudezza di un costume che aggiogava una classe di donne-nutrici, per necessità economiche, al privilegio di una classe di donne esenti dl peso naturale dell'allattamento compen-
sando il corpo della nutrice». Cfr. per analoghe considerazioni R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, cit.

96 P. ZATTI, *Artificio e natura nella procreazione (note a margine dei progetti legislativi)*, cit.

97 A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 139-140 che osserva che «Da un lato, chi dona un organo, perdendo definitivamente una parte di sé, agisce per evitare la morte di un soggetto gravemente malato e, dunque, per salvare una vita già esistente. Dall'altro, la donna che accetta di partorire per conto altrui non si priva definitivamente dell'apparato riproduttivo, ma si sottopone temporaneamente ad atti invasivi sul suo corpo e agisce per far nascere un essere umano e, precisamente, per dare un figlio a una coppia che non può averlo a causa di gravi problemi sanitari».

98 I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 40.

condannabili secondo la morale corrente, come la prostituzione o la vendita dei propri organi»⁹⁹.

Ad onta di quanto viene generalmente ritenuto, la valutazione della sostituzione di maternità in sé considerata, come comportamento morale, non appare connotata da un intrinseco disvalore, espressione di una strumentalizzazione del corpo contraria alla dignità umana. Non sembra, pertanto, che siamo di fronte a un comportamento che contiene in sé un disvalore universale, «che investe l'intero valore dell'essere umano e del femminile»¹⁰⁰. Nemmeno pare possa sostenersi che siamo in presenza di una ulteriore manifestazione della società patriarcale in quanto questa pratica sarebbe sempre e comunque a servizio di un desiderio maschile di genitorialità. Infatti, ben può darsi che il nato sia geneticamente figlio della madre committente e che la richiesta di questa pratica derivi proprio da un desiderio o da un'esigenza femminile¹⁰¹ (come dimostrano i casi giurisprudenziali, di donne non sterili ma non in grado di portare avanti una gravidanza a causa di una malattia, si pensi, ad esempio, alla sclerosi multipla).

Dal punto di vista morale e giuridico, allora, la maternità surrogata non dovrebbe essere trattata diversamente dal trapianto di organi o dall'adozione: in tutti questi casi sono le concrete modalità con queste pratiche vengono realizzate viene realizzate a dirci se esse si traducono in una forma di sfruttamento inaccettabile contraria alla dignità umana. Non serve pertanto un divieto generalizzato, ma una disciplina in grado di distinguere i casi secondo il loro (dis)valore.

5.4 Come osservato, la legge n. 40 non solo ha vietato la maternità surrogata senza effettuare nessuna distinzione, ma ha anche punito chiunque «realizza, organizza o pubblicizza» la pratica in questione con una sanzio-

99 R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, cit. Tra l'altro, potrebbe aggiungersi, che la prostituzione, in sé, non è vietata, mentre la maternità surrogata è essa stessa penalmente sanzionata, non solo il suo sfruttamento.

100 S. NICCOLAI, *op. cit.*, 23-24. Prosegue l'autrice osservando che «È curioso che, in un contesto straordinariamente concentrato, come quello delle rivendicazioni dei diritti degli omosessuali al matrimonio, alla procreazione e alla famiglia, nel sottolineare il carattere 'universale' dei diritti cui si aspira e il loro inerire alla 'dignità umana' vengano così tanto sottaciute, quanto lo sono, le implicazioni universali della maternità surrogata e la capacità lesiva della dignità di ogni donna, e di ogni essere umano espressa dal fenomeno in sé considerato e dai discorsi che lo accompagnano». S. NICCOLAI, *op. cit.*, 25.

101 Cfr., sul punto, I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1481.

ne penale¹⁰². Questa penalizzazione indiscriminata della condotta, che non solo non distingue tra le diverse ipotesi di maternità surrogata, secondo il loro effettivo disvalore, ma punisce anche la stessa gestante, a parere di chi scrive, poco si concilia con i principi liberal-democratici.

In un ordinamento democratico e pluralista, infatti, non si dovrebbe ammettere l'uso della sanzione penale per il raggiungimento di finalità etico-morali. Sulla base di questo principio, ad esempio, non sono punite come reato né la prostituzione né l'adulterio, né l'aborto svolto secondo la procedura della legge, né le pratiche sessuali particolarmente cruenti (in quanto realizzate da soggetti capaci e consenzienti). La sanzione penale della maternità surrogata trova la sua ragion in un'esigenza etica, quella di impedire la commercializzazione del corpo femminile, che è certamente non meno avvertita in altre pratiche (come esempio la prostituzione), che tuttavia, in sé considerate, non sono penalmente sanzionate. Sembra pertanto difficile, a parere di chi scrive, giustificare il divieto penale indiscriminato imposto nei confronti della madre surrogata dalla legge n. 40 del 2004. Pare di essere in presenza di un divieto che limita l'aspetto positivo della libertà personale, ed anche della stessa libertà sessuale, sulla base di un «apriorismo ideologico»¹⁰³, perché dà per scontata una condizione di minorità sociale della madre surrogata, senza considerare la circostanza che questo comportamento ben può essere sostenuto da motivazioni altruistiche ed essere una consapevole scelta di libertà. Probabilmente, in questa scelta, un peso non irrilevante è stato assunto dal tabù che continua a interessare tutte le manifestazioni dell'attività sessuale e della sfera riproduttiva, che pone tutto ciò che inerisce alla sfera sessuale in un limbo che si situa al di fuori della libera disponibilità della persona¹⁰⁴, e dall'altro interpreta il ses-

102 Il comma 4 dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004 prevede, per l'ipotesi delineata nel testo, della pena della reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

103 Come osservato, per un diverso sebbene analogo argomenti, da G. MARINO, *Appunti per uno studio costituzionalistico della prostituzione*, in R. Romboli (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, 2007, 228.

104 Questo tabù, non senza qualche evidente contraddizione (da qualcuno addirittura stigmatizzata come schizofrenia), coinvolge tutta la sfera della riproduzione, influenzando negativamente sulla valutazione, dal punto di vista etico morale, della pratica in questione. Cfr. sul punto M.R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, in *Il governo del corpo*, cit., 887 ss. «In tutto il mondo occidentale le espressioni della sessualità tendono ad essere relegate al ruolo di limite all'esercizio dell'autonomia privata, soprattutto ove si profili l'eventualità di uno scambio oneroso» (*Ibidem*, 891). Ciò «è il frutto di una vera e propria schizofrenia latente dei sistemi giuridici» infatti «sebbene l'autonomia privata costituisca lo strumento di autodeterminazione più collaudato nel diritto privato, sebbene la sfera sessuale

so, e tutto ciò che ad esso è strettamente legato, come il paradigma di una società maschilista che attraverso «il contratto sessuale»¹⁰⁵ relega la donna alla funzione di mera prestatrice di servizi sessuali a favore del genere maschile¹⁰⁶, nel matrimonio come nella maternità surrogata¹⁰⁷.

identifichi il *core* della libertà di autodeterminazione costituzionalmente garantita, (o ne sia quantomeno componente essenziale), i due ambiti sembrano non poter o, addirittura, *non dover* stare insieme. Nel discorso dominante, tuttavia, quella che qui definisco schizofrenia, si giustifica con l'esigenza di arginare i pericoli della mercificazione del corpo e della sessualità. È dunque l'ombra della *commodification* a creare una frattura apparentemente insanabile tra le due sfere» (*Ibidem*, 891). Caso degli accordi tra conviventi che erano giudicati nulli perché l'impegno assunto dal partener a garantire una sussistenza in caso di dissoluzione dell'unione erano visti come il corrispettivo dei servizi sessuali prestati, quindi nulli per contrarietà al buon costume (M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia tra status e contratto. Il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in Marella-Grillini (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Napoli, 2001, 3 ss.).

105 C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, cit., *passim*.

106 Finendo così per misconoscere che la libertà sessuale infatti è oramai da tempo riconosciuta come una libertà fondamentale garantita dalla Costituzione. La Corte Costituzionale, nella nota sentenza n. 561 del 1987 ha affermato che «essendo la sessualità uno dei modi essenziali di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente e senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tre posizioni soggettive direttamente correlate dalla costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona che l'articolo 2 Cost. impone di garantire». Sul punto cfr. CEDU, 17.2.2005, *K.A. e A.D. c. Belgio*, che afferma l'assoluta intangibilità di questa sfera di libertà, dichiarando l'illegittimità dell'interferenza statale (realizzata attraverso il divieto posto dal diritto penale) rispetto a pratiche sadomaso, anche se particolarmente violente, a condizione che vi sia il consenso dei partecipanti.

107 È noto che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 471 del 1990, ha ribaltato l'ottica tradizionale circa la disposizione del proprio corpo, passando dal concetto di potere a quello di libertà. Autorevole dottrina (R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo del suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*, in *foro it.*, 1991, I, 17) ha così distinto due aspetti di questa libertà di disposizione del proprio corpo, quello passivo e quello attivo. Ora, se è evidente che la dignità umana sia un limite che tutela l'individuo da aggressioni, è quantomeno dubbio che lo stesso limite possa applicarsi all'aspetto attivo, finendo così per tutelare l'individuo da se stesso. Sul punto cfr. R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo del suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*, cit., 17 «Se lo stesso limite della tutela della persona umana lo si viene ad applicare all'aspetto attivo della libertà di disporre del proprio corpo, questo viene a funzionare in maniera diversa, in quanto non produce un ampliamento, bensì evidentemente una restrizione della libertà di autodeterminarsi. Possono, pertanto, nutrirsi dubbi circa la possibilità di richiamare, come sembra aver fatto invece la corte, quel limite, nel significato attribuito dal costituente nell'art. 32, 2° comma, ad un'attività inquadrabile nell'aspetto attivo della stessa libertà».

Ovviamente la preoccupazione di strumentalizzazione del corpo della donna è pienamente comprensibile ed il divieto appare necessario nella misura in cui è volto ad impedire questo commercio e quindi lo sfruttamento economico del corpo delle madri surrogate. In queste ipotesi il divieto è rivolto a limitare la libertà di disposizione per la tutela delle esigenze e dei valori espressamente contemplati dalla Costituzione come limiti all'esercizio delle libertà (si pensi, ad esempio, che la dignità rappresenta un limite espresso per l'esercizio della libertà economica). Ciò che è conforme, del resto, anche all'art. 21 della Convenzione di Oviedo per il quale «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto» e alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea ove viene disposto, al comma 2 dell'articolo 3 rubricato «Diritto all'integrità della persona», che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere rispettati «il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro».

6. Come era stato lucidamente osservato prima che la legge n. 40 del 2004 fosse approvata, «non è proibendo la maternità per sostituzione che tali rapporti non saranno più posti in essere»¹⁰⁸. Si trattava in realtà di una facile profezia, che puntualmente si è verificata. Come è noto, la Corte Costituzionale, che ha messo in luce come le nuove tecniche spesso possono contribuire alla realizzazione dei diritti fondamentali (per cui la loro limitazione rischia di essere incostituzionale¹⁰⁹), e che siffatti divieti possono inoltre trasformarsi in ulteriori ipotesi di discriminazione dal punto di vista sociale¹¹⁰.

Con questo non credo si debba escludere – anche se, a mio avviso, non è da sottovalutare il rischio che attraverso il richiamo al generico valore del rispetto della persona o della dignità umana, si tenda ad imporre un modello ideologico ed etico specifico di comportamento – che il valore in questione possa e debba venire in considerazione in quell'opera di bilanciamento (di cui ho parlato al paragrafo precedente) tra beni che trovano una tutela nella Costituzione e che deve essere operata dal legislatore, nell'ambito delle sue scelte politiche, e dalla Corte Costituzionale, attraverso il criterio della «ragionevolezza», ma pare opportuna la precisazione che esso svolge un ruolo differente se richiamato con riguardo all'aspetto attivo oppure a quello passivo della libertà in esame, in quanto, in un caso pone un limite alla libertà del soggetto di autodeterminarsi, mentre nell'altro il limite è posto alla possibilità riconosciuta ad un terzo di limitare tale libertà e che solo nel secondo significato tale valore è espressamente richiamato nell'art. 32, 2° comma, Cost..

108 I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 219.

109 Corte Cost. n. 151 del 2009.

110 Corte Cost. n. 162 del 2014.

La sorte che ha subito la legge n. 40 non stupisce, perché è difficile comprimere la vita e l'autodeterminazione individuale entro rigide regole giuridiche. Come è stato autorevolmente osservato, infatti, «la vita preme sempre e rivela come l'autodeterminazione, che sempre l'accompagna, dipende certamente dall'informazione di cui ciascuno dispone, ma pure che non ci si può affidare unicamente a procedure formali»¹¹¹. Non è che non si avverta il rischio di relativismo etico capace di degradare anche la stessa autodeterminazione: questo rischio, tuttavia, come è stato autorevolmente affermato, non può essere combattuto semplicisticamente, con l'imposizione di divieti che si sostituiscono alla libertà individuale. Per riprendere le limpide parole di Rodotà, si può osservare che «Se è povero il contesto culturale, l'autodeterminazione si impoverisce a sua volta, rattrappisce. Si misura sull'angustia della visione di un singolo obbligato a fare i conti con l'astrattezza della norma, di cui spesso coglie solo la comprensibilità o la violenza, e alla quale oppone il nuovo interesse privatistico. È qui la radice di vere o presunte derive individualistiche, che non si contrastano con un naturalismo normativo, ma attraverso l'uso del diritto che non scacci la vita ma costruisca un contesto nel quale ogni persona possa coglierne il senso»¹¹².

In altri termini, non spetta al diritto indicare quali debbano i contenuti delle scelte individuali¹¹³, ma il diritto può e deve contribuire alla creazione di un contesto valoriale e di un quadro d'insieme che aiuti scelte individuali responsabili e consapevoli. Non è però con i divieti e con la limitazione dell'autodeterminazione degli individui che si combatte efficacemente una condizione morale e culturale deteriorata.

Alla base di una opzione liberale che non si limiti a un divieto indiscriminato, inoltre, milita lo stesso argomento che viene portato a favore dell'interdizione generalizzata, cioè l'esigenza (sacrosanta) di evitare la mercificazione del corpo femminile e il suo sfruttamento. Non si può negare la realtà che vede la realizzazione di queste pratiche in cui il ruolo di committenti è assunto da donne di paesi occidentali di classi sociali elevate e quello di gestanti da donne di paesi che un tempo erano definiti in via

111 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 285.

112 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 285.

113 Come osservato da S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1992, 224, «non è certo pensabile una interferenza nelle decisioni che riguardano il perché della procreazione. Sappiamo che se sono influenzati anche da modelli culturali da ragioni socioeconomiche, che spiegano l'attuale riduzione della natalità e la passata prolificità delle famiglie contadine bisognose di forza lavoro. Qui ci troviamo sicuramente in una delle sfere più gelose della libertà individuale, rispetto alla quale non sono possibili né indagini, né imposizioni».

di sviluppo o che hanno attraversato gravi crisi economiche, come quelli dell'est europeo, che vivono condizioni di grave disagio socio-economico. Proprio al fine di non incentivare il turismo dei diritti e il conseguente sfruttamento dei diritti fondamentali delle donne di altre parti del mondo, in cui le situazioni di indigenza le spingono a sottoporsi a queste pratiche¹¹⁴, sarebbe quanto mai opportuna una disciplina mite, che predisponga una coerente cornice di principi all'interno della quale il giudice possa discernere la peculiarità del singolo caso, orientando così la madre committente a ricercare la gestante nell'ambito delle persone a lei legate da vincoli di affetto e di solidarietà.

114 S. SARAVANAN, *An ethnomethodological approach to examine exploitation in the context of capacity, trust and experience of commercial surrogacy in India*, in *Philos Ethics Humanit Med.*, 2013; 8-10, ove l'autrice afferma che «Ethical arguments to justify commercial surrogacy, based on the assumption of the rational choice of entering into contracts and mutual benefit, are ignorant of social and cognitive conditions in a structurally unjust system.» e, ancora, sulla base di un caso studio di una clinica in India «Surrogate mothers were confined to surrogate homes, not given a contract copy, subjected to unnecessary medical interventions, not provided with medical insurance, and expected to breastfeed and bond with the children without any psychological counseling. These are all manifestations of exploitation and violation of basic human rights, as stated in Articles 1, 2, 9 and 14 of the Universal Declaration of Human Rights and The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights 2005» (citazione tratta da C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *Biolaw journal*, Rivista di biodiritto, 1/2016, 182, nt. 31).

LUIGI FERRARO

LA MATERNITÀ SURROGATA TRA COPPIE SAME-SEX E COPPIE ETERO. UN ESAME DELLA GIURISPRUDENZA (ULTIMA) INTERNA E DELLA CORTE EDU*

Sommario: 1. La più recente giurisprudenza interna tra divieto di maternità surrogata e interesse del minore, con particolare riguardo alle coppie dello stesso sesso. – 2. La Corte EDU e le novità della *Grande Chambre* sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia (24 gennaio 2017). – 3. Alcuni degli aspetti problematici: il divieto di maternità surrogata e il principio dell'ordine pubblico. – 4. ... (segue) Il tema della *stepchild adoption* e l'interesse superiore del minore nelle coppie *same-sex*. – 5. La *stepchild adoption* e la GPA: un legislatore che decide... di non decidere.

1. La decisione ultima della Corte di Appello di Trento del 23 febbraio 2017, con cui per la prima volta viene riconosciuta direttamente la genitorialità di padre ad uno dei membri di una coppia *same-sex* in concorso con il padre biologico, rappresenta un nuovo tentativo della giurisprudenza teso ad individuare rinnovati punti di equilibrio tra il divieto di maternità surrogata e l'interesse del minore. Esiste un recente indirizzo giurisprudenziale – di merito, di legittimità e della Corte EDU, di cui si proverà a dare conto, seppure brevemente, in questo contributo – che affronta i tentativi, tanto delle coppie *same-sex* quanto di quelle etero, di eludere il divieto di maternità surrogata recandosi negli Stati in cui questa pratica di procreazione assistita è permessa dall'ordinamento. Ciò è conseguenza della nota sanzione penale prevista in Italia dalla legge 40, del 19 febbraio 2004, art. 12, 6° co., per cui «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza [...] 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».

Come si accennava, l'ordinanza della Corte di Appello di Trento acconsente la trascrizione di un provvedimento giudiziale straniero in cui si riconosce il legame genitoriale tra due minori gemelli e il padre non

* Il presente contributo è stato già pubblicato in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, giugno 2017.

genetico, partner del loro padre biologico¹. Per la prima volta è ammessa subito, senza ricorrere all'istituto dell'adozione, la genitorialità al padre sociale, affettivamente legato al padre biologico, dopo essere stata esperita all'estero una maternità surrogata o gestazione per altri (da ora in poi anche GPA) nel rispetto dell'ordinamento del luogo.

Tra gli aspetti problematici affrontati nella decisione quello relativo all'ordine pubblico è risolto accogliendo l'indirizzo ultimo della Corte di cassazione (sent. n. 19599/2016), secondo cui la nozione di ordine pubblico si sostanzia nei principi supremi della nostra Costituzione, sicché il giudice non potrà considerare violato quel principio nell'ipotesi di mero contrasto tra la norma straniera e la legislazione nazionale vigente, dal momento che quest'ultima rappresenta la sola discrezionalità del legislatore ordinario in una specifica contingenza storica. Ne consegue che il divieto di GPA posto dalla legge 40/2004 – peraltro non contestato dalla Consulta nella pronuncia sulla fecondazione eterologa² – non è sufficiente per negare gli effetti al suddetto provvedimento giudiziale straniero, poiché tale disciplina interna è da considerarsi «non già espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, ma piuttosto come il punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo» sulla materia (Corte App. Trento)³.

Richiamandosi a quanto affermato dalla Corte costituzionale (sent. n. 162/2014)⁴, la stessa Autorità Giudiziaria trentina sancisce la legittimità del progetto familiare sottoposto alla sua attenzione, in quanto si deve «escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità

1 La suddetta ordinanza è rinvenibile sul sito <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/02/Ordinanza.pdf>, con un primo commento a cura di A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, 28 febbraio 2017.

2 Il richiamo è alla nota sent. n. 162/2014, in particolare al punto 9 del *Considerato in diritto*, che sarà ripreso più avanti nel corso del contributo.

3 Corte App. Trento, ordinanza, 16.

4 Ancora Corte cost., sent. n. 162/2014, punto 6 del *Considerato in diritto*, laddove si afferma «che la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli [...]. Nondimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori [...] rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa». Sul punto v. A. SCHILLACI, *ult. op. cit.*

esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato»⁵. Pertanto, diviene essenziale per tale modello di famiglia il principio di responsabilità procreativa a carico della coppia.

L'altro profilo problematico che rileva è quello dell'interesse del minore che la Corte di Appello rinviene nel diritto dei due bambini a conservare lo *status* di figli acquisito nel Paese che ha emesso il provvedimento giudiziario, determinandosi in caso contrario un evidente pregiudizio dei bambini per tutti i diritti connessi allo *status filiationis* (il Collegio accoglie ancora l'indirizzo della Corte di cassazione, sent. n. 19599/2016). Il giudice adito riconosce che il principio del supremo interesse del minore non possiede una valenza assoluta, potendosi bilanciare con altri interessi di rango costituzionale, ma non di meno evidenzia come essi non emergano nella legge 40/2004, poiché tale disposto legislativo – si ribadisce – non è «espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati»⁶.

Il giudice trentino di secondo grado nelle motivazioni dell'ordinanza si è richiamato in più occasioni alla sent. n. 19599/2016 della Corte di cassazione. In questa decisione il giudice della legittimità ha affrontato il caso di una coppia lesbica, sposata in Spagna e poi divorziata, in cui una delle donne, quella italiana, ha donato l'ovulo fecondato da donatore esterno attraverso procreazione medicalmente assistita (anche PMA), mentre l'altra, la partner spagnola, ha ricevuto l'ovulo ed ha portato avanti felicemente la gestazione, per cui l'oggetto della controversia ha riguardato la trascrizione dell'atto spagnolo di nascita. Questa fattispecie per la Cassazione non è pienamente configurabile come GPA, quanto piuttosto assimilabile da un lato alla fecondazione eterologa per l'intervento di un donatore esterno, dall'altro ad una fecondazione omologa per l'apporto genetico fornito da uno all'altro dei componenti della stessa coppia.

Anche in questo caso, tuttavia, uno dei profili più rilevanti della sentenza ha riguardato la nozione di ordine pubblico. Secondo la Cassazione per «ordine pubblico internazionale» deve intendersi il «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, [...] ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria. [...] Il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione [...], ma anche [...] dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

5 Corte App. Trento, ordinanza, 17.

6 Corte App. Trento, ordinanza, 16.

europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo». La trascrizione dell'atto di nascita non è in questo caso contraria all'ordine pubblico, «trattandosi di materia [quella della PMA] in cui è ampio il potere regolatorio e, quindi, lo spettro delle scelte possibili da parte del legislatore ordinario», per cui «se è ampia la discrezionalità del legislatore [...], ciò significa che non esiste un vincolo costituzionale dal punto di vista dei contenuti, ed allora non si può opporre l'ordine pubblico per impedire» la trascrizione in oggetto⁷. In breve, per ciò che interessa, il divieto di maternità surrogata non è costituzionalmente obbligato, come poi ha ripetuto anche la Corte di Trento, bensì è il frutto di una scelta del legislatore rappresentativa di un equilibrio politico in un determinato momento storico⁸.

Quest'indirizzo giurisprudenziale, però, sembra difforme da quanto aveva sostenuto la stessa Cassazione appena due anni prima. Difatti, nella sent. n. 24001/2014 la Suprema Corte, pur riconoscendo che l'ordine pubblico si identifica con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, ha ritenuto che «il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali» quali «la dignità umana della gestante» e «l'istituto dell'adozione»⁹.

7 Le diverse citazioni sono della Corte cass., sent. n. 19599/2016, in <http://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=32673&dpath=document&dfi le=24102016101456.pdf>, 22 s. e 40. Sulla nozione di ordine pubblico internazionale, in senso confermativo a quanto sostenuto dalla Cassazione, v. anche Corte App. Milano, ordinanza del 9 giugno 2017, in <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/06/mi-appello-2017-adozione-Ordinanza.pdf>

8 Per ciò che riguarda la specifica fattispecie all'attenzione della Corte di cassazione nella sent. n. 19599/2016 i divieti che rilevano sono quelli dell'art. 5, legge 40/2004, a mente del quale «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi», e dell'art. 12, 2° co., per cui «chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie [...] che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro».

9 Corte di cass., sent. n. 24001/2014, in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/571-cassazione-surrogata>, 14. La Suprema Corte avanza anche una definizione di surrogazione di maternità, «ossia della pratica secondo cui una donna si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio per un'altra donna» (sent. n. 24001/2014, 13 s.). Per un commento alla sent. n. 24001/2014, in cui si condivide la qualificazione del divieto di maternità surrogata come limite di ordine pubblico internazionale, v. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *il Corriere giuridico*, n. 4, 2015, 479.

Alla luce di ciò appare allora piuttosto evidente come la Corte di cassazione nel suo più recente indirizzo del 2016 parta dal medesimo presupposto della precedente decisione del 2014, cioè l'identificazione dell'ordine pubblico con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, ma pervenendo poi ad una ben diversa conclusione per cui il divieto di maternità surrogata non può considerarsi di ordine pubblico in quanto la legge che lo sancisce non è espressione di principi fondamentali¹⁰. La ragione di questo mutamento di indirizzo è da rinvenire nel supremo interesse del minore che nella sent. n. 19599/2016 è considerato «sul piano assiologico» di «rilievo costituzionale primario», quindi prevalente rispetto alle regole poste dalla legge 40/2004. Ne consegue che questo interesse – relativamente al divieto di surrogazione – si configura quale diritto a conservare lo *status* di figlio avuto a seguito di GPA, mentre nella sent. n. 24001/2014 il *best interest of the child* si ritiene realizzato «proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando [...] all'istituto dell'adozione [...] la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico»¹¹. In questo secondo caso, cioè, il divieto di maternità surrogata sembra esso stesso funzionale alla tutela dell'interesse del minore.

L'indirizzo espresso dalla Cassazione nella sent. n. 19599/2016 sembra essere accolto da una parte della giurisprudenza di merito, come dimostra la Corte di Appello di Milano che ha dovuto giudicare sulla trascrizione degli atti di nascita di gemelli nati in California in seguito a maternità surrogata in favore di una coppia omosessuale. In questa decisione la Corte meneghina non solo richiama la nozione di ordine pubblico come prospettata in quella sentenza della Cassazione, ma ribadisce esplicitamente «che la difformità della legge straniera (che consente la gestazione per altri) da quella italiana, non è causa di per sé sola, di violazione dell'ordine pubblico»¹².

10 Per B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 58, «la nozione di ordine pubblico (internazionale) esprime la “sintesi” di molteplici valori e principi considerati come “irrinunciabili” dall'ordinamento (principi e valori tanto di fonte interna quanto esterna, tanto di rango ordinario quanto costituzionale), destinati ad integrarsi in un “sistema” armonico nel quadro di un ragionevole temperamento di beni e valori giuridici concorrenti e, talora, contrapposti».

11 Anche C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in *Genius*, n. 1, 2016, 7, ritiene che la Corte di cassazione con la sent. n. 19599/2016 «sembrerebbe invertire il precedente indirizzo».

12 La decisione della Corte di Appello di Milano, (proc. n. 345/2016+346/2016 V.G.), del 28 ottobre 2016, è reperibile sul sito <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/01/Corte-app-Milano-trascrizione-nascita-gemelli.pdf>. Relativamente alla fattispecie in questione si trattava di due uomini che hanno fecondato con il proprio seme due distinti ovuli, così da generare un legame genetico con i due gemelli.

Relativamente poi alla possibilità per le coppie *same-sex* «di accogliere e anche generare figli», la Corte di cassazione è esplicita sempre nella sent. n. 19599/2016: non vi sarebbe al riguardo alcun divieto di carattere costituzionale dal momento che il rapporto di filiazione dovrebbe considerarsi quale fattore di sviluppo della personalità dei membri di una coppia omosessuale, intesa quale formazione sociale *ex art. 2 Cost.*, oltre che espressione della libertà di autodeterminazione delle persone.

In proposito è interessante richiamare anche una recente sentenza passata in giudicato del Tribunale di Roma che affronta oltre al tema della GPA per una coppia di uomini, anche quello della *stepchild adoption*. Si trattava di una coppia *same-sex* che in Canada ha proceduto ad una maternità surrogata senza finalità commerciali, come consentito dall'ordinamento di quel Paese. Anche l'Autorità Giudiziaria capitolina si è confrontata con il concetto di ordine pubblico internazionale e ha sostenuto – attingendo dalla Corte EDU¹³ – che quel principio «trova un limite nella prevalenza dell'interesse superiore del minore, indipendentemente dalla sussistenza di una relazione genitoriale genetica o di altro genere»¹⁴; pertanto, la tutela di tale interesse si antepone rispetto a qualunque valutazione sulla liceità di ricorrere all'estero a tecniche di PMA.

Ebbene, proprio il *best interest of the child* giustifica la richiesta del ricorrente, ai sensi della legge 184/1983, art. 44, 1° co., lett. *d*, di adottare il minore in quanto convivente con il padre del bambino nell'ambito di un progetto procreativo consentito anche alle coppie *same-sex*. Questa ipotesi è un tipo di adozione differente da quella legittimante – per la quale invece sarebbe necessario un rapporto matrimoniale all'interno della coppia – e viene definita quale adozione in casi particolari, cioè «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo» (art. 44, lett. *d*). Il Tribunale ha inteso quest'ultima condizione non come una mera impossibilità di procedere all'affidamento in relazione ai fatti concreti posti alla sua attenzione, dove comunque deve sussistere lo stato di abbandono del bambino (cd. impossibilità di fatto), ma come una cd. impossibilità giuridica, nel senso che non è presente lo stato di abbandono del minore quale presupposto giuridico per l'adozione legittimante (in cui vi rientrerebbe l'affido preadottivo), poiché il piccolo è comunque accudito dalla coppia in questione.

13 Corte EDU, Paradiso e Campanelli c. Italia (27 gennaio 2015), di cui si tratterà a breve.

14 Trib. Roma, 23 dicembre 2015, in <http://www.articolo29.it>, 14.

Il *best interest of the child* supporta anche questa interpretazione del Tribunale di Roma – seppure non sempre seguita in giurisprudenza – le cui ragioni specifiche di interesse si concentrano sulla possibilità di adozione all'interno della coppia omosessuale, quando al contrario il Parlamento aveva deciso di stralciare dal cd. d.l. Cirinnà (ora legge 76/2016) tale soluzione tesa a favorire un progetto di tipo familiare per le coppie *same-sex*¹⁵.

2. Sul tema del divieto di maternità surrogata previsto nel nostro Paese si è espressa anche la Corte EDU, come dimostra il caso Paradiso e Campanelli c. Italia richiamato dalla sentenza del Tribunale di Roma. Si tratta di una giurisprudenza contrastata dal momento che di recente la *Grande Chambre* (24 gennaio 2017) ha autorevolmente modificato l'orientamento espresso dalla stessa Corte EDU in prima istanza (27 gennaio 2015)¹⁶ cui rinvia il giudice capitolino.

La fattispecie riguarda questa volta una coppia eterosessuale che ha fatto ricorso in Russia alla tecnica della GPA. In seguito ad esplicito assenso della donna che portò a termine la gestazione del bambino, nell'atto di nascita furono inseriti direttamente i nominativi dei due genitori committenti, pur non essendovi alcun legame genetico tra questi ultimi e il neonato come invece richiesto dalla legge russa almeno con riferimento ad uno dei genitori¹⁷. Al loro rientro in Italia, perciò, fu rifiutata la trascrizione dell'atto di nascita perché ritenuto falso, per cui la coppia italiana fu indagata per questa ipotesi di reato, oltre che per alterazione dello stato civile. Dopo un tormentato *iter* giudiziario fu accertata per l'appunto la insussistenza di

15 Legge 76/2016, rubricata «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze». In senso diverso rispetto all'indirizzo del Tribunale di Roma, si veda quanto sostenuto dal Tribunale di Milano, 17 ottobre 2016, n. 261, in http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/03/Tribunale-per-i-minorenni-di-Milano-Sentenza-261_2016.pdf. Tale ultima pronuncia è stata recentemente riformata dalla Corte d'appello di Milano con la sentenza del 9 febbraio 2017, commentata da M. GATTUSO, *Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l'adozione coparentale*, 8 maggio 2017, entrambi i documenti in <http://www.articolo29.it/2017/anche-da-milano-dopo-la-cassazione-roma-e-torino-semaforo-verde-per-ladozione-coparentale/>. Per un'interpretazione del richiamato art. 44 cfr. G. ZACCARO, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*, 4 settembre 2014, 2 ss., e per un commento alla legge 76/2016 cfr. G. CASABURI, *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, 17 maggio 2016, entrambi i contributi in <http://www.questionegiustizia.it>

16 Corte EDU, 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

17 Sul punto cfr. B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionali*, cit., 55.

legami genetici tra il bambino e i ricorrenti, insieme al pagamento di una consistente somma di denaro da parte della coppia, sicché il giudice decise per l'allontanamento del minore in quanto la sua tenera età e soprattutto il breve periodo di convivenza con i genitori committenti suggerivano la possibilità di adottare questo tipo di soluzione¹⁸.

Come si è accennato il caso in questione è stato risolto diversamente in seconda istanza dalla *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo rispetto alla decisione precedente della stessa autorità, avutasi nel gennaio 2015. Uno dei profili di maggiore rilievo riguarda la configurabilità, in un'ipotesi di questo tipo, della vita familiare *ex art. 8 CEDU* (Diritto al rispetto della vita privata e familiare). Mentre la sentenza di primo grado ha ritenuto sussistente una vita familiare *de facto* in ragione della presenza dei ricorrenti nelle prime tappe di vita del bambino, che li ha visti impegnati come veri e propri genitori, al contrario la *Grande Chambre* ha valutato insussistente tale requisito, seppure *de facto*, innanzitutto per la breve durata della convivenza tra gli interessati e il minore (8 mesi), cui si aggiungono l'assenza del legame genetico e la precarietà giuridica della situazione a seguito della condotta illecita tenuta dagli stessi committenti (parr. 151-158)¹⁹.

Per la sentenza di seconda istanza il rapporto che si è instaurato tra i ricorrenti e il minore è, invece, qualificabile come semplice «vita privata», in quanto è comunque emerso alla base un progetto genitoriale che la coppia da tempo stava portando avanti con convinta determinazione²⁰. La diversa

18 Il profilo penalistico del problema è evidenziato da C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, cit., 8 s. Per tutte le diverse ipotesi di maternità surrogata, tenendo conto anche della «variante delle coppie omosessuali», cfr. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 2 ss.

19 Al riguardo, secondo C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di "vita familiare" e ribalta la sentenza precedente*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2 marzo 2017, 4, «non dovrebbe [...] essere la durata del rapporto l'elemento determinante la nozione di vita familiare, e dunque la sua tutela. La tradizione civilistica – e di certo non solo quella italiana – insegna che ciò che rende una situazione di fatto meritevole di tutela è l'*affidamento legittimamente nutrito* nella sua stabilità. È dunque la legittima aspettativa nutrita dalle parti nella stabilità e definitività della situazione quale si è venuta a creare e si è consolidata nel tempo. L'estensione temporale gioca certamente un ruolo, ma non è il semplice scorrere dei mesi che fa la differenza, quanto il fatto che il prolungarsi della situazione contribuisce a rafforzare l'elemento soggettivo delle parti che confidano nella sua stabilità. Per questo la vita familiare, per essere riconosciuta sul piano del diritto come tale, deve essere pubblica, nota ai terzi e vissuta in modo palese».

20 La Corte EDU ricorda, in proposito, come la coppia avesse inizialmente optato per una fecondazione in vitro, passando poi per l'adozione e arrivando infine

qualificazione di tale relazione ha prodotto conseguenze rilevanti circa il giudizio sulle misure che sono state adottate dall'autorità giudiziaria italiana nei riguardi del bambino, tra cui l'allontanamento di quest'ultimo dai coniugi Campanelli, e sono proprio queste misure a rappresentare il vero oggetto di valutazione della Corte EDU²¹.

Difatti, a differenza di quanto statuito in primo grado per cui il *best interest of the child* non può giustificare misure, seppure legittime, come quelle adottate in Italia, poiché risultano sproporzionate rispetto agli interessi coinvolti, invece nella sentenza della Grande Camera tale livello di sproporzione non è più evidenziato in relazione a misure che – si sottolinea nella pronuncia – riaffermano la competenza dello Stato nel riconoscere il legame di filiazione, avendo il potere centrale come fine ultimo quello di preservare i minori (parr. 175-178).

La decisione della Grande Camera, in particolare, sottolinea come il divieto di maternità surrogata stabilito dalla legge 40/2004 intenda perseguire l'*interesse pubblico* a tutelare le donne e i bambini «potenzialmente interessati da pratiche [...] altamente problematiche da un punto di vista etico» (par. 203)²². Se a tale interesse pubblico si aggiungono la condotta *contra legem* dei ricorrenti che – oltre a violare la legge russa – hanno tentato di eludere il divieto italiano di GPA e la breve durata del rapporto vissuto dalla coppia con il bambino, la cui precarietà è stata ancora di più accentuata dall'assenza di ogni legame biologico, ne deriva che le autorità italiane hanno mantenuto nelle misure adottate un giusto equilibrio tra i

alla maternità surrogata (par. 163). Relativamente all'art. 8 CEDU, B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, 7, evidenzia come nella formulazione della CEDU la vita privata sia «più schiettamente individualistica [e] riguarda, quanto al minore, il diritto alla sua identità (genetica, biologica e giuridica), e quanto all'aspirante genitore (naturale, biologico o giuridico) il principio di autodeterminazione». La vita familiare invece «salvaguarda la dimensione *relazionale* tra minore e genitore (o aspirante tale) *sociale*, sotto il profilo del riconoscimento all'esterno di detta relazione».

21 Cfr. C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di "vita familiare" e ribalta la sentenza precedente*, cit., 1.

22 Per B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 3 s., la Corte EDU ritiene che lo Stato italiano nel fissare il divieto di GPA «persegue l'interesse generale della protezione delle donne e dei minori soprattutto allorché in gioco vi siano contratti commerciali».

diversi interessi in gioco, anche in considerazione dell'ampio margine di apprezzamento di cui godevano. Dunque, secondo la *Grande Chambre* non c'è stata violazione dell'art. 8 CEDU (parr. 200-216).

Appare evidente dal caso in questione il mutamento di indirizzo della Corte EDU. Nella decisione di primo grado, infatti, il giudice di Strasburgo aveva considerato prevalente l'interesse del minore soprattutto sotto il profilo dell'identità personale, di cui il bimbo era rimasto privo per oltre due anni con inevitabili conseguenze sulla cittadinanza e sul diritto al nome²³. Al contrario, nella pronuncia della Grande Camera si registra «l'assenza di [...] riferimento al superiore interesse del minore», per cui nel bilanciamento non si contrappone più all'interesse pubblico l'aspetto familiare, bensì «il più 'leggero' interesse dei ricorrenti a vedere rispettata la loro vita privata, ovvero il diritto a manifestare e sviluppare la propria personalità, quale si esprime (anche) nel desiderio di allevare un minore come proprio figlio»²⁴. In questo contesto, allora, risulta prevalente l'interesse generale, prima richiamato, teso a tutelare le donne e i bambini, escludendosi pertanto ogni violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Anche in altre precedenti decisioni (*Labassee* e *Menesson* c. Francia)²⁵ riguardanti la maternità surrogata, la Corte EDU ha affrontato il tema dell'interesse superiore del minore sotto il profilo dell'identità personale. Si tratta di casi in cui per la negata trascrizione dell'atto di nascita da parte delle autorità francesi, a seguito del divieto di GPA anche in questo Paese, si è determinata un'incertezza in termini di cittadinanza del minore con un'ovvia conseguenza sull'identità della persona. In questi casi il giudice di Strasburgo, attraverso il principio del *best interest of the child*, ha sottolineato «la necessità di rispettare il diritto all'identità personale dei

23 In tal senso cfr. S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 1, 2015, 208, la quale precisa che il periodo in cui il minore è rimasto privo di identità va «dalla nascita, alla sentenza della Corte d'appello di Campobasso dell'aprile 2013». In termini critici su tale decisione di prima istanza della Corte EDU v. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., 484 s.

24 Ancora C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di "vita familiare" e ribalta la sentenza precedente*, cit., 1 e 5, mentre S. PENASA, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari "a geometria variabile"?*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2017, 3, sempre in riferimento alla pronuncia della Grande Camera, preferisce parlare di «depotenziamento del principio del *best interest of the child*».

25 Corte EDU, 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, e ricorso n. 65942/11, *Menesson c. Francia*.

minori nati da maternità surrogata», soprattutto in queste fattispecie in cui, a differenza del caso Paradiso e Campanelli c. Italia, sussisteva il legame biologico tra i minori interessati e il padre²⁶. È evidente che la parentela biologica incide sull'identità della persona, così che rientra nel superiore interesse del minore il «riconoscimento giuridico del rapporto di parentela quando tale rapporto corrisponde alla realtà biologica»²⁷.

Le sentenze ora citate, pur nella peculiarità della loro fattispecie, e soprattutto quella di primo grado del caso Paradiso e Campanelli c. Italia mettono in risalto il cambio di prospettiva stabilito dalla recente pronuncia della Grande Camera, nel momento in cui essa non ha evidenziato il *best interest of the child* ritenendo prevalente l'interesse generale alla tutela delle donne e dei bambini come si ricava dal divieto di GPA. Ciò però rende problematica l'individuazione di un preciso indirizzo giurisprudenziale della Corte EDU su questo tipo di problematiche, soprattutto alla luce di quanto affermato recentemente dalla nostra Corte costituzionale nella nota sent. n. 49/2015 secondo cui «è [...] solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»²⁸. Sicuramente è significativo che la *Grande Chambre* non abbia avallato l'indirizzo della decisione di prima istanza, ma è altrettanto certo che in questo modo i nodi problematici si sono ulteriormente intricati sul tema della maternità surrogata, così da rendere più difficoltosa anche un'interpretazione convenzionalmente orientata.

3. Le diversità di orientamenti giurisprudenziali, invero, non hanno riguardato solo la Corte EDU, ma come si è visto anche la nostra Corte di cassazione e uno degli aspetti più controversi riguarda la qualificazione del divieto di GPA quale principio di ordine pubblico. Qualora si volesse seguire l'orientamento espresso dal nostro giudice della legittimità nella sent. n. 24001/2014, il divieto di maternità surrogata sarebbe da conside-

26 Cfr. S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 204 s., la quale continua evidenziando che «dal diritto all'identità personale discendono anche complesse conseguenze successive, dal momento che in presenza del divieto di surroga di maternità nell'ordinamento francese la situazione dei figli nati da tali pratiche viene regolata secondo le indicazioni del *Conseil d'État* in data 9 aprile 2009 [...] meno favorevolmente di quanto previsto per altri figli».

27 Così B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, cit., 53 ss.

28 Corte cost., sent. n. 49/2015, punto 7 del *Considerato in diritto*.

rare come principio di ordine pubblico, espresso da una norma penale a tutela di un principio costituzionale quale la dignità umana della gestante. In questa prospettiva il divieto di GPA sarebbe perciò direttamente funzionale a tutelare un principio fondamentale, con un ulteriore riscontro, seppure di rango legislativo, nell'art. 269, 3° co., cod. civ., a mente del quale «la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere *madre* (corsivo nostro)»²⁹.

Al contrario, nel caso in cui si volesse preferire l'altra pronuncia della Cassazione (sent. n. 19599/2016) il divieto di maternità surrogata non sarebbe da configurare quale principio di ordine pubblico, in quanto la legge 40/2004 che lo prevede non avrebbe un contenuto costituzionalmente vincolato, per cui non sarebbe espressione di principi fondamentali bensì di scelte politiche contingenti del legislatore.

A fronte di questi diversi indirizzi giurisprudenziali della Corte di cassazione, il nuovo orientamento della Corte EDU consente di avanzare qualche riflessione. Nel momento in cui il giudice di Strasburgo evidenzia come l'obiettivo del divieto di surrogazione di maternità sia in realtà quello di perseguire l'interesse generale delle donne e dei bambini, sembrerebbe esprimere un indirizzo più vicino a quello della sent. n. 24001/2014, che per l'appunto ritiene la legge 40/2004 – che sancisce tale divieto – espressione di un principio costituzionale quale la dignità della gestante. Nella valutazione effettuata dalla Grande Camera sembra, cioè, che, pur partendo dalla fattispecie concreta, si voglia recuperare il valore dell'interesse *generale e astratto* a favore delle donne e dei bambini, che per le prime si sostanzia nella tutela del loro diritto alla salute, nel divieto di sfruttamento del loro corpo e nella protezione della propria libertà personale da accordi di GPA invasivi della loro libertà³⁰, mentre per i secondi si concretizza nel

29 Sul punto cfr. C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2015, 243.

30 In tal senso B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 124 ss., considera «che la *surrogacy* pone la gestante ad una serie di rischi non irrilevanti per la sua salute», con un'ulteriore valutazione per cui «anche nei Paesi più sviluppati, dove le condizioni della donna sono migliori e dove sono meno probabili casi estremi di sfruttamento, si deve rilevare che vi è, in genere, una disparità socio-economica non irrilevante tra committenti e gestanti». Allo stesso tempo l'A. paventa anche il rischio, in questo caso di PMA, «di strumentalizzazione e mercificazione del corpo femminile», senza dimenticare infine «che gli accordi di maternità surrogata non si limitano a prevedere la «messa a disposizione» dell'utero della gestante, ma regolano in

voler evitare al neonato «l'esperienza del distacco dalla partoriente (per lui prima madre) a cui è costretto, [...] il pericolo di mercificazione di cui può diventare oggetto nonché [...] la possibilità di trovarsi al centro di conflitti, anche violenti, tra madre sostituta e genitori committenti sulla spettanza della potestà genitoriale»³¹.

In breve, alla presenza di determinati requisiti che caratterizzano la fattispecie all'esame della Corte di Strasburgo, come l'assenza di legame genetico tra i ricorrenti e il neonato e la breve durata del loro rapporto di convivenza, l'interesse concreto del singolo minore non sembra più prevalente, tanto da non essere messo in risalto dalla *Grande Chambre*, e la fattispecie tende a non assumere più i caratteri della vita familiare, ma della vita privata *ex art. 8 CEDU*, sicché nel bilanciamento complessivo di tali interessi il percorso argomentativo della Corte EDU mette in luce quell'interesse generale e astratto delle donne e dei bambini ora illustrato³².

Sulla vincolatività di tale orientamento della Corte EDU – anche se espresso dalla Grande Camera – si devono ribadire, tuttavia, le perplessità prima emerse a seguito della sent. n. 49/2015 della nostra Corte costituzionale, soprattutto in considerazione del fatto che «è [...] la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra»³³. Ebbene, *rebus sic stantibus* non sembra che si sia arrivati, almeno al momento, ad alcun indirizzo definitivo proprio per i contrasti presenti all'interno della stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Ciò naturalmente comporta un ulteriore carico di responsabilità per l'interprete, principalmente i giudici, che devono operare con la consapevolezza

modo molto pervasivo la sua vita nel corso della gravidanza, giungendo a limitarne la libertà personale con modalità che appaiono poco compatibili con la dignità della donna». Per S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2015, 45, il divieto di GPA «esprime una doppia, congiunta valenza: esso afferma l'insostituibilità della figura materna e si oppone alla contrattualizzazione-mercificazione della maternità e della filiazione».

31 Cfr. B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, cit., 69 s.

32 Per J. LONG, M. NALDINI, "Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, in *Genius*, n. 2, 2015, 167, il principio del superiore interesse del bambino può anche essere inteso «non con riferimento concreto a un singolo bambino, ma a tutti i bambini che potrebbero essere astrattamente lesi nel loro diritto a una famiglia migliore possibile qualora si aprisse un canale indiscriminato per il loro procacciamento a opera di aspiranti genitori».

33 Corte cost., sent. n. 49/2015, punto 7 del *Considerato in diritto*.

za di affrontare una materia gravida di interessi contrapposti, com'è tipico che accada nelle tematiche bioetiche in cui l'approccio di base non può che essere caratterizzato dalla «“ricerca di un [ragionevole] bilanciamento”» all'interno di un modello costituzionale ispirato al pluralismo assiologico. In tale criterio metodologico si rinviene «la principale soluzione alle questioni giuridiche poste dalle bioetiche», mentre risulta «incompatibile con l'ordinamento pluralista qualsiasi “ritorno a forme di monolitismo etico”»³⁴. In particolare il divieto di maternità surrogata va allora valutato con grande attenzione alla luce di una «bioetica costituzionale»³⁵, che deve adottare quale criterio guida il ragionevole bilanciamento di principi e interessi costituzionali eventualmente confliggenti.

In via preliminare, è utile richiamare la Corte costituzionale che nella sent. n. 162/2014 si è espressa sul divieto di maternità surrogata, ritenendolo di «perdurante validità ed efficacia». La valutazione è importante se si considera che nella decisione la Consulta, pur trattando di disposizioni legislative sul diverso tema della fecondazione eterologa, ha avvertito comunque la necessità di esprimere questo tipo di giudizio sul divieto di GPA, nonostante la «prescrizione [normativa di divieto] non [fosse stata] censurata e [...] in nessun modo ed in nessun punto [...] incisa dalla [...] pronuncia»³⁶.

L'esame complessivo del tema richiede, in ogni caso, di soffermarsi sulla differenza tra maternità surrogata a titolo oneroso e quella a titolo gratuito. Per ciò che concerne la prima, la valutazione non può prescindere dall'art. 21 della Convenzione di Oviedo, secondo cui «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto»³⁷. A tale disposto va poi aggiunto l'art. 3, 2° co., lett. c, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, per il quale «nell'ambito della medicina e della bio-

34 Ci si richiama all'approccio metodologico, condivisibile, espresso da A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 2.

35 Cfr. L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in Id. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, XVI ss., secondo cui «nella contrapposizione tra più modi di intendere le più controverse questioni della vita umana, l'interprete dovrà [...] sforzarsi di rinvenire il giusto punto di equilibrio fra tutti i beni di rilievo costituzionale ritenuti meritevoli di analogha considerazione».

36 Corte cost., sent. n. 162/2014, punto 9 del *Considerato in diritto*. Per un commento a tale pronuncia della Consulta cfr., *ex multis*, L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2014, e A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2014, 1 ss.

37 Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina del 4 aprile 1997.

logia devono essere in particolare rispettati: [...] c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro». Esiste, dunque, un limite assoluto alla possibilità di disporre del proprio corpo per fini lucrativi in ossequio al (pur complesso) principio costituzionale di dignità della persona umana³⁸: come è stato efficacemente evidenziato in dottrina «una tale obbligazione strumentalizza il corpo femminile, perché degrada la donna ad esclusivo mezzo di soddisfacimento dei fini altrui»³⁹.

Più problematica, invece, appare la valutazione nell'ipotesi in cui si abbia una gestazione per altri a titolo gratuito, quindi per fini soltanto solidaristici. In questo caso vi sarebbe lo spirito di piena solidarietà da parte della donna surrogata, il cui fine esclusivamente altruistico escluderebbe l'illiceità di tipo commerciale, unitamente alla «libertà fondamentale [...] di formare una famiglia con dei figli», come recentemente è stato precisato dal giudice delle leggi relativamente al caso della fecondazione eterologa⁴⁰. Pertanto, questi due aspetti sembrerebbero evidenziare la conformità a Costituzione di tale pratica surrogatoria sotto più profili, quello della solidarietà *ex art. 2 Cost.*, quello della libertà di autodeterminazione della coppia nel voler procreare, ai sensi dell'*art. 13 Cost.*, e quello, infine, del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, dal momento che, secondo la Consulta, «l'im-

38 Cfr. C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2016, 180 s., la quale evidenzia come la Convenzione di Oviedo sia stato «il “primo strumento giuridico internazionale obbligatorio che protegge la dignità, i diritti e le libertà dell'essere umano contro ogni abuso di progressi della biologia e della medicina”». Tuttavia, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2009, 57 ss., non manca di sottolineare la problematicità del concetto di dignità umana nel biodiritto, che rappresenta «spesso un elemento controproducente, potente catalizzatore di *Weltanschauungen* lontane e fra loro complessivamente incompatibili».

39 Così si esprime A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., 480. Sulla distinzione della maternità surrogata in funzione della natura del rapporto negoziale che si instaura tra i soggetti interessati v. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, cit., 4.

40 Corte cost., sent. n. 162/2014, punto 13 del *Considerato in diritto*. In tema di diritto alla procreazione cfr. F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita (voce)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 2015, 345 ss. È significativo quanto sostenuto da L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le “due culture”*, in *federalismi.it*, n. 21, 2015, 16, il quale riporta un passo di una pronuncia del Tribunale di Milano (Sez. V civ., sent. 21 maggio 2013, n. 7085) per cui il «diritto al concepimento [...] fa parte delle fondamentali estrinsecazioni della persona umana riconosciute dalla Costituzione, catalogabili come diritti inviolabili (art. 2 e art. 29 Cost.), in ragione della basilare inerenza al nucleo dell'individuo (così come sancito dalla Suprema Corte a proposito del diritto alla sessualità – Cass. n. 13547/09)».

possibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*» può «incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia» dal punto di vista psichico⁴¹.

Dall'altro lato, tuttavia, permangono talune obiezioni già considerate per la GPA a titolo oneroso, come ad esempio la constatazione che nella pratica della maternità surrogata la donna – anche nell'ipotesi di libera e gratuita autodeterminazione – rimarrebbe comunque «un mezzo per realizzare il progetto di genitorialità di altri»⁴². Soprattutto, però, nella GPA a titolo gratuito si evidenzia la necessità di tutelare l'interesse costituzionale del minore, nel senso di preservarlo nella sua salute psichica che potrebbe essere compromessa dall'interruzione dei «legami di tipo epigenetico» che sorgono tra la madre gestante e il nascituro, condizionandone lo sviluppo psicologico⁴³. Inoltre, e sempre nell'ottica del *best interest of the child*, è utile rammentare quanto sostenuto dalla Cassazione relativamente all'istituto dell'adozione, «con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole

41 Ancora Corte cost., sent. n. 162/2014, punto 7 del *Considerato in diritto*. Per questi aspetti sulla GPA a titolo gratuito cfr. A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 142 ss. Considera conforme a Costituzione la GPA a titolo gratuito, soprattutto in caso di «profonde ragioni di oblatività endofamiliare», S. PRISCO, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 216 s. Circa la difficoltà nel verificare il titolo gratuito e il puro spirito di solidarietà in questo tipo di maternità surrogata v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *il Corriere giuridico*, n. 10, 2016, 1222 s.

42 Cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., 480.

43 Sul punto cfr. C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, cit., 183 s., la quale richiama (nota 36) dottrina scientifica a supporto della tesi relativa al danno psicologico, mentre B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionali-privatistici*, cit., 43, avanza qualche dubbio laddove afferma che «non sappiamo con certezza come la maternità di sostituzione possa influire sullo sviluppo psicologico del bambino». Riguardo al rapporto unitario tra madre gestante e bambino, cfr. N. LIPARI, *La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive*, in *Rassegna di diritto civile*, 1986, 572, che evidenzia come «il legame madre-figlio si esprime nella sua insopprimibile corporeità, per esaurirsi con lo svezzamento». Infine, relativamente al profilo psichico, il suo rilievo nello sviluppo del bambino è stato da ultimo evidenziato da Corte di cassazione, sent. n. 7762/2017, secondo cui «il prioritario interesse del minore va in ogni caso temperato con il diritto del genitore che trova tutela nell'articolo 30 Cost. e che può essere sacrificato soltanto in presenza del rischio della compromissione dello sviluppo psicofisico del minore».

particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»⁴⁴. Naturalmente, il giudice della legittimità quando richiama i profili di garanzia dell'istituto dell'adozione si riferisce al relativo procedimento giurisdizionale e alla «valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice», sulla genitorialità disgiunta dal legame biologico, «alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto»⁴⁵.

Come si vede in un contesto così problematico di principi e interessi costituzionali contrapposti è veramente difficile riuscire ad individuare una soluzione opportunamente bilanciata, anche in considerazione del fatto che i ragionevoli punti di equilibrio possono essere diversi, tutti rimessi *ab initio* alla valutazione del legislatore. Perciò, partendo dalla tutela del minore sarebbe forse opportuno tenere conto dell'evidenza scientifica circa il problema dei risvolti psicologici conseguenti alla interruzione del rapporto tra madre gestante e neonato. Dinanzi a «chiare ed incontestabili prove di evidenza» scientifica che attestino sul punto una ripercussione negativa sulla nascente struttura psichica del bambino, dovrebbe propendersi per la legittimità del divieto di maternità surrogata, seppure a titolo gratuito⁴⁶. In tal caso, infatti, il divieto sarebbe non irragionevolmente giustificato dalla necessità di tutelare il minore, *ex artt.* 30, 1° co., Cost., e 31, 2° co., Cost., quale soggetto debole dei rapporti giuridici: «il biodiritto» troverebbe «nella scienza, che non può però sostituirsi al ruolo ineliminabile della politica, una sede idonea a fondare ragionevolezza, e quindi, anche legittimità, delle scelte legislative»⁴⁷.

In attesa di verificare la sussistenza o meno di prove di evidenza scientifica, in una direzione o in un'altra⁴⁸, rimane ovviamente il problema più urgen-

44 Corte cass., sent. n. 24001/2014, 14.

45 Ancora Corte cass., sent. n. 24001/2014, 16.

46 Sulle «ambiguità delle innovazioni tecnologiche» e sulle «prove di evidenza scientifica», cfr. L. CHIEFFI, *I paradossi della medicina contemporanea*, in Id. (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, Torino, 2003, 9 ss. e 27 ss.

47 Di recente, cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 17 s. Sul tema del bilanciamento e della ragionevolezza nei giudizi di costituzionalità, cfr. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014, e F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007. Sulle disposizioni costituzionali a tutela dei minori, cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, Milano, 2016, 37 s.

48 Al momento sembra difficile acquisire prove incontestabili di evidenza scientifica. Si tenga conto, infatti, che il danno psicologico cui ci si richiama può essere verificato soltanto nel periodo adolescenziale e di prima giovinezza di coloro che ora sono ancora neonati o, comunque, lontani da tali fasi di crescita.

te della differente disciplina a livello internazionale del divieto di maternità surrogata, come provano i diversi casi giurisprudenziali prima esaminati. La soluzione forse più opportuna potrebbe essere quella di attenersi al principio di precauzione, nel senso di garantire la salute soprattutto del bambino affidando alla magistratura, in relazione al caso concreto, la verifica del rischio di un possibile danno grave e irreversibile conseguente alla interruzione del rapporto tra madre gestante e neonato⁴⁹. Il giudice dovrà, cioè, valutare alla luce di tutte le circostanze della fattispecie la soluzione più favorevole per il piccolo, che non necessariamente deve coincidere con la permanenza del minore presso la coppia committente come dimostra la decisione della *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo. Insomma, il giudice dovrebbe sindacare caso per caso le tre possibili soluzioni per il minore, quindi quella della genitorialità sociale della coppia committente, della genitorialità sociale in seguito ad adozione o della genitorialità biologica⁵⁰.

È evidente che la soluzione prospettata di constatare attraverso la scienza l'esistenza di una unitarietà tra la madre gestante e il nascituro, con le possibili conseguenze sotto il profilo della formazione psicologica del bambino, rimarrebbe valida a prescindere dalla natura etero o *same-sex* della coppia committente la maternità surrogata, proprio in virtù di una scelta che sarebbe dettata da ragioni scientifiche, prive di alcuna pregiudizialità legata all'orientamento sessuale.

4. Il carattere omosessuale delle coppie diviene, invece, centrale riguardo alla loro possibilità di adottare un bambino, anche a seguito di maternità surrogata, come dimostrato dalla richiamata sentenza del Tribunale di Roma. Seppure nel presente contributo l'argomento dell'adozione da parte di una coppia *same-sex* è limitato alle ipotesi di GPA,

49 Sul principio di precauzione v. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il principio di precauzione – Profili bioetici, filosofici, giuridici*, 18 giugno 2004, in http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/principio_precauzione.pdf. Per A. ZEI, *Principio di precauzione (voce)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 2008, 671, «il principio di precauzione nasce per offrire una risposta al problema della gestione dei rischi (corsivo nostro) per la salute delle persone e per l'ambiente quando neppure la più seria istruttoria scientifica sia in grado di fornire delle certezze riguardo ai pericoli, agli oneri e agli effetti collaterali connessi ad una determinata attività».

50 Cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., 482 ss. L'importanza dell'intervento della magistratura, seppure con maggiore riguardo alle ipotesi di inerzia del legislatore, è bene evidenziata da L. CHIEFFI, *Introduzione. Prospettive di dialogo tra Scienza e Diritto*, in Id. (a cura di), *La medicina nei Tribunali*, Bari, 2016, 13.

non di meno una riflessione sull'omogenitorialità non può prescindere da quanto sostenuto in termini generali dalla Corte di cassazione nella recente sent. n. 12962/2016.

Il dato normativo di partenza sulle adozioni è rappresentato dalla legge 184/1983, art. 44, 1° co., lett. *d* (adozione in casi particolari), secondo cui «i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7», cioè pur non sussistendo lo stato di abbandono che invece è il presupposto indispensabile per l'adozione tipica, quale quella «legittimante». Secondo la Cassazione l'art. 44, 1° co., va interpretato nel senso che «l'accertamento di una situazione di abbandono [...] non costituisce [...] una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari»⁵¹. Del resto, questa interpretazione trova riscontro anche nella Corte costituzionale, per la quale «l'art. 44 della legge n. 184 del 1983 si sostanzia in una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione “legittimante”»⁵².

Nella specifica fattispecie esaminata dalla Suprema Corte una delle ipotesi di adozione ‘particolare’ in cui è possibile fare a meno dell'accertamento dello stato di abbandono è quella rappresentata dalla lett. *d* dello stesso art. 44, 1° co., cioè «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo». L'insieme di queste due condizioni – assenza di un contesto di abbandono e impossibilità di affidamento preadottivo – può aprirsi «alla più ampia opzione ermeneutica che ricomprenda [...] tutte le ipotesi in cui, pur in difetto dello stato di abbandono, sussista in concreto l'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatisi con altri soggetti, che se ne prendono cura»⁵³. È evidente, cioè, che se vi

51 Corte cass., sent. n. 12962/2016, in <https://www.personaedanno.it/attachments/article/49846/SENTENZA%20CORTE%20DI%20CASSAZIONE.pdf>, 31. Va precisato che l'art. 7, 1° co., legge 184/1983, prevede lo stato di adottabilità per i minori e, ai sensi del successivo art. 8, 1° co., «sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono».

52 Corte cost., sent. n. 383/1999, punto 2 del *Considerato in diritto*.

53 Corte cass., sent. n. 12962/2016, 40. In ragione di tale interpretazione ne consegue che tra le persone che possono occuparsi di un minore si potrebbe annoverare anche una coppia omosessuale, per cui secondo S. CELENTANO, *Non più figli di un diritto minore*, in <http://www.questionegiustizia.it>, 30 giugno 2016, la Corte di cassazione con la sent. n. 12962/2016 «statuisce in via definitiva che sussiste un diritto fondamentale dei minori cresciuti in coppie omogenitoriali, a mantenere una relazione familiare legalmente riconosciuta anche con il cd. genitore sociale». Di diverso avviso è G. MIOTTO, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2015, 1340 s., per il quale la formulazione dell'art. 44 «è tale da escludere di per sé stessa un'interpretazione della

sono già persone che si occupano del minore non sussistono né l'abbandono né la condizione per l'affidamento preadottivo, per cui si avrebbe – a giudizio della Cassazione – l'ipotesi della cd. impossibilità di diritto a tale tipo di affidamento, integrandosi gli estremi della diversa adozione in casi particolari. In tal modo la Cassazione ha confermato quanto sostenuto dal Tribunale di Roma nella sentenza prima illustrata, laddove il giudice capitolino aveva individuato nell'art. 44, 1° co., lett. d, un'ipotesi di impossibilità giuridica nei termini ora descritti, escludendo al contrario una mera impossibilità di fatto semplicemente legata a singole circostanze che non consentano l'affidamento preadottivo⁵⁴.

Tale indirizzo interpretativo della Corte di cassazione è in sintonia, ancora, con quanto sostenuto dalla Consulta, secondo la quale «a differenza di quella “legittimante”, la particolare adozione del citato art. 44 non recide i legami del minore con la sua famiglia di origine, ma offre allo stesso la possibilità di rimanere nell'ambito della nuova famiglia che l'ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui: i parenti o le persone che hanno con lui rapporti stabili e duraturi preesistenti alla perdita dei genitori, ovvero il nuovo coniuge del genitore»⁵⁵.

Di poi, poiché possono accedere alla adozione in casi particolari tanto le persone singole quanto le coppie di fatto, il giudice della legittimità ritiene – per completare l'illustrazione della sent. n. 12962/2016 – che per ragioni antidiscriminatorie non può essere dato «rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione

lettera d) volta a consentire l'adozione anche al convivente del genitore dell'adottando: il fatto che questi abbia un genitore e non si trovi in «stato di abbandono», infatti, è di per sé tale da impedire la «constatazione» dell'impossibilità di un suo affidamento preadottivo e, dunque, da vanificare il presupposto previsto dalla disposizione in esame. [...] Quindi, sul piano strutturale, il sistema adozionale italiano prevede l'adozione della coppia genitoriale come la regola e quella del singolo come l'eccezione, sicché le disposizioni di cui all'art. 44 paiono dettare altrettante norme eccezionali, insuscettibili di interpretazione estensiva». Infine, per una valutazione sulla idoneità di una coppia *same-sex* alle funzioni genitoriali v. A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, in www.diritticomparati.it, 18 dicembre 2013.

54 Sulle ccdd. impossibilità di fatto e di diritto cfr. V. MONTARULI, *La creazione della 'stepchild adoption' tra evoluzione normativa e interpretazioni giurisprudenziali*, in <http://questionegiustizia.it>, 11 luglio 2016, 2 s. Sul punto cfr. ancora A. SCHILLACI, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, in <http://www.articolo29.it/2016>, 23 marzo 2016, 2.

55 Corte cost., sent. n. 383/1999, punto 2 del *Considerato in diritto*.

da questo stabilita con il proprio *partner*», per cui l'applicazione dell'art. 44 può essere estesa anche alle coppie omosessuali⁵⁶.

Naturalmente l'indirizzo interpretativo ora illustrato e teso a consentire l'adozione del minore anche a favore delle coppie *same-sex*, attraverso l'art. 44, 1° co., lett. *d*, fa leva sul principio del *best interest of the child* che permette di garantire la continuità affettiva e educativa della relazione tra l'adottante e l'adottando. Tale contesto normativo non si è modificato con l'entrata in vigore della legge 76/2016 che riconosce le unioni civili tra persone del medesimo sesso, in quanto l'art. 1, 20° co. – dopo aver sancito che le disposizioni relative al matrimonio si applicano ad ognuna delle parti dell'unione civile – stabilisce poi che questo principio non riguarda le «disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184 [legge sulle adozioni]. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

In questo modo la legge 76/2016 non è intervenuta sul tema delle adozioni, lasciando tutto inalterato come si evince chiaramente dalla formula normativa ora richiamata, per cui «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Ciò significa che il legislatore ha inteso affidare, con l'unica scelta che ha effettuato, la soluzione del problema della *stepchild adoption* alla magistratura, la quale potrebbe ricorrere in modo decisivo per la conclusione delle controversie – come nei casi delle pronunce illustrate – al principio del superiore interesse del minore il cui perimetro di applicazione, però, non sempre appare chiaro.

5. Com'è noto uno dei punti più controversi dell'originario d.d.l. Cirinnà era per l'appunto la previsione dell'adozione del figlio del partner a favore dell'altro membro di una coppia *same-sex*. Su questa specifica disposizione normativa non si è riusciti a coagulare una maggioranza parlamentare, in quanto da una parte del Parlamento era sensibilmente

56 Corte cass., sent. n. 12962/2016, 43. Sul punto la Suprema Corte richiama anche la Corte EDU, 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *X ed altri c. Austria*. Relativamente al «*paradigma* antidiscriminatorio» cui si richiama la sent. n. 12962/2016, cfr. S. CELENTANO, *Non più figli di un diritto minore*, cit. Per S. PRISCO, M. MONACO, *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2014, 278 s., «la giurisprudenza italiana di merito – e ormai anche quella della Corte di Cassazione – è comunque orientata a non ritenere rilevante la circostanza dell'orientamento sessuale, nei casi di affidamento di figli minori, anche in via esclusiva [...], dovendosi semmai valutare la capacità educativa e di relazione del genitore o della genitrice rispetto all'equilibrio psicologico dei figli e al loro benessere complessivo, essendo insomma essenziale tenere conto del primario interesse di questi ultimi».

avvertito il rischio di favorire con la *stepchild adoption* le pratiche all'estero di maternità surrogata; pertanto, si decise per lo stralcio dell'originaria disposizione all'interno del d.d.l. senza però prendere alcuna posizione sul punto, affidando la soluzione del problema – si ribadisce – alla magistratura, attraverso la formula normativa sopra citata del comma 20, art. 1, dell'attuale legge 76/2016⁵⁷. In breve, il Parlamento ha deciso...di non decidere, almeno direttamente!

Questo indirizzo parlamentare che tende sostanzialmente a rinviare le soluzioni legislative è purtroppo frequente in molti campi del biodiritto (come ad esempio il fine vita o l'inizio vita, almeno sino all'adozione della legge 40/2004)⁵⁸, sicché i giudici devono farsi carico – in ragione del gravoso divieto di *non liquet* – del compito di sciogliere i nodi problematici che il Parlamento ha omesso di affrontare. Tuttavia, non meno evidenti sono gli aspetti egualmente problematici che conseguono a tale tipo di soluzione sotto il profilo della certezza del diritto, dell'unitarietà dell'ordinamento nel caso di contrastanti indirizzi giurisprudenziali e della possibilità di differenti giudicati in ragione delle diverse sensibilità dei giudici, in palese contrasto con l'art. 3 Cost.⁵⁹ A ciò si aggiunga che la scelta

57 È sintomatico, sullo stralcio in oggetto, quanto sostenuto da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, cit., 1217, secondo cui «era subito parso ad alcuni osservatori che con la disposizione sottoposta all'ultimo momento al voto di fiducia la politica avesse rilasciato alla giurisdizione, con una “strizzatina d'occhio” invece che con una norma, l'autorizzazione a realizzare fuori del Parlamento quel medesimo disegno normativo [...] cui l'organo legislativo aveva nel frattempo deciso di dire, formalmente, di no». In termini generali sui 'silenzi' del legislatore è interessante la tesi di S. PRISCO, *La musica della vita*, Napoli, 2015, 110 s., quando rileva che «si è parlato [...] di tolleranza attraverso la scelta consapevole del “silenzio repressivo” del legislatore, o quantomeno [...] della volontà che le opzioni più incisive in merito siano affidate all'evoluzione del costume, senza che questo implichi dunque necessariamente uno sfavore verso soluzioni più “aperte”, ma lasciandone la responsabilità di condividerle al progressivo e necessariamente lento formarsi di un consenso sociale diffuso verso le differenti pratiche, prima (o in luogo di) di tradurne gli equilibri e le mediazioni raggiunte in formali disposizioni normative».

58 Sull'assenza, ma anche sui ritardi e inadeguatezze del legislatore nelle principali tematiche della bioetica, cfr. da ultimo A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., spec. 129 ss. È opportuno comunque rammentare che il 20 aprile 2017 è stato approvato, in prima lettura, alla Camera dei deputati il d.d.l. n. 2801 sul cd. biotestamento.

59 In relazione all'intervento dei giudici in termini di supplenza cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 3 ss., e nota 64; cfr. anche R. BIN, *A discrezione del giudice*, Milano, 2013, 73, e R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2014. Non va dimenticato come C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 70 ss.,

giurisprudenziale di acconsentire alla *stepchild adoption* sembrerebbe generare una sorta di corto circuito democratico su questo specifico punto, a prescindere dalle opzioni di merito, poiché si è registrato un implicito diniego del Parlamento che ha portato a stralciare dall'originario d.d.l. questo tipo di soluzione, a fronte però della disposizione di cui al ripetuto comma 20, art. 1, che permette al giudice in concreto la possibilità di ricorrervi⁶⁰.

Allo stesso tempo è stato evidenziato in dottrina, a carico della magistratura, che se da un lato il suo intervento suppletivo – in termini generali – non può che essere funzionale agli equilibri di sistema, dall'altro lato è altrettanto verosimile immaginare la possibilità «“[...] di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, [del]la manipolazione arbitraria del testo normativo», quando non «lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero”»⁶¹.

Ciò è tanto più significativo se si tiene conto della genericità di cui soffre il principio del *best interest of the child*⁶², che rappresenta la principale giustificazione alla *stepchild adoption*. Va precisato innanzitutto che questo principio ha avuto una sua traduzione normativa nell'art. 3 della Conven-

distingua tra due linee di indirizzo degli ordinamenti: «una di segno interventista ed una di segno astensionista». L'esperienza italiana, secondo l'A., rappresenta «una versione patologica del modello astensionista», i cui caratteri «potrebbero indicarsi nell'assenza prolungata ed estesa di regole normative di riferimento» con «conseguenze insostenibili sia per la garanzia dei diritti dei soggetti coinvolti, sia per le difficoltà dei giudici di reperire norme atte a orientare la loro attività, sia, infine, per la certezza nel comportamento da adottare da parte dei medici e della prevedibilità delle relative conseguenze».

60 È significativo come la Corte d'appello di Milano, con la sentenza del 9 febbraio 2017, proprio prendendo spunto dal sopra citato comma 20, abbia dichiarato che «non emerge affatto una volontà del Legislatore di delimitare più rigidamente i confini interpretativi dell'adozione in casi particolari ma, semmai, emerge la volontà contraria, tanto è vero che, successivamente alla emanazione della legge, vi sono state altre pronunzie che, in casi analoghi a quello in esame, hanno accolto la domanda di adozione ex art. 44 d)» (il richiamo è a Corte App. Torino, 27 maggio 2016).

61 Così si esprime, richiamandosi alla Corte di cassazione, L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in *Questione Giustizia*, n. 2, 2016, 208 s., il quale evidenzia ancora la possibilità «di una “negligenza inescusabile” determinata “da una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi e da una trascuratezza così marcata ed ingiustificabile da apparire espressione di una vera e propria mancanza di professionalità, concretizzantesi in una violazione grossolana e macroscopica della norma ovvero in una lettura di essa contrastante con ogni criterio logico”».

62 In tal senso cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 73.

zione sui diritti del fanciullo⁶³, il che gli consente «di integrare in via interpretativa», *ex art. 2 Cost.*, il catalogo dei nostri diritti costituzionali, oltre a rappresentare un vincolo internazionale per il legislatore *ex art. 117, 1° co.*, *Cost.* Ciò nonostante, però, una parte della dottrina ne ha evidenziato la «sua indeterminatezza», le «ambiguità semantiche e la deriva retorica del principio», paventando il pericolo, in caso di suo utilizzo, «[del]l'arbitrio dei giudici o degli organi amministrativi»⁶⁴.

Sembra allora opportuno sottolineare come il principio del 'superiore interesse del minore', nonostante la sua formula, non presenti alcun carattere di sicura preminenza tra i principi costituzionali, essendo ragionevolmente bilanciabile con gli altri diritti costituzionali⁶⁵. In caso contrario, diversamente, lo si dovrebbe qualificare come un principio tiranno, aumentando il rischio di veicolare attraverso di esso diritti che in realtà sono degli adulti o della coppia, come il diritto alla genitorialità o il diritto alla non discriminazione, egualmente meritevoli di tutela, ma non in

63 L'art. 3, 1° co., della Convenzione sui diritti del fanciullo, New York 20 novembre 1989, ratificata in Italia con la legge 176/1991, dispone che «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Tra i riferimenti normativi a tutela dell'interesse del minore è opportuno ricordare altresì l'art. 24, 2° co., Carta dei diritti UE, secondo cui «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente». Sul tema Corte cost., sent. n. 31/2012.

64 Ci si richiama in queste citazioni alla posizione recentemente espressa da E. LAMARQUE, *ult. op. cit.*, 71 ss., 77 ss.

65 Cfr. ancora E. LAMARQUE, *ult. op. cit.*, 83 ss. In termini diversi si esprime B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 9, per la quale questo principio «opera [...] alla stregua di una clausola generale, piuttosto che come una regola di giudizio o come un valore giuridico assoluto o da bilanciare», come conferma anche Corte App. Milano, ordinanza del 9 giugno 2017. Sembra, invece, assegnare «priorità ai "superiori" bisogni del bambino» C.M. LENDARO, *Omogenitorialità e minori*, in <http://www.questionegiustizia.it>, 26 settembre 2014, 7 s. La Corte di cassazione, molto recentemente, nella sent. n. 7762/2017, ha confermato che l'interesse del minore va valutato in relazione alle specifiche circostanze, in particolare sottolineando la necessità di «un accertamento in concreto dell'interesse del minore nelle vicende che lo riguardano [...] in relazione all'esigenza di uno sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale».

modo surrettizio e sempre nell'ambito di un ragionevole bilanciamento con eventuali diritti contrapposti⁶⁶.

A fronte di tale stato di cose appare chiaro come non possa condividersi la scelta del Parlamento di non decidere o, quanto meno, di affidare ogni soluzione alla magistratura, in ragione degli aspetti problematici ora illustrati. Sarebbe utile, dunque, una legge – pur aperta alle diverse opzioni, benché condivise – di ‘tipico stampo bioetico’ nell’ambito di uno Stato costituzionale ispirato al pluralismo, nel senso di un intervento regolatorio limitato ai principi e rispettoso, entro specifici margini, della libertà di autodeterminazione dei soggetti interessati, così da rendere facoltizzanti i loro comportamenti⁶⁷. Invero, se si fosse adottato uno specifico e stringente divieto di *stepchild adoption*, questo, al limite, si sarebbe coordinato con il divieto di GPA, ma dall’altro lato sarebbe stato, ad esempio, potenzialmente pervasivo per le scelte di una coppia *same-sex* relative ai figli avuti da un precedente rapporto di tipo eterosessuale.

66 Su tale pericolo si esprime G. MIOTTO, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, cit., 1345 ss., 1360 s., nonché B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 10 ss. Di questo rischio sembra consapevole ancora Corte App. Milano, ordinanza del 9 giugno 2017.

67 Si aderisce alla tesi espressa da A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., 25, laddove afferma che «una buona norma in bioetica è una norma che, in genere, ponga principi, disciplini semmai facoltizzando le condotte, bioeticamente rilevanti, lasciando margini alle scelte individuali dei soggetti coinvolti». Anche B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 13, auspica «un legislatore capace di scrivere leggi facoltizzanti, quelle che Elia invocava a salvaguardia della società plurale e multiculturale, ma anche capace di declinare principi a garanzia dell'umano che è comune». È interessante, in proposito, quanto sostiene A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, cit., relativamente al tema dell'affido dei minori a coppie dello stesso sesso, per cui «la soluzione maggiormente adeguata è insomma [...] quella che prende forma per effetto di una sana, "leale cooperazione" del legislatore da un canto, dei giudici dall'altro: all'uno spettando di far luogo al primo intervento, tracciando con statuizioni di principio, connotate da strutturale duttilità e capacità di adeguatezza al mutare dell'esperienza, il solco e fissando gli argini entro i quali possono svolgersi gli interventi degli altri, ai quali le discipline legislative dovranno pur sempre rimettersi conferendo le "deleghe" di volta in volta più congrue ai bilanciamenti in concreto che solo nelle sedi in cui si amministra giustizia possono convenientemente farsi».

In conclusione, il Parlamento italiano ha inteso non decidere per non assumersi la responsabilità politica di qualunque scelta eventualmente adottata, tuttavia in questo modo ha omesso di considerare – forse volutamente – che la mancata decisione legislativa è essa stessa una forma, anche più grave, di responsabilità politica.

MARIA CHIARA VITUCCI

LA MATERNITÀ SURROGATA AL VAGLIO DELLA CORTE DI STRASBURGO: IL CASO PARADISO E CAMPANELLI C. ITALIA

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le altre sentenze della Corte europea sulla maternità surrogata. – 3. La sentenza *Paradiso e Campanelli* al vaglio della Sezione e della Grande Camera. – 4. Ordine pubblico e diritti umani.

1. I cambiamenti della società si riflettono sugli istituti giuridici. Senza alcuna pretesa di completezza nel dar conto delle modifiche, non si può fare a meno di notare quanto le famiglie attuali siano diverse da quelle di solo 50 anni fa¹. Per definire le profonde trasformazioni avvenute, i civilisti hanno parlato di declinazioni al plurale del termine famiglia e di arcipelago familiare². Tutto è cambiato: dal legame tra famiglia e matrimonio alla responsabilità genitoriale, dai rapporti tra coniugi al riconoscimento del principio di unicità dello status di figlio. Ed è su questo ultimo punto che vorrei brevemente intrattenermi, per analizzare un aspetto della filiazione che sta facendo molto discutere e che ha recentemente interessato anche la Corte europea dei diritti umani.

Sappiamo infatti che la l. 219/2012 ha finalmente equiparato tutti i figli, quelli nati all'interno e fuori dal matrimonio, nonché i figli adottivi. Ma i mutamenti della società non si arrestano. Entrano in scena nuovi figli, nati mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita o con il ricorso alla maternità surrogata. In questo lavoro l'analisi del recentissimo caso *Paradiso e Campanelli* offrirà lo spunto per analizzare alcune questioni poste dalla maternità surrogata. L'ottica è quella di una internazionalista. La precisazione s'impone perché la gestazione per altri è vietata in Italia dall'art. 12 comma 6 della l. 40/2004. Quindi solo all'estero possono na-

-
- 1 Un recente volume utilizza la narrazione cinematografica per dar conto delle trasformazioni della famiglia: F. D'ALTO, M. PIGNATA, *Le forme della legge e le forme dell'arte. La famiglia italiana nel racconto cinematografico*, Napoli, 2017.
 - 2 F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 516 ss.; V. SCALISI, «Famiglia» e «Famiglie» in Europa, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 7 ss.

scere con l'utilizzo di questa tecnica bambini che siano figli di genitori italiani. I problemi che si pongono sono quindi di diritto internazionale privato – riconoscimento e trascrizione di atti di nascita prodotti all'estero – e di tutela dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che garantisce il diritto alla vita privata e familiare. Saranno quindi lasciate da parte, anche perché già analizzate in questo volume, altre questioni connesse alla maternità surrogata quali, ad esempio, quelle trattate dalla giurisprudenza di merito e di legittimità sui profili penalistici della pratica³.

2. Prima del caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, la Corte europea aveva già avuto modo di affrontare il tema della maternità surrogata in due sentenze, nei casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*⁴. Decisioni di merito e di legittimità di quel paese impedivano il riconoscimento di bambini nati all'estero mediante maternità surrogata, per contrarietà all'ordine pubblico⁵. Questa giurisprudenza è stata condannata dalla Corte di Strasburgo nelle due sentenze sopra richiamate. In quelle decisioni una Sezione della Corte europea ha stabilito che le norme francesi in materia di stato civile devono essere interpretate alla luce dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Di conseguenza, neanche in un ordinamento quale quello francese, che vieta la maternità surrogata, può essere rifiutata la trascrizione dell'atto di nascita di una bambina nata in Russia mediante surrogazione, anche se l'atto indica come genitori il padre e la madre intenzionale francesi. Parimenti non può essere negata la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelle nate in California (quindi statunitensi) mediante maternità per altri, da genitori intenzionali francesi. A seguito della condanna di Strasburgo, la giurisprudenza francese si è modificata, per lo meno nei casi in cui vi è un legame biologico tra padre e prole. Restano invece ancora inapplicabili gli atti di nascita formati all'estero nei confronti della madre

3 Cfr. C. COURTIN, *La gestazione per altri e il diritto penale in Francia*, in questo volume.

4 Corte europea dei diritti umani, caso *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, sentenza del 26 giugno 2014; Corte europea dei diritti umani, caso *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, sentenza del 26 giugno 2014. Per un commento cfr. S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 202 ss.

5 Cfr. L. ANTONINI-COCHIN, *Procreazione medicalmente assistita e filiazione nel diritto francese*, in questo volume.

intenzionale, il che comporta una situazione difficilmente giustificabile sotto il profilo del divieto di discriminazione⁶.

Nei casi *Mennesson* e *Labassee* la Corte rileva un'ingerenza dello Stato nel godimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione. Il controllo della ragionevolezza dell'ingerenza si articola in più fasi, ma è la valutazione sulla necessità dell'ingerenza in una società democratica quella che – nella maggior parte dei casi e anche in questo – porta la Corte all'accertamento della sussistenza di una violazione. È qui, infatti, che si esercita la ricerca del temperamento tra interessi collettivi e diritti individuali, tra esigenze della maggioranza e protezione delle minoranze, tra diverse tradizioni culturali e giuridiche.

Nel controllare se l'ingerenza rispetti tutti i requisiti previsti, la Corte fa leva sull'ampio margine di apprezzamento dello Stato in situazioni come quella di specie, in cui non vi sia un consenso generalizzato tra i paesi membri del Consiglio d'Europa. Nell'indagine di diritto comparato la Corte dà conto della posizione di 35 Stati europei oltre alla Francia, paese nel quale la gestazione per altri è espressamente vietata. L'analisi comparatistica mostra una situazione variegata: si va dai 14 paesi in cui la maternità surrogata è vietata esplicitamente ai 7 Stati in cui è permessa; vi sono poi 4 Stati in cui è tollerata, 10 Stati in cui ha uno status incerto e 13 Stati nei quali è possibile il riconoscimento di una situazione creata legalmente all'estero⁷.

La Corte stabilisce che il pur ampio margine di discrezionalità dello Stato è stato superato. Più precisamente, la Corte distingue tra la vita familiare dei genitori e la vita privata del minore nato all'estero attraverso la pratica della surrogazione. Mentre i limiti al godimento della vita familiare tra genitori e figlie sono considerati ricompresi nell'ampio margine di apprezzamento dello Stato, la Corte perviene a un giudizio diverso per ciò che concerne il diritto alla vita privata delle bambine nate mediante gestazione surrogata, sotto il profilo della loro identità personale. Nei due casi francesi la Corte ritiene che vi sia stata violazione: il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione concreta infatti un'ingerenza sproporzionata nella vita privata delle minori⁸. Dell'identità personale fa parte anche tutto ciò che concerne i legami di filiazione e da questo punto di vista le figlie si trovano in uno stato di grande incertezza giuridica, passibile di avere ricadute

6 *Ibid.*

7 *Mennesson c. Francia*, cit., par. 78; *Labassee c. Francia*, cit., par. 31-33.

8 Cfr. G. PUMA, *Trascrizione degli atti di matrimonio omosessuale celebrato all'estero alla luce della CEDU*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 395 ss., 416.

anche dal punto di vista della cittadinanza⁹. La Corte conclude l'operazione di bilanciamento, affermando che non è stato attribuito il giusto rilievo all'interesse superiore del minore¹⁰, garantito dall'art. 3, par. 1 della Convenzione sui diritti del bambino¹¹. Le due sentenze confermano un orientamento che si era già affermato in ambiti diversi, ai sensi del quale l'art. 8 della Convenzione funge da controlimita dell'ordine pubblico¹². L'art. 8 della CEDU condiziona dunque il funzionamento dei meccanismi internazionaliprivatistici, prevalendo su di essi. Lo si era già visto nei casi *Wagner* e *Negropontis*¹³. Nel primo caso, la Corte aveva riconosciuto che le autorità lussemburghesi avevano violato la Convenzione, non attribuendo effetti di adozione piena ma solo di adozione semplice a una decisione di adozione resa in Peru nei confronti una madre single, il cui diritto nazionale (lussemburghese) vietava ai singoli l'adozione piena. In questo caso l'art. 8 (tutela della vita familiare di fatto tra madre e figlio) della Convenzione prevale sulle norme di diritto internazionale lussemburghesi. Nel secondo caso, il diritto all'identità personale (nel suo aspetto della possibilità di continuare a usare il proprio nome) di una persona adottata da un monaco ortodosso prevale sul divieto di adozione che l'ordinamento greco impone agli appartenenti a ordini religiosi.

3. Le due decisioni rese dalla Corte sul caso *Paradiso e Campanelli* offrono l'occasione per ragionare nuovamente su un argomento delicato: la questione della custodia su un bambino nato all'estero grazie a maternità surrogata e che – questa volta – non presentava nessun legame genetico con la coppia che, secondo la legge russa, lo aveva iscritto nei registri come figlio. L'assenza di legame biologico differenzia i fatti di questo caso dai precedenti già esaminati. Inoltre, in questo caso, i coniugi Paradiso e Campanelli agiscono solo in proprio e non anche per conto del minore, che quindi non è tra i ricorrenti.

9 *Mennesson c. Francia*, cit., par. 97; *Labassee c. Francia*, cit., par. 75.

10 *Mennesson c. Francia*, cit., par. 100; *Labassee c. Francia*, cit., par. 80.

11 Convenzione sui diritti del bambino, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 44/25 del 20 novembre 1989; Si veda anche il *General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration* (Art. 3, para. 1), UN Doc. CRC/C/GC/14 del 29 maggio 2013.

12 S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 207.

13 Corte europea dei diritti umani, caso *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01, sentenza del 28 giugno 2007; Corte europea dei diritti umani, caso *Negropontis-Giannis c. Grecia*, ricorso n. 56759/08, sentenza del 3 maggio 2011.

Ci troviamo di fronte a due sentenze di contenuto contrastante, la prima resa da una Sezione¹⁴ e la seconda dalla Grande Camera¹⁵.

Nella prima decisione, la Sezione afferma che l'Italia ha violato l'art. 8 della CEDU.

I fatti all'origine della causa vedono i coniugi Paradiso e Campanelli rivolgersi a una clinica russa per poter procedere in Russia a una gravidanza surrogata, utilizzando il materiale genetico del signor Campanelli. La procedura medica va a buon fine e la madre surrogata partorisce un bambino dichiarando, secondo quanto previsto dalla normativa nazionale, di dare il consenso all'iscrizione nei registri dello stato civile del neonato come figlio dei signori Paradiso e Campanelli. Le autorità russe rilasciano quindi un certificato dal quale il bambino risulta figlio della coppia. Con questo certificato la signora Paradiso si reca al Consolato italiano per ottenere i documenti necessari per tornare in Italia. Qui la coppia chiede la trascrizione del certificato di nascita nel registro dello stato civile del comune di residenza, ma le viene opposto un rifiuto, perché il Consolato ha affermato che il certificato contiene dati falsi. I coniugi vengono indagati per i reati di falso, di cui agli art. 479 e 489 c.p., alterazione di stato civile e introduzione del minore in Italia in violazione della legge sull'adozione. Allo stesso tempo, il Tribunale dei minori di Campobasso inizia un procedimento per la dichiarazione dello stato di abbandono e adottabilità del minore. Nel corso del procedimento il Tribunale ordina un test del DNA, dal quale risulta che il bambino non è figlio biologico del signor Campanelli, forse a esito di uno scambio di provette; subito dopo il Tribunale ordina l'allontanamento del minore dalla casa dei ricorrenti¹⁶. Il minore trascorre un lungo periodo in una casa famiglia per venir poi affidato a un'altra coppia di genitori.

14 Corte europea dei diritti umani, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 27 gennaio 2015.

15 Corte europea dei diritti umani [GC], caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017.

16 Cfr. il precedente che si trova in una decisione della Cassazione: sentenza n. 24001 dell'11 novembre 2014, nella quale viene dichiarato lo stato di adottabilità di un minore nato mediante surrogazione di maternità perché la pratica è considerata contraria all'ordine pubblico. Cfr. però, *contra*, Corte d'appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, che ragiona sulla base dell'ordine pubblico «internazionale», formato dai valori condivisi dalla comunità internazionale. Per completezza, occorre rilevare che all'epoca dei fatti non c'era ancora il divieto di surrogazione, poi introdotto nella legislazione italiana e che tale dato è stato messo in evidenza nella sentenza. Sulla questione del cosiddetto ordine pubblico «internazionale» o «veramente internazionale», v. *infra* par. 4.

La questione più importante in questa decisione non concerne, come nei precedenti casi contro la Francia, la (mancata) trascrizione dell'atto di nascita, bensì l'allontanamento del bambino dalla casa familiare. Per la Sezione della Corte tale allontanamento rappresenta un'ingerenza nella tutela della vita privata e familiare nella quale, secondo giurisprudenza costante, sono ricompresi i rapporti di fatto. Anche in questo caso il punto centrale del controllo dell'ingerenza riguarda la questione se la misura sia necessaria in una società democratica. Pur considerando che in materie delicate, come quelle relative alle scelte nazionali sulla fecondazione assistita, lo Stato gode di un ampio margine di apprezzamento, la Corte reputa, all'esito del bilanciamento, che la misura dell'allontanamento è stata sproporzionata¹⁷. L'interesse superiore del minore avrebbe dovuto infatti essere l'oggetto principale dell'opera di bilanciamento fra interesse del singolo e quello della comunità¹⁸, mentre i giudici statali hanno attribuito grande importanza alla situazione di illegalità nella quale si erano trovati i genitori intenzionali¹⁹ e il minore è stato in sostanza svantaggiato per una causa a lui non attribuibile, cioè il modo in cui era venuto alla luce²⁰. La contrarietà all'ordine pubblico del certificato di nascita era stato il motivo dirimente per cui i giudici italiani avevano giustificato l'allontanamento del minore dai genitori intenzionali. Invece per la Corte l'allontanamento avrebbe potuto essere disposto solo come misura estrema, allo scopo di proteggere il minore da un pericolo grave e immediato²¹, in linea con la precedente giurisprudenza²². Sembra importante riportare l'affermazione della Corte ai sensi della quale «In the Court's opinion, the reference to public order could not, however, be considered as giving carte blanche for any measure, since the State had an obligation to take the child's best interests into account irrespective of the nature of the parental link, genetic or otherwise»²³. Con queste poche parole la Corte compie il passo in avanti di separare la genitorialità dal mero dato biologico, allineandosi ai filoni giurisprudenziali, anche italiani, che sottolineano il rilievo decrescente

17 *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 78.

18 *Ibid.*, par. 75. Cfr. anche A. VIVIANI, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali*, pubblicato il 3 febbraio 2015 su SIDIBlog, <http://www.sidiblog.org/2015/02/03/il-caso-paradiso-e-campanelli-ovvero-la-corte-europea-contro-i-pregiudizi-dei-giudici-nazionali/>.

19 *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 79.

20 *Ibid.*, par. 85.

21 *Ibid.*, cit., par. 80.

22 Cfr. M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *GenIUS*, 2015/1, 243 ss., 256 del testo e nota 88.

23 *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 80, corsivo aggiunto.

conferito dall'ordinamento all'aspetto biologico o genetico a vantaggio dei profili della volontarietà e della responsabilità genitoriale²⁴.

Il governo italiano ha proposto ricorso avverso la decisione della Sezione, che aveva ritenuto che le autorità statali – separando in modo definitivo il bambino dalla coppia che si era avvalsa della pratica di maternità surrogata – non avessero bilanciato in modo ragionevole i diversi interessi in causa. La Grande Camera ha deciso che l'Italia non ha violato l'art. 8 della CEDU.

In primo luogo la Corte europea ritiene che non vi sia alcun legame di vita familiare tra la coppia e il bambino. Riconosce che era sicuramente presente un progetto di genitorialità, che però – in quanto tale – non è meritevole della tutela riservata alla vita familiare, bensì solo di quella collegata alla vita privata. Nell'indagare circa l'esistenza di una vita familiare – questione di fatto collegata tendenzialmente al tempo trascorso insieme –, la Corte sembra attribuire un rilievo decisivo all'assenza di un legame biologico tra genitori e bambino. Per distinguere la decisione dai precedenti nei quali aveva ritenuto sussistente un legame di vita familiare anche a fronte di un breve periodo di convivenza, la Corte fonde la valutazione del tempo trascorso con questioni genetiche²⁵. La lettura di questa parte della sentenza genera una certa insoddisfazione. In discontinuità con i casi precedenti, viene infatti totalmente pretermesso il dato sostanziale del legame affettivo, fino a quel momento considerato di grande importanza nella ricostruzione della vita familiare di fatto²⁶.

Dopo aver concluso per l'assenza di un legame di vita familiare di fatto fra i ricorrenti e il minore, la Corte valuta se l'interferenza nella vita privata dei primi, derivante dall'esecuzione delle sentenze italiane in merito alla custodia del bambino, sia prevista per legge, risponda a uno scopo legittimo e sia necessaria in una società democratica. Riconosce che si tratta di una questione complessa e delicata e che, normalmente, quando entra in gioco un aspetto fondamentale che coinvolge l'esistenza di un individuo o la sua identità, il margine di apprezzamento dello Stato si restringe. Ma

24 Cfr. le recenti sentenze della Cassazione: sentenza n. 12962 del 22 giugno 2016, e sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016. Add. Corte d'appello di Milano, sentenza del 16 ottobre 2015. In dottrina M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, 259 ss.

25 [GC], *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 140-158.

26 Si appunta su questa discontinuità, per paventare il rischio di una relativizzazione della nozione di vita familiare di fatto, M. GERVAZI, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, in *AIC, Osservatorio Costituzionale*, 2017, fasc. 1, disponibile su <http://www.osservatorioaic.it/author/611>.

l'assenza di consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa fa sì che il margine torni a ricoprire un posto rilevante, soprattutto quando si tratta di questioni eticamente delicate. Si noti che la Corte non compie nuovamente un'analisi sulla prassi degli Stati, limitandosi a rinviare all'indagine già compiuta nei due casi precedenti contro la Francia²⁷. Sembra quasi che la Corte non consideri rilevante la questione del consenso, che abbia deciso che in ogni caso si trova di fronte a un ampio margine di apprezzamento dello Stato. La Corte deve comunque valutare se il margine sia stato superato. Nel bilanciamento tra l'interesse statale a vietare accordi di maternità surrogata per proteggere donne e bambini da questa pratica e il desiderio della coppia di avere un figlio, la Corte europea compie continue incursioni nelle valutazioni compiute dalle corti statali, quasi a mostrare una condivisione di valori. Le corti interne avevano dubitato che la coppia possedesse «genuine affective and educational abilities», anche se in realtà i signori Paradiso e Campanelli erano stati considerati idonei ad adottare. Le stesse corti avevano anche attribuito scarso rilievo al desiderio della coppia di continuare ad avere una relazione con il bambino. La Corte europea sembra fare proprio quell'atteggiamento punitivo²⁸, espresso in primo luogo dal Tribunale dei minori, volto a evitare che un ulteriore periodo di tempo trascorso insieme al bambino rischiasse di influire sul risultato del caso, legalizzando una situazione creata in violazione di norme interne²⁹. La Corte ritiene quindi che le autorità statali abbiano bilanciato in modo equo gli interessi in gioco, attestandosi entro i limiti dell'ampio margine di apprezzamento dello Stato italiano.

In conclusione, la Corte sostiene che le decisioni delle autorità italiane non abbiano violato il diritto alla vita privata dei ricorrenti, dal momento che erano tese alla tutela dell'ordine pubblico, e avevano quindi uno scopo legittimo. In particolare, si trattava dell'esigenza di rispettare le scelte nazionali in materia di procreazione medicalmente assistita e adozione internazionale. Le decisioni dei tribunali italiani sono poi considerate proporzionate perché tendenti a evitare che si legalizzi una violazione nata in violazione di regole importati del diritto italiano. Come vedremo in se-

27 [GC], *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 81, che rinvia all'analisi già compiuta nei casi *Mennesson e Labassee*, cit., *supra* nota 4.

28 La disapprovazione della Corte per la scelta dei ricorrenti è rilevata anche in un commento alla decisione di senso assai diverso da quello presentato qui: cfr. L. POLI, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, pubblicato il 21 febbraio 2017 su SIDIBlog, <http://www.sidiblog.org/2017/02/21/la-grande-camera-e-lultima-parola-sul-caso-paradiso-e-campanelli/>.

29 [GC], *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 213-215.

guito, la Corte “dimentica” di svolgere considerazioni che invece aveva fatto in altri casi che possono essere valutati alla stregua di precedenti circa l’interesse superiore del minore e la tutela della vita familiare³⁰.

La lettura delle opinioni concorrenti rafforza la sensazione che la Corte abbia compiuto un’operazione dal forte valore assiologico, valoriale. Il giudice Raimondi sottolinea che non si possa parlare di vita familiare tra un bambino e delle persone con cui questo non ha legami biologici, quando le circostanze di fatto suggeriscono che l’origine della custodia si fondi su un atto illegale, contrario all’ordine pubblico³¹. Quattro giudici, in un’opinione concorrente comune, inquadrano l’art. 8 della CEDU all’interno delle altre norme internazionali rilevanti che tutelano la famiglia e i legami familiari, evidenziando che occorre sempre esaminare la maniera in cui sono stati stabiliti i legami interpersonali. Si legge nell’opinione: «This element should be assessed both from a legal and moral perspective. *Nemo auditor propriam turpitudinem allegans*. The law cannot offer protection to faits accomplis in violation of legal rules or fundamental moral principles»³². L’opinione concorrente analizza nel dettaglio le numerose violazioni del diritto italiano e internazionale, per affermare che il bambino sarebbe stato addirittura vittima di tratta. L’opinione si chiude con la decisa riprovazione morale di pratiche quali la maternità surrogata, considerata non solo illegale, ma anche lesiva della dignità umana³³. Nella propria opinione concorrente, il giudice Dedov esplicita che ci troviamo di fronte al primo caso in cui la Corte decide a favore dello Stato, ragionando sulla base di valori piuttosto che sul dato formale del margine di apprezzamento. Pur dichiarando di non voler svolgere considerazioni etiche e morali, il giudice ipotizza che il netto divieto delle autorità italiane sia dovuto ai valori cristiani che dominano nel paese. Poi, in maniera ancora più esplicita, afferma che la Corte debba sostenere azioni fondate sui principi, e non nascondersi dietro il margine di apprezzamento³⁴. Secondo il giudice, la Corte si è finalmente lasciata ispirare dai valori, senza soffermarsi a pensare che la maggioranza degli Stati membri del Consiglio d’Europa tollera pratiche di maternità surrogata.

30 Su questo si appunta il commento di A. VIVIANI, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le “famiglie di fatto”?*, in *GenIUS*, 2017/1, 78 ss.

31 *Concurring Opinion* del giudice Raimondi, par. 3.

32 *Joint Concurring Opinion* dei giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczew e Dedov, par. 3.

33 *Ibid.*, par. 7.

34 *Concurring Opinion* del giudice Dedov, 65.

In maniera parallela, i giudici dissenzienti svelano che la maggioranza ha fatto leva sul concetto di famiglia illegittima, sposando acriticamente le valutazioni del Tribunale dei minori, che aveva mostrato di disapprovare (e per questo voler sanzionare) la condotta degli attori. La Corte d'appello, che aveva materialmente adottato la decisione di allontanare il bambino dalla coppia, non lo aveva fatto invece con intento sanzionatorio; aveva seguito un ragionamento puramente formale e dichiarato il minore in stato di abbandono. Il peso eccessivo attribuito dalla Corte europea al bisogno di far cessare una situazione illegale, per i giudici di minoranza, è indicativa di un'operazione di bilanciamento non equa³⁵, o addirittura, della totale assenza di bilanciamento³⁶.

La lettura della sentenza e delle opinioni separate mostra come la Corte abbia inteso imporre un valore, *a prescindere* dall'analisi del consenso europeo.

4. Non è la prima volta che la Corte afferma un valore. Sicuramente nella sentenza in esame lo fa in modo assai netto. Non mancano però casi precedenti in cui un'indagine accurata delle argomentazioni compiute dalla Corte svela un atteggiamento analogo, anche se meno palese. Avendo già messo in evidenza tale aspetto in altra sede³⁷, preferiamo qui lasciare spazio a un'analisi di diversa natura. In particolare si chiarirà il concetto di ordine pubblico nella sua relazione con la tutela della vita familiare e con l'interesse superiore del minore.

La gestazione per altri è una pratica che interroga profondamente la società in cui viviamo. Investe infatti una serie di questioni complesse: dal nuovo concetto di genitorialità alla tutela dell'interesse del minore, che certo non ha scelto di nascere in questo modo e al quale deve essere garantito il diritto alla propria identità e alle proprie relazioni affettive e emotive con i genitori intenzionali. Al contempo devono essere protette la dignità e l'autodeterminazione³⁸ della madre gestazionale, che può essere spinta da motivi diversi, non necessariamente economici³⁹.

35 *Joint Dissenting Opinion* dei giudici Lazarova, Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev, par. 12.

36 Così, a proposito dell'interesse superiore del bambino, A. VIVIANI, *Paradiso e Campa-nelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le "famiglie di fatto"?*, cit.

37 Sia consentito il rinvio al mio *Ragionevolezza, consenso e margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in G. PERLINGERI e A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, 1093 ss.

38 Per l'uso di questi termini come se si trattasse di un'endiadi intensiva cfr. P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 77 ss., 102 ss.

39 Cfr. il volume di N. CARONE, *In origine è il dono. Donatori e portatrici nell'immaginario delle famiglie omoparentali*, Milano, 2016.

In premessa si è anticipata l'esistenza di una norma che sancisce penalmente il divieto italiano della maternità surrogata. Ciò implica che i genitori intenzionali italiani che abbiano la necessaria disponibilità economica per far ricorso a questa pratica sono costretti a recarsi in un paese estero in cui ciò è consentito⁴⁰. Le complesse questioni cui si accennava nel capoverso precedente sono affrontate e risolte in modo diverso nei singoli ordinamenti statali. Le norme di diritto internazionale privato italiano, oggi con la correzione delle norme a tutela dei diritti umani, si occuperanno poi di verificare gli effetti in Italia delle pratiche effettuate all'estero.

Il primo ostacolo che leggi e sentenze straniere devono superare per produrre effetti nell'ordinamento italiano è dato dal principio di ordine pubblico, che funziona come limite all'inserimento delle norme e decisioni straniere richiamate. In passato nelle sentenze italiane, di merito e di legittimità, così come negli scritti della dottrina si è insistito sulla distinzione fra ordine pubblico interno e internazionale. Il primo comprenderebbe le norme inderogabili dall'autonomia privata dei singoli ordinamenti⁴¹, mentre il secondo sarebbe quel meccanismo di salvaguardia che permette la chiusura del nostro ordinamento rispetto a leggi o provvedimenti stranieri i cui effetti sono in contrasto con i valori fondamentali del sistema giuridico nazionale⁴². In realtà, il concetto di ordine pubblico interno ingenera confusione e nulla a che fare con quello che gli internazionalisti chiamano semplicemente ordine pubblico⁴³, senza ulteriori qualifiche, che ha la funzione di garantire l'armonia interna delle soluzioni a fronte della molteplicità di valori giuridici di cui sono portatori i diversi ordinamenti. L'intervento del limite di ordine pubblico è eccezionale perché deve solo garantire che le leggi o provvedimenti stranieri non contrastino con i «principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico»⁴⁴.

40 Preferisce parlare di esilio piuttosto che di turismo riproduttivo M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., 245.

41 Cfr. art. 5 c.c.

42 Cfr. ora gli artt. 16 e 64-66 della legge di riforma del diritto internazionale privato (l. 218/1995) e prima l'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1942. Chiarisce che l'ordine pubblico interno non ha nulla a che fare con il limite all'applicazione delle norme straniere: G. BARILE, *Ordine pubblico (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1106 ss., 1115-1116.

43 Cfr. G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963.

44 Cfr. Corte di cassazione, sentenza n. 17349 del 6 dicembre 2002. Tale sentenza è da apprezzare perché allude al fatto che la nozione di cui si è appena detto viene erroneamente chiamata ordine pubblico internazionale (fa riferimento infatti all'«ordine pubblico cd. 'internazionale'»)

Da quanto appena detto risulta evidente che il limite dell'ordine pubblico presenta un forte carattere identitario, che, per mutare, necessita non tanto di un mutato costume sociale nei paesi vicini al nostro, ma di profonde trasformazioni interne alla società⁴⁵. Appare istruttivo al riguardo ricordare l'atteggiarsi del limite di ordine pubblico per quanto concerne l'indissolubilità del matrimonio, a lungo considerata uno dei principi cardini del diritto di famiglia italiano. Tuttavia, nel 1902, l'Italia stipula un accordo con cui si obbliga a delibare le sentenze di divorzio emanate dagli altri Stati contraenti⁴⁶. A quel punto è chiaro che il principio dell'indissolubilità del matrimonio subisce alcune eccezioni (ma, si noti, fino all'introduzione della nuova legge italiana sul divorzio del 1970 solo per le sentenze di divorzio fra coniugi stranieri). Oggi si suole definire questa questione come un'applicazione del cd. ordine pubblico attenuato, anche se tale nozione ha ricevuto diverse valutazioni negative⁴⁷. Altri in passato hanno fatto riferimento alla già criticata distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale o alla possibilità di differenziare i vari principi di ordine pubblico sulla base della loro sfera di applicazione⁴⁸. In realtà non si tratta che di una ulteriore manifestazione della relatività del concetto di ordine pubblico oltre a quelle nel tempo e nello spazio⁴⁹. In altre parole, il rigore dell'eccezione di ordine pubblico sarebbe direttamente proporzionale al grado di estraneità della fattispecie rispetto all'ordinamento del

45 È evidente che le trasformazioni interne alla società possono anche essere influenzate dall'esterno; con le parole utilizzate nel testo intendiamo prendere posizione contro le tendenze di coloro che fanno riferimento a una (terza) nozione di ordine pubblico, definito da taluni «veramente internazionale» (per una disamina della questione: G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, in R. Baratta (a cura di) *Dizionario di Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, 275). Dell'esigenza di rispettare i valori condivisi dalla comunità internazionale si fanno portatori i diritti umani che, infatti, interferiscono con il diritto internazionale privato (cfr. *infra*). La tutela dei diritti umani è tuttavia insita nell'ordinamento italiano.

46 Convenzione dell'Aja del 1902 sui conflitti di legge e di giurisdizione in materia di divorzio e separazione personale. Cfr. art. 7.

47 Cfr. già G. BARILE, *Ordine pubblico (dir. intern. priv.)*, cit., 1120 e ora C. CAMPIGLIO, *Ordine pubblico (dir. intern. priv.)*, in *Enciclopedia Treccani*, diritto on line, 2013, http://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico-dir-int-priv_%28Diritto-on-line%29/. Cfr. anche F. MOSCONI, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 217, 1989, 28 ss.

48 Cfr. G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, cit., 220.

49 N. BOSCHIERO, Art. 16, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in S. Bariatti (a cura di) *Le Nuove leggi civili commentate*, 1996, 1046 ss., 1053. Rinviamo all'autrice anche per ulteriori indicazioni bibliografiche sulle prime teorizzazioni di tale idea.

foro. Questa attenuazione esplica i suoi effetti soprattutto relativamente a sentenze relative ai rapporti di natura familiare, come i casi di poligamia, ripudio, filiazione.

Per quanto riguarda in particolare la situazione di bambini nati mediante il ricorso a pratiche di maternità surrogata, oltre all'utilizzo della nozione di ordine pubblico attenuato, occorre aver riguardo al principio dell'interesse superiore del minore. Il compromesso⁵⁰, utilizzato nel caso definitivo *Paradiso Campanelli* ha permesso alla Grande Camera di far coincidere l'interesse del minore con l'interesse dello Stato a evitare che si mantenessero situazioni sorte in contrasto con la *lex fori*, cioè il rapporto familiare tra il bambino che per una frazione della sua vita si è chiamato Teodoro Campanelli e i suoi genitori intenzionali. Abbiamo già analizzato il ragionamento impiegato dalla Corte per affermare che non esista una vita familiare suscettibile di essere tutelata. Una volta negato il rapporto di vita familiare è chiaro che non poteva venire in rilievo l'interesse del minore a vedere preservata l'unità familiare. L'«interesse del minore» coincide così con quello dello Stato italiano a che non si conservino situazioni create illegalmente.

Il compromesso o – forse meglio – lo stratagemma utilizzato dalla Corte le permette di non entrare nel merito della questione dell'interesse superiore del minore. Ma è da tempo ormai che la dottrina e la giurisprudenza hanno abbandonato la concezione della cd. neutralità dell'ordine pubblico, sostenendo invece che l'utilizzo di esso debba essere temperato attraverso il ricorso ai diritti umani⁵¹. Sono già state richiamate alcune sentenze in cui la Corte europea ha trascurato il ricorso a norme di diritto internazionale privato a vantaggio della tutela dei diritti umani. Ma anche dei tribunali italiani hanno ritenuto che non si possa invocare limite dell'ordine pubblico se i suoi effetti si pongano in contrasto con l'interesse superiore del minore⁵², riecheggiando le parole della Sezione della Corte di Strasburgo, che aveva affermato che l'ordine pubblico non consegnasse allo Stato una delega in bianco⁵³.

50 Così M. GERVASI, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, cit.

51 Cfr. R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 309 ss.

52 Cfr. Corte d'appello di Torino, sentenza del 29 ottobre 2014, dove si legge: «il concetto di ordine pubblico deve essere declinato con riferimento all'interesse del minore». Cfr. in dottrina S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, 81 ss., in particolare 100 ss.

53 Cfr. *supra* nota 23 e testo corrispondente.

Per sostenere la necessaria coordinazione dell'ordine pubblico con l'interesse superiore del minore le corti italiane hanno fatto ricorso a una nozione già criticata in questo scritto, quella di un ordine pubblico «internazionale», o «veramente internazionale», che tenga conto cioè dei valori condivisi da nazioni di civiltà affine in un dato contesto storico e politico, che nel caso in questione avrebbe coinciso con i valori degli Stati membri del Consiglio d'Europa oggi⁵⁴. Occorre tuttavia rilevare che non vi sono ancora valori condivisi in tema di maternità surrogata. In secondo luogo, invece di far ricorso a una inesistente nozione di ordine pubblico «internazionale», lo stesso risultato può molto più agevolmente essere raggiunto applicando il correttivo dei diritti umani alle regole di diritto internazionale privato, come la dottrina italiana più avveduta va da tempo suggerendo⁵⁵. Del resto, con l'introduzione nella Costituzione del novellato art. 117 e a seguito delle sentenze 348 e 349 rese dalla Corte costituzionale nel 2007 i diritti umani così come interpretati dalla Corte di Strasburgo fanno oramai parte dell'ordinamento interno, dovendo solo essere eventualmente bilanciati con altri interessi costituzionalmente protetti⁵⁶. Non si può concludere senza ricordare che molte sentenze italiane, di merito e di legittimità, utilizzano la nozione di ordine pubblico «internazionale» nell'accezione sopra criticata. Tuttavia, per evitare tale ricorso improprio, non c'è che un rimedio: che i giudici studino di più (e meglio) il diritto internazionale.

54 Cfr. Corte di cassazione (sez. lavoro), sentenza n. 10070 del 26 aprile 2013, secondo cui l'ordine pubblico internazionale deve intendersi come quel «complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico (Cass. 6 dicembre 2002, n. 17349) o *fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo* (Cass. 23 febbraio 2006, n. 4040)» (corsivo aggiunto). Cfr. anche Corte d'appello di Torino, sentenza del 29 ottobre 2014.

55 Cfr. gli studi coordinati da Pasquale Pirrone e Giulia Rossolillo nel terzo fascicolo della rivista *Diritti umani e diritto internazionale* del 2014, e, in particolare, G. CARRELLA, *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 523 ss.

56 Cfr. R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata*, cit., 318, nota 24.

PARTE TERZA

SVILUPPI APPLICATIVI DELLE TECNICHE DI FECONDAZIONE ASSISTITA

FABIENNE GHELFI

LA RICERCA SULL'EMBRIONE E SULLE CELLULE STAMINALI EMBRIONALI. Mutamenti legislativi in Francia*

1. Originariamente concepita come un campo di analisi morale, la bioetica si è trasformata rapidamente in una disciplina a carattere prescrittivo che mira a governare le attività legate alla biologia e alla medicina. Dopo la nascita della prima bambina concepita tramite fecondazione artificiale e, più tardi, delle tecniche di crioconservazione degli embrioni e di clonazione, la bioetica è divenuta un ambito di interesse prioritario per le politiche statali.

Con riferimento alle ricerche su embrioni o su cellule staminali embrionali¹, e in virtù soprattutto dei recenti sviluppi delle biotecnologie, le questioni etiche si sono amplificate. È opportuno ricordare che queste ricerche consentono di migliorare la nostra comprensione dello sviluppo dell'organismo a partire da un ovulo fecondato (ciò può fornirci informazioni circa i meccanismi che mantengono sani e riparano i nostri tessuti adulti); di capire come insorgano ed evolvano le malattie (una serie di patologie, come le neoplasie e le malformazioni congenite, sono causate da problemi al momento della differenziazione delle cellule staminali in cellule più specializzate); di cercare e testare nuovi farmaci studiando queste cellule in laboratorio; di perfezionare future terapie cellulari² per malattie attualmente incurabili.

* Traduzione dal francese di Emilia Tagliatela.

- 1 Le cellule staminali embrionali sono prelevate da embrioni tra il quinto e il settimo giorno successivo a una fecondazione *in vitro* (stadio di blastocisti dello sviluppo embrionale). In questa fase l'embrione si presenta come un palloncino contenente un altro piccolo palloncino attaccato alla sua parete interna: la massa cellulare interna. In questa massa si trovano localizzate una trentina di cellule pluripotenti che formeranno tutte le cellule dell'organismo. Tali cellule vengono prelevate e poste in coltura. In condizioni adeguate esse si moltiplicano spontaneamente, rimanendo in uno stato indifferenziato. Ma modificando le condizioni di coltura (uso di specifici terreni di coltura), è possibile indurre e orientare la loro differenziazione verso particolari tipi di cellule specializzate (neuroni, cellule cardiache, muscolari...).
- 2 La terapia cellulare si propone di curare un organo o un organismo tramite l'apporto di cellule, ottenute principalmente da cellule staminali, per sostituire o integrare le cellule difettose.

Tuttavia queste tecniche saranno forse in grado non solo di «riparare», ma anche di «potenziare» l'umano, prospettando così il problema della transizione dall'ambito terapeutico al transumanesimo³.

2. Tale interrogativo non può essere disgiunto dalla controversia, sempre attuale, sullo statuto dell'embrione. In Europa, non c'è consenso sulla definizione scientifica e giuridica dell'inizio della vita. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha stabilito che l'individuazione del «punto di partenza del diritto alla vita rientra nel margine di discrezionalità degli Stati»⁴. In Francia l'embrione ha uno statuto ambivalente. Se esso «è considerato come se fosse un nato ogni volta che è in gioco un suo interesse» (ciò gli permette, ad esempio, di avere la qualifica di erede), non per questo è stato dotato di personalità giuridica. La legge francese sull'interruzione volontaria di gravidanza, quella relativa alle ricerche condotte su embrioni, così come la giurisprudenza penale, rifiutando di riconoscere l'omicidio involontario di un embrione (e anche di un feto), dimostrano che esso non è considerato come una persona giuridica. Su quest'ultimo punto la Francia dovrebbe forse prendere a modello la legislazione italiana che permette di sanzionare penalmente «chiunque cagiona [...] per colpa l'interruzione della gravidanza»⁵.

3. L'evoluzione della legislazione relativa alle attività di ricerca sugli embrioni o sulle cellule staminali embrionali dimostra come in Francia la protezione dell'embrione sia debole. Totalmente vietate prima, poi vietate salvo deroghe, tali attività dal 2013 sono autorizzate, ma entro un quadro di norme. La recente possibilità di impiantare in utero un embrione, sul quale sono state eseguite delle sperimentazioni, attesta come il diritto francese abbia optato per un inquadramento liberale di questo settore (I).

L'ampiezza e la rapidità dei progressi della bioetica hanno incoraggiato il legislatore a trasformare le raccomandazioni di carattere etico in norme giuridiche affinché esse possano imporsi con maggior forza. Questa «sete» di inquadramento giuridico si è manifestata anche nel ricorso al diritto penale per garantire le relative sanzioni. Tuttavia i rapporti tra la bioetica e il diritto penale risultano ambigui. Il drit-

3 Il transumanesimo è un movimento culturale internazionale che sostiene l'utilizzo delle scienze e delle tecniche al fine di migliorare le caratteristiche fisiche e mentali degli esseri umani.

4 Corte EDU, 16 dicembre 2010, *Grande Chambre*, ric. n. 25579.05, A, B e C contro Irlanda, § 237.

5 Legge italiana n. 194 del 22 maggio 1978, art. 17 (da 3 mesi a 2 anni di reclusione).

to penale non appare come un nuovo diritto specifico, ma come uno strumento della bioetica, soprattutto nel campo della sperimentazione sull'embrione e sulle cellule staminali embrionali (II).

I. Un quadro liberale

4. Anche se controversa, l'autorizzazione a condurre tali attività di ricerca è stata sollecitata dagli scienziati, ma anche da alcuni organismi francesi come il *Comité Consultatif National d'Ethique* e il *Conseil d'Etat*. Il legislatore, sensibile agli argomenti avanzati, ha modificato la normativa: l'eccezione è diventata principio (A). Inoltre, dal 2015, la legislazione in Francia ha aperto nuove prospettive grazie alla possibilità di effettuare sperimentazioni sull'embrione prima del suo impianto (B).

A. L'eccezione diventata principio

5. Nel 1994 la Francia ha legiferato per la prima volta in materia di ricerche condotte su embrioni. In una delle leggi di bioetica del 29 luglio 1994, si precisa che sono vietate tutte le ricerche praticate sull'embrione. Venivano autorizzati unicamente gli «studi» sugli embrioni, ma solo se essi non recavano pregiudizio all'embrione stesso. Ben presto queste disposizioni sono state considerate troppo restrittive. Esse minacciavano lo sviluppo della ricerca in Francia. Inoltre, il *Comité d'Ethique* (CCNE), in un parere dell'11 marzo 1997, raccomandava di rendere più flessibile il dispositivo di legge in considerazione delle «importanti prospettive nel campo delle ricerche terapeutiche». Sembrava privo di coerenza consentire la cremazione di embrioni soprannumerari e nel contempo vietare qualsiasi sperimentazione su questi stessi embrioni destinati alla distruzione! Altresì il Consiglio di Stato (*Conseil d'Etat*), in un rapporto del 25 novembre 1999 auspicava che venissero autorizzate le ricerche sulle cellule staminali embrionali, «le quali aprono nuove prospettive terapeutiche in risposta a malattie o disabilità attualmente incurabili». Inoltre, nel 2004, il legislatore ha optato per un compromesso tra le promesse offerte da queste ricerche e il rispetto dovuto all'embrione. In effetti si tratta di una questione di equilibrio: la tutela dell'embrione non è l'unico valore; anche le persone affette malattie incurabili hanno interessi che non possono essere ignorati. I medici hanno l'obbligo morale di curare i malati. Sulla base di queste considerazioni, la legge del 6 agosto 2004 vietava questo tipo di ricerche, salvo autorizzarle in deroga per cinque anni. Venivano imposte condizio-

ni restrittive: le attività di ricerca potevano riguardare solo gli embrioni soprannumerari; esse dovevano apportare significativi progressi terapeutici; inoltre bisognava dimostrare l'inesistenza di un metodo alternativo di efficacia comparabile. È con riferimento a quest'ultima condizione che la *Cour administrative d'appel* di Parigi⁶ ha annullato, nel 2012, un'autorizzazione (concessa dall'*Agence de la biomédecine*) basandosi sull'attuale sviluppo delle ricerche relative alle cellule iPS (cellule staminali pluripotenti indotte)⁷, che fornirebbero un'efficacia comparabile. Tuttavia, non vi è alcun consenso scientifico sulla «fungibilità» delle due tecniche. Inoltre, anche se la maggior parte delle autorizzazioni non è stata oggetto di contestazioni, il legislatore ha ribaltato il divieto e ha alleggerito le condizioni.

6. La legge del 6 agosto 2013 costituisce una nuova tappa. Si stabilisce che, «nessuna attività di ricerca sull'embrione umano o sulle cellule staminali embrionali può essere effettuata senza autorizzazione»⁸. In apparenza il cambiamento è di scarso rilievo poiché le ricerche sono sempre soggette ad autorizzazione. Tuttavia, in pratica non lo è affatto. L'autorizzazione diviene il principio, mentre è solo il rifiuto di essa a esigere una motivazione. Inoltre, trattandosi di una condizione sussidiaria, l'onere della prova risulta invertito. Per opporre un rifiuto l'*Agence de la biomédecine* dovrà dimostrare l'esistenza di alternative valide e ciò è tutt'altro che facile. Altre condizioni sono alleggerite, come, ad esempio, quelle legate all'obiettivo delle ricerche: se esse dovevano consentire «rilevanti progressi nella medicina», dal 2013 devono semplicemente iscriversi entro una finalità di tipo medico. Se le sperimentazioni devono sempre ottenere il consenso della coppia che ha fatto ricorso alla riproduzione assistita, tale coppia non sarà informata sulla natura delle ricerche sperimentali progettate.

7. In dodici anni, più di duecento autorizzazioni sono state rilasciate dall'*Agence de la biomédecine*. Uno dei più recenti protocolli firmati (autorizzazione del 13 maggio 2015) consiste nel trapianto di cellule dell'epitelio pigmentato retinico, derivate da cellule staminali embrionali, in pa-

6 *Cour administrative d'appel* Paris, 10 maggio 2012, n° 10PA05827, AJDA, 1600, note B. Vanlerberghe.

7 La scoperta scientifica, che ha avuto un importante riconoscimento con l'attribuzione del premio Nobel per la medicina nel 2012, consiste nel prelevare una qualsiasi cellula da un adulto e riprogrammarla geneticamente per renderla pluripotente, vale a dire capace di moltiplicarsi all'infinito e di differenziarsi nei tipi di cellule che compongono un organismo adulto.

8 Art. L2151-5 del *Code de la santé publique*.

zienti affetti da degenerazione maculare senile. La legislazione francese ha fatto dunque la scelta di privilegiare il progresso scientifico a detrimento dell'embrione, che viene distrutto nel corso di questo tipo di sperimentazioni. Ciò, secondo alcuni, contraddice i principi fondamentali del rispetto dovuto all'essere umano. Se l'embrione non è persona giuridica, è comunque in potenza persona umana, quindi è «vita». Che si sia convinti o meno della fondatezza di questa normativa, non si può non riconoscere la coerenza della legislazione francese. Sarebbe apparso illogico vietare questo tipo di ricerche scientifiche allorquando si consente l'interruzione volontaria della gravidanza (fino alla dodicesima settimana) e la distruzione di embrioni soprannumerari (vale a dire di embrioni *in vitro* non utilizzati dalla coppia). Inoltre la bioetica non deve costituire un freno per la scienza, ma deve proporre un inquadramento soddisfacente. L'Italia ha scelto di vietare questo tipo di sperimentazioni. La Corte costituzionale italiana ha ribadito la legittimità del divieto di effettuare attività di ricerca sull'embrione umano, contenuto nell'articolo 13 della legge 40 del 2004. Come ha recentemente ricordato la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in una sentenza del 27 agosto 2015, lo Stato italiano, con la legge del 19 febbraio 2004 sulla procreazione assistita, ha chiaramente manifestato la sua volontà di proteggere «il potenziale di vita di cui l'embrione è portatore». Secondo l'ordinamento giuridico italiano, l'embrione dunque deve essere considerato come «un soggetto di diritto che deve beneficiare del rispetto dovuto alla dignità umana»⁹.

8. Come molti paesi (Spagna, Paesi Bassi, etc.), la Francia ha scelto di consentire questo tipo di ricerche, imboccando tuttavia una direzione ancora più liberale, le cui implicazioni forse non sono ancora valutabili a pieno.

B. Nuove sfide

9. Recentemente il legislatore francese ha compiuto un ulteriore passo, ammettendo una nuova categoria di sperimentazioni sull'embrione. La legge del 6 agosto 2013 ha facilitato le ricerche sugli embrioni e sulle cellule staminali embrionali, ma nel contempo ha soppresso il regime specifico degli studi sull'embrione trasferibile (come previsto al comma VI dell'articolo L. 2151-5 del *Code de la santé publique*), che consentiva di progredire nel campo dell'assistenza medica alla procreazione.

9 Corte EDU, 27 agosto 2015, ric. n. 46470/11, Parrillo v. Italia.

Invece, con il decreto dell'11 febbraio 2015, il governo ha autorizzato ricerche biomediche¹⁰ (e non studi) su gameti destinati a formare un embrione o sull'embrione *in vitro*, prima o dopo il suo trasferimento in vista della gestazione. Tuttavia, queste sperimentazioni sono state limitate alle ricerche di tipo non interventistico¹¹ (ricerche per le quali la strategia medica non è fissata in anticipo da un protocollo e rientra nell'ambito della pratica corrente).

Coloro che contestano tale orientamento hanno sostenuto che solo una legge può regolamentare questo tipo di ricerche. Per porre fine alla polemica, il legislatore, nella legge sulla modernizzazione del nostro sistema sanitario, del 26 gennaio 2016, ha integrato l'articolo L. 2151-5 del *Code de la santé publique*, precisando che tali sperimentazioni possono essere condotte su embrioni *in vitro* prima o dopo il loro trasferimento per la gestazione. Inoltre, un decreto del 4 marzo 2016 ha soppresso la disposizione che le limitava alla ricerca non interventistica.

Quindi nel quadro di una procreazione medicalmente assistita possono essere effettuate sull'embrione delle ricerche biomediche che sta per essere trasferito o durante la gravidanza. Finora gli embrioni che erano stati utilizzati per attività di ricerca non potevano essere trasferiti in utero. Per molti questo divieto poneva un limite da non superare. In effetti le attività di ricerca possono attentare all'integrità dell'embrione. Nonostante questo rischio, il legislatore ha ammesso la possibilità di un trasferimento per la gestazione. L'aspetto forse più inquietante è che si fa entrare la gravidanza nel campo della sperimentazione. Dunque un nuovo passo è stato compiuto con l'impianto uterino sperimentale. Si accetta l'eventualità dello sviluppo intrauterino di un bambino la cui viabilità o normalità potrebbero risulta-

10 Art. L. 1121-1 del *Code de la santé publique*: Le sperimentazioni su esseri umani organizzate e praticate in vista dello sviluppo di conoscenze biologiche o mediche sono autorizzate con riferimento alle condizioni previste nel presente libro e sono designate di seguito con l'espressione «sperimentazione che implica la persona umana».

Esistono tre categorie di sperimentazioni che implicano la persona umana:

- 1° Le ricerche di tipo interventistico che comportano un intervento sulla persona non giustificato dalla sua abituale presa in carico;
- 2° Le ricerche di tipo interventistico che comportano solo rischi e vincoli minimi, la cui lista è fissata con decreto del Ministro della Salute, a seguito del parere del direttore generale dell'*Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé*;
- 3° Le ricerche di tipo non interventistico nelle quali tutti gli atti sono praticati e tutti i prodotti sono utilizzati secondo gli standard abituali, senza procedure supplementari o inusuali di diagnosi, trattamento o sorveglianza.

11 Art. R1125-14, comma 2 del *Code de la santé publique*.

re compromesse. Secondo alcuni l'espressione «ricerche biomediche» è di una genericità scandalosa¹². Essa non significa che queste ricerche avranno come unico scopo quello di trattare l'infertilità di coppia. Infatti «nel quadro» non significa «allo scopo di». In ciò si potrebbe intravedere un modo per aggirare il divieto di produrre embrioni per la ricerca. Inoltre non c'è alcuna precisazione sulla natura delle ricerche che saranno effettuate; il campo è dunque infinito: correzioni genetiche, miglioramento dell'embrione... Alcuni pensano che si tratti di un ulteriore passo verso il transumanesimo.

Il *Conseil Constitutionnel* non sembra essersi reso conto della portata di questa novità e nella sentenza del 21 gennaio 2016¹³ ha dichiarato costituzionale tale disposizione. Secondo i nove saggi le garanzie offerte sono sufficienti (il rilascio preliminare di un'autorizzazione da parte dell'*Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé* e la valutazione del rapporto tra rischi e benefici). Il Consiglio ha anche osservato che «queste sperimentazioni cliniche, che sono condotte a beneficio dell'embrione stesso o della ricerca sulla procreazione medicalmente assistita, non comportano l'esposizione dell'embrione a un rischio sproporzionato rispetto al beneficio atteso». Collocandosi nel quadro dell'assistenza alla procreazione, le attività di ricerca non dovrebbero condurre alla distruzione dell'embrione, ma il rischio esiste.

10. La Francia andrà ancora più lontano, fino ad ammettere la clonazione umana terapeutica? Nonostante varie proposte di legge ne richiedano l'autorizzazione, il legislatore francese non ha mai voluto impegnarsi in questa direzione per timore di derive. Oggi altre tecniche, come l'uso di cellule staminali pluripotenti indotte, sembrano molto promettenti e consentono il raggiungimento di risultati simili alla clonazione terapeutica. Si noti che la maggior parte dei laboratori avevano abbandonato le ricerche sulla clonazione, proprio perché nel frattempo è stata scoperta una nuova tecnica per ottenere cellule staminali¹⁴. Attualmente dunque le ricerche sulle cellule staminali embrionali e sulle cellule iPS sono le più comuni. Quelle sull'embrione pongono evidentemente problemi etici che risultano

12 Cfr. ALAIN PRIVAT, *Des scientifiques réagissent à propos de la recherche sur l'embryon*, in <http://www.genethique.org/fr/decryptage-22-pls-des-scientifiques-reagissent-propos-de-la-recherche-sur-lembryon-63076.html#.V95ldfCLTIU>.

13 *Conseil Constitutionnel*, *Décision* n° 2015-727 del 21 gennaio 2016.

14 Questa tecnica è stata messa a punto da Shinya Yamanaka dell'Università di Kyoto e gli è valsa il conferimento del premio Nobel per la medicina nel 2012. Le cellule staminali denominate iPS (*induced Pluripotent Stem cells*) possono essere ottenute a partire da qualsiasi tipo di cellula donatrice, come una cellula di pelle.

assenti nelle seconde. È per questo motivo che il diritto penale in Francia ha rafforzato, con proprie sanzioni, il rispetto delle condizioni stabilite.

II. Un diritto penale strumentalizzato

11. La bioetica si configura come un insieme di regole di condotta. Ma essa ha dovuto fare proprio il carattere vincolante della regola del diritto per diventare veramente effettiva ed efficace. In tal modo è nato il cosiddetto biodiritto. La sanzione scelta è stata quella di tipo penale. In realtà il biodiritto non è mai davvero esistito senza il diritto penale. Tuttavia questo «diritto penale della bioetica», che può essere considerato disomogeneo (A), non rispetta alcuni principi. Esso è stato concepito solo in funzione di tale parte della bioetica e appare, dunque, «distorto» (B).

A. Un diritto penale disomogeneo

12. A questo proposito il diritto penale offre una quindicina di reati che possono essere classificati in due categorie: quella che vieta determinati atti (diritto penale proibitivo) e quella che sanziona il mancato rispetto delle condizioni imposte dal *Code de la santé publique* (diritto regolamentare).

13. Non si tratta qui di studiare in maniera approfondita tutti i reati (ciò potrebbe risultare noioso), ma di proporre alcuni esempi di divieti.

– Oltre alla clonazione riproduttiva che è punita con una pena di 30 anni di reclusione e 7,5 milioni di euro di multa (art. 214-2 del CP)¹⁵, la clonazione terapeutica resta sempre vietata, sia che abbia scopi terapeutici, di ricerca, o finalità industriali o commerciali (art. 511-17)¹⁶. La pena prevista è più leggera: 7 anni di reclusione e una multa di 100.000 euro (artt. 511-18 e 511-18-1 del CP)¹⁷. Tali divieti valgono anche per le procedure di conce-

15 Art. 214-2: Il fatto di procedere a un intervento che abbia come scopo la nascita di un bambino geneticamente identico a un'altra persona vivente o deceduta è punito con trent'anni di reclusione e con una multa di sette milioni e mezzo di euro.

16 Art. 511-17: Le procedure di concepimento *in vitro* o di creazione tramite clonazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali sono punite con sette anni di reclusione e centomila euro di multa.
Con le stesse pene viene punito l'uso di embrioni umani a fini industriali o commerciali.

17 Art. 511-18: Le procedure di concepimento *in vitro* o di creazione tramite clonazione di embrioni umani a fini di ricerca sono punite con sette anni di reclusione

pimento *in vitro*, realizzate per il medesimo scopo. Gli embrioni possono essere creati solo a beneficio di una procreazione medicalmente assistita.

– Allo stesso modo l'acquisizione a pagamento embrioni umani comporta una pena di 7 anni di reclusione e 100.000 euro di multa¹⁸.

14. Oltre a imporre divieti, il nostro diritto penale punisce anche il mancato rispetto delle condizioni imposte dal legislatore e specificate nel *Code de la santé publique*.

– Una delle disposizioni più importanti (per il nostro tema) è l'articolo 511-19 del Codice Penale. Come è stato precisato, le ricerche sull'embrione o sulle cellule staminali sono soggette a un sistema di autorizzazioni. Il testo riguarda la possibilità di condurre uno studio o una sperimentazione sull'embrione umano o su cellule staminali embrionali senza il consenso della coppia. Si tratta del consenso preventivo espresso per iscritto dai membri della coppia da cui provengono gli embrioni, o dal membro superstite della coppia, peraltro debitamente informati in merito alle possibilità che gli embrioni vengano adottati da un'altra coppia o che venga interrotta la loro conservazione. Il consenso deve essere confermato al termine di un periodo di riflessione di tre mesi. Il consenso di entrambi i membri della coppia o del membro superstite della coppia è liberamente revocabile, fino al momento in cui le sperimentazioni non abbiano avuto inizio¹⁹. Inoltre, i ricercatori non possono, pena l'applicazione di sanzioni, ignorare l'autorizzazione dell'*Agence de la biomédecine*, organismo che si pronuncia sui protocolli di ricerca. La decisione dell'Agenzia è comunicata ai ministri competenti della salute e della ricerca che possono, entro un mese e congiuntamente, chiedere una revisione del dossier sulla cui base la decisione è stata assunta:

1) in caso di dubbio circa il rispetto dei principi etici o la validità scientifica di un protocollo autorizzato. L'Agenzia svolge tale riesame entro tren-

e centomila euro di multa.

Art. 511-18-1: Le procedure di creazione tramite clonazione di embrioni umani a fini terapeutici sono punite con sette anni di reclusione e centomila euro di multa.

18 Art. 511-15: L'acquisizione di embrioni umani a fronte di un pagamento, sotto qualsiasi forma, è punita con sette anni di reclusione e centomila euro di multa. Con le stesse pene viene punito il fatto di contribuire con la propria intermediazione all'acquisizione di embrioni umani, a fronte di un pagamento, sotto qualsiasi forma, o di rimettere a terzi, a titolo oneroso, embrioni umani.

19 Art. L. 2151-5 del *Code la santé publique*.

ta giorni. Se la decisione viene confermata, la validazione del protocollo si considera acquisita;

2) nell'interesse della salute pubblica e della ricerca scientifica, quando il protocollo è stato rigettato. L'Agenzia procede a questo riesame entro trenta giorni. In caso di conferma della decisione, il rigetto del protocollo si considera acquisito.

Va rilevato che per tali reati il legislatore ha operato una distinzione tra l'embrione e le cellule staminali embrionali, dal momento che le sanzioni sono più severe quando si tratta del primo (7 anni di reclusione e 100.000 euro di multa a fronte di due anni di reclusione e 30.000 euro di multa nel caso di staminali embrionali). Il legislatore rimarca così il fatto che le cellule staminali non sono assimilate agli embrioni. Bisogna inoltre precisare come il 60% delle coppie che hanno abbandonato il loro progetto genitoriale scelga di donare i propri embrioni alla ricerca.

– Un altro reato riguarda l'importazione o l'esportazione, senza autorizzazione, di embrioni umani (art. 511-23 CP)²⁰ o di cellule staminali embrionali o fetali (articolo 511-19-3 CP)²¹. La pena è di 3 anni di reclusione e 45.000 euro di multa nel primo caso, di 2 anni di reclusione e 30.000 euro di multa nel secondo caso. Infatti il trasferimento di embrioni è destinato solo a consentire il proseguimento di un progetto genitoriale. Per quanto riguarda le cellule staminali, il trasferimento deve essere autorizzato dall'*Agence de la biomédecine*.

20 L'importazione di embrioni umani sul territorio dove si applica il *Code de la santé publique* o l'esportazione da questo territorio senza l'autorizzazione prevista dall'art. L. 2141-9 del *Code de la santé publique* sono punite con tre anni di reclusione e 45.000 euro di multa (articolo L 2141 CSP : Solo gli embrioni concepiti con i gameti di almeno uno dei membri della coppia e nel rispetto dei principi fondamentali sanciti negli articoli dal 16 al 16-8 del Codice civile possono entrare nel territorio dove si applica tale Codice e uscirne. Questi spostamenti di embrioni sono destinati esclusivamente a consentire il perseguimento del progetto parentale della coppia e sono subordinati all'autorizzazione dell'*Agence de la biomédecine*).

21 Vengono puniti con due anni di reclusione e 30.000 euro di multa l'importazione o l'esportazione, a fini di ricerca, di tessuti o cellule embrionali o fetali senza che sia stata ottenuta l'autorizzazione menzionata all'articolo L. 2151-6 del *Code de la santé publique* (art. L. 2151-6 CSP : L'importazione di cellule staminali embrionali a fini di ricerca è sottoposta all'autorizzazione preventiva dell'*Agence de la biomédecine*. Questa autorizzazione può essere accordata solo se tali cellule staminali sono state ottenute nel rispetto dei principi fondamentali previsti dagli articoli da 16 a 16-8 del *Code civile*. L'esportazione di cellule staminali embrionali è sottoposta alle stesse condizioni previste per l'importazione e definite nel comma precedente).

B. Un diritto penale «distorto»

15. Secondo quanto abbiamo sostenuto, la bioetica, in particolare nel campo che qui stiamo affrontando, si serve del diritto penale, strumentalizzandolo a proprio vantaggio e per le proprie esigenze. Forse tale considerazione non è esagerata. L'analisi del «diritto penale della bioetica» rivela come i principi fondamentali del diritto penale non siano rispettati. Il principio di legalità penale è violato²².

– Il quadro d'insieme non mostra grande chiarezza. Le disposizioni penali sono disseminate nel Codice Penale, sia all'interno del libro II e del titolo relativo ai reati contro la specie umana, sia all'interno del libro V, un «contenitore» dedicato ad altri crimini e delitti. Alcuni reati sono richiamati nel *Code de la santé publique*, altri no.

– Inoltre la definizione dei reati non risulta soddisfacente. A una semplice lettura, nessuno dei testi repressivi in materia di bioetica è davvero comprensibile. Il legislatore penale ha fatto proprie nozioni della tecnologia medica senza definirle (cellule staminali embrionali, ricerche biomediche...) e spesso procede rinviando al *Code de la santé publique*. Gli elementi costitutivi restano dunque vaghi. Ad esempio, l'articolo 511-19 del Codice Penale, come abbiamo visto, sanziona lo svolgimento di ricerche sull'embrione umano o sulle cellule staminali che non siano «conformi alle prescrizioni legislative e regolamentari», ma non fornisce alcuna ulteriore precisazione.

16. La bioetica ha bisogno del diritto penale; tuttavia essa lo utilizza affrancandosi dalle regole fondamentali che lo presiedono. Inoltre la clandestinità dei reati o le difficoltà connesse alle procedure probatorie, e soprattutto l'elevato numero di ricerche autorizzate, spiegano la rarità delle azioni penali. Il diritto penale rivela qui la sua sterilità. In realtà i soli baluardi contro le possibili derive sono rappresentati dall'*Agence de la biomédecine* e dal giudice amministrativo incaricato di controllare la legittimità delle autorizzazioni rilasciate da questo organismo pubblico.

17. Concludendo, in Francia la legislazione relativa alle ricerche sugli embrioni è stata ampiamente liberalizzata. La recente autorizzazione a effettuare sperimentazioni sull'embrione prima dell'impianto è fonte di

22 Cf. A. PROTHAIS, *Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique*, R.S.C., 2000, 39.

inquietudini. Uno dei principali baluardi alle possibili derive è crollato. Come evitare pratiche eugenetiche? I sostenitori di un'etica liberale, come alcuni transumanisti, si rallegrano di ciò.

Tuttavia le norme non sollevano gli scienziati dalla loro responsabilità morale. Speriamo che i nostri scienziati francesi facciano la distinzione tra ciò che si può fare e ciò che si deve fare.

LA FECONDAZIONE ETEROLOGA E IL DIRITTO DI PROCREARE DELLE COPPIE STERILI O INFERTILI

Sommario: 1. Il vuoto legislativo sulle questioni di inizio vita e il suo superamento. – 2. Il divieto assoluto di accedere alla fecondazione eterologa previsto dalla legge n. 40 del 2004 e il fallimento della consultazione referendaria del 2005. – 3. La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014 e il riconoscimento alle coppie sterili o infertili del diritto di provare a vivere l'esperienza della genitorialità, ricorrendo alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. – 4. L'inutilità di una nuova legge in materia di fecondazione eterologa e la necessità che il diritto alla procreazione venga rapidamente garantito alle coppie sterili o infertili.

1. La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è una tecnica che consente di avere un figlio tramite l'utilizzo di gameti provenienti da donatori esterni alla coppia¹. Grazie ad essa, quindi, possono provare a vivere l'esperienza della procreazione anche le coppie che hanno gravi problemi di sterilità o infertilità².

Come è noto, nel nostro Paese la tecnica in parola è in uso sin dagli anni ottanta del secolo passato, ma è soltanto dal 2004 che è stata disciplinata dal legislatore statale³. Non sfugge, infatti, che, prima dell'entrata

1 A giudizio di C. FLAMIGNI, *Il secondo libro sulla sterilità. La fecondazione assistita*, Torino, 2008, 468 ss., per definire più correttamente la tecnica in esame si dovrebbe utilizzare l'espressione "donazione di gameti".

2 In proposito v., fra gli altri, A. DE SANTIS, *La fecondazione eterologa nel quadro legislativo e giurisprudenziale italiano*, in M. De Tilla, L. Militeri, U. Veronesi (a cura di), *Fecondazione eterologa*, Torino, 2015, 208.

3 Secondo F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 1/2017, 6, «la difficoltà di pervenire all'approvazione di norme legislative nella materia in esame dipende principalmente da due ragioni: il confronto parlamentare su materie di stretta coscienza come quella in esame si presta a generare confronti dialettici serrati e talvolta aspri, difficilmente riconducibili a logiche di schieramento, sicché la maggioranza preferisce spesso rinviare le decisioni per evitare spaccature al suo interno; il frequente ricorso alle elezioni anticipate ostacola la conclusione di procedimenti legislativi che richiedono ampi e approfonditi dibattiti».

in vigore della legge n. 40 del 2004⁴, i riferimenti normativi in tema di fecondazione eterologa erano unicamente costituiti da talune circolari ministeriali⁵ e dal Codice di deontologia medica⁶.

In assenza di una legge in materia, è stata, dunque, la giurisprudenza a svolgere un'attività "creativa" del diritto⁷ e a riuscire, in più occasioni, a sopperire ai vuoti di tutela e alle urgenze del corpo elettorale⁸.

A ben guardare, nelle situazioni di carenza legislativa è proprio il giudice a dover ricavare dall'ordinamento le regole da applicare al caso concreto, al fine di tutelare i beni costituzionali coinvolti⁹. Va, però, considerato che l'attivismo del giudice non può mai compensare in maniera efficace l'assenza di disciplina legislativa¹⁰ perché, ogni qual volta un'autorità giurisdizionale individui una sua regola da applicare al caso concreto, può ben capitare che la stessa regola venga «misonosciuta da altra autorità giurisdizionale»¹¹. In altre parole, in un sistema di *civil law* come il nostro, non si può investire i giudici del ruolo di decisori

4 Su tale legge v., fra i tanti, M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, 453 ss.; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 501 ss.; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 523 ss.

5 Le circolari del ministro della sanità utilizzate come normativa in tema di fecondazione eterologa erano tre: quella del 1° marzo 1985, quella del 27 aprile 1987 e quella del 10 aprile 1992.

6 Il Codice di deontologia medica preso in considerazione era quello del 1988.

7 Al riguardo v. A. DE SANTIS, *op. cit.*, 210 ss. Sulla giurisprudenza antecedente alla legge n. 40, ma relativa alle diverse tecniche di procreazione medicalmente assistita v., fra i tanti, P. VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in R. Balduzzi (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, 279 ss.

8 In tal senso M. SALVETTI, *La fecondazione eterologa in Europa: un'analisi comparata*, in M. De Tilla, L. Militeri, U. Veronesi (a cura di), *Fecondazione eterologa*, cit, 110.

9 Particolarmente chiara, sul punto, è stata la Corte costituzionale nella sentenza n. 347 del 1998. Non sfugge, infatti, che in tale pronuncia ha sottolineato che, in una situazione di carenza legislativa, spetta all'autorità giurisdizionale ricercare nel sistema normativo l'interpretazione capace di assicurare la protezione dei beni costituzionali coinvolti.

10 Sul punto v., fra gli altri, C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLawJournal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 84 ss.

11 In questi termini si è espresso A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 35-36.

politici¹², perché questi non sono istituzionalmente in grado di garantire la certezza del diritto, la parità di trattamento e la tutela del nucleo essenziale delle libertà fondamentali coinvolte¹³.

Si può, allora, sostenere che, con l'approvazione della legge n. 40, i parlamentari hanno avuto il merito di colmare un vuoto legislativo sulle questioni di inizio vita¹⁴ e non desta alcuno stupore che la Corte costituzionale abbia sottolineato la natura "costituzionalmente necessaria" di tale legge¹⁵, ricordando che la stessa rappresenta la prima legislazione organica relativa ad un settore molto delicato, che «coinvolge una pluralità di interessi costituzionali»¹⁶.

2. Abbiamo visto che, con l'approvazione della legge n. 40, è finalmente venuta meno la totale incertezza del diritto sulle questioni dell'inizio vita. È sotto gli occhi di tutti, però, che l'entrata in vigore di tale legge ha danneggiato in maniera significativa le persone che avevano più necessità di ricorrere alla fecondazione eterologa¹⁷. Non si può, infatti, ignorare che l'articolo 4, comma 3 della legge ha espressamente vietato a tutti l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e, così facendo, ha impedito di provare a vivere l'esperienza della procreazione alle coppie totalmente sterili o infertili¹⁸.

12 Cfr. M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Roma-Bari, 2009, 57.

13 COSÌ A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.* 35. Del medesimo avviso paiono essere anche A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in Id. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, XVI e C. TRIPODINA, *op. ult. cit.*, 84-85.

14 In tal senso A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2015, 28.

15 Questa valutazione è stata fatta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 45 del 2005. Su tale pronuncia v. G. MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle "leggi costituzionalmente necessarie"*, in *Giur. cost.*, vol. I, 2005, 351 ss. ed E. LAMARQUE, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2005, 382 ss.

16 Corte costituzionale, sentenza n. 45 del 2005, punto 6 del considerato in diritto.

17 Cfr. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 13.

18 Aderendo a quanto acutamente rilevato da C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confrontocostituzionali.eu, 1, va tenuto presente che, dal combinato disposto degli articoli 1 e 4, sembra quasi che, per accedere alla fecondazione eterologa, «era necessario essere sterili sì, ma non troppo».

Occorre, poi, segnalare che quest'atteggiamento di chiusura del nostro legislatore emerge anche dall'impianto sanzionatorio che ha predisposto a corredo del divieto di cui all'articolo 4¹⁹. Ciò risulta evidente ove si consideri che l'articolo 12 della legge ha previsto, a carico del medico che pratici la fecondazione eterologa, il pagamento di una sanzione pecuniaria la cui entità è davvero rilevante²⁰.

È chiaro, insomma, che il decisore politico del 2004 ha osteggiato l'accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e, così facendo, ha dimostrato di aver aderito ad una concezione esclusivamente biologica della filiazione²¹ e di aver fatto propria la teoria – invero mai dimostrata – in base alla quale il ricorso alla tecnica in parola lederebbe l'integrità psico-sociale del nascituro²².

Non può, inoltre, sfuggire che, con le sue scelte, il legislatore non ha considerato il diritto di procreare come un diritto costituzionalmente rilevante, che può essere tutelato anche grazie all'utilizzo delle diverse soluzioni mediche fornite dalla scienza²³, ma lo ha delineato alla stregua di un mero interesse, destinato a ricevere tutela normativa solo se non in

19 In proposito si rinvia a E. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita "eterologa" in attesa di giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 353.

20 Bisogna, infatti, ricordare che la disposizione in esame ha previsto il pagamento di una sanzione pecuniaria che va dai 300000 ai 600000 euro, sanzione che, oltre tutto, è di gran lunga superiore a quella comminata a quanti adoperano le tecniche di procreazione medicalmente assistita in assenza dei presupposti codificati.

21 Così A. DE SANTIS, *La fecondazione eterologa nel quadro legislativo e giurisprudenziale italiano*, cit., 217. Secondo l'autore, il legislatore del 2004 sembra quasi aver riportato l'ordinamento giuridico italiano ad una concezione della filiazione che da molti era ritenuta superata in virtù dell'entrata in vigore della legge n. 184 del 1983 sull'adozione. Non sfugge, infatti, che, quella in parola è una legge «che tende alla parificazione della posizione giuridica del figlio adottato rispetto a quella rivestita dal figlio naturale». Sul punto v. anche F. BUZZI, G. TASSI, *La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Milano, 2011, 157.

22 Al riguardo v., fra gli altri, M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 15.

23 Agendo in questo modo, il legislatore non ha tenuto conto del fatto che, nella sentenza n. 332 del 2000, la Corte costituzionale aveva già riconosciuto il diritto di procreare come diritto fondamentale dell'uomo. Su tale decisione e, più in generale, sul rilievo costituzionale del diritto di procreare v. F. PASTORE, *Il diritto di procreare: natura, titolarità e limiti*, in V. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004, 159 ss.

contrasto «con ulteriori interessi ritenuti preminenti in base ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico»²⁴.

Va, tuttavia, ricordato che il divieto di ricorrere alla fecondazione eterologa è stato, sin da subito, fortemente criticato dalla dottrina maggioritaria²⁵ e che la previsione di questo e di altri divieti assoluti e generali ha spinto vari studiosi a considerare parecchie disposizioni della legge n. 40 troppo marcate ideologicamente ed in contrasto con l'impianto pluralista accolto in Costituzione²⁶.

Bisogna, poi, tener presente che, nei mesi successivi all'entrata in vigore della legge, sono state presentate cinque richieste di referendum abrogativi²⁷ – una totale e quattro parziali – e che una di esse ha riguardato proprio il divieto di accedere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, considerato dai promotori referendari una inaccettabile ingerenza dello Stato in scelte riservate al singolo, peraltro fondata su argomentazioni prive di supporto scientifico²⁸.

Come è noto, il referendum in parola è stato dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 49 del 2005, ha pure chiarito che l'eventuale eliminazione del divieto di fecondazione eterologa non avrebbe determinato alcun vuoto normativo²⁹.

24 In questo modo si è espresso A. DE SANTIS, *op. cit.*, 222.

25 P. VERONESI, *op. ult. cit.*, 1, ha, inoltre, osservato che la previsione di un simile divieto non è presente negli ordinamenti giuridici della maggior parte dei Paesi membri dell'Unione Europea. Su tale argomento v. C. NARDOCCI, *La fecondazione di tipo eterologo e le soluzioni accolte in alcuni ordinamenti giuridici di Stati membri dell'Unione Europea*, in M. D'Amico, M.P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di "fecondazione eterologa"*, Milano, 2014, 337 ss. e M. SALVETTI, *La fecondazione eterologa in Europa: un'analisi comparata*, *cit.*, 114 ss.

26 Tra i diversi studiosi che hanno manifestato tali perplessità ricordiamo A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità*, in www.forumcostituzionale.it, 1 ss.; M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, *cit.*, 453 ss.; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, *cit.*, 501 ss.

27 Su tali richieste e sull'intera vicenda referendaria relativa alla legge n. 40 del 2004 si rinvia al lavoro di M. Ainis (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005.

28 Cfr. A. DE SANTIS, *La fecondazione eterologa nel quadro legislativo e giurisprudenziale italiano*, *cit.*, 223.

29 In particolare, in tale sentenza il giudice delle leggi ha sottolineato che, con l'eventuale abrogazione delle disposizioni oggetto della consultazione referendaria, non si sarebbero create lacune nell'ordinamento e non sarebbe venuto meno «il livello minimo di tutela costituzionalmente necessario».

La consultazione referendaria è, tuttavia, fallita per il non raggiungimento del *quorum* strutturale, data la mancata partecipazione al voto della maggior parte degli aventi diritto³⁰.

Per le coppie totalmente sterili o infertili la compressione del diritto alla procreazione è stata, dunque, confermata dal voto popolare³¹ e solo le coppie dotate di mezzi economici non trascurabili hanno potuto continuare a coltivare la speranza di diventare genitori, recandosi in quei Paesi nei quali l'accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo era lecito³².

3. Dopo l'esito del referendum, il dibattito sul divieto assoluto di accedere alla fecondazione eterologa non si è esaurito e, nel corso degli anni, sono stati presentati più disegni di legge diretti a far venir meno il divieto in parola³³. Nessuna di tali iniziative legislative ha, però, avuto successo e, per diverso tempo, a tante coppie è stato impedito di provare a vivere l'esperienza della procreazione³⁴.

Come sappiamo, a questa situazione ha posto rimedio la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 162 del 2014, ha dichiarato illegittime le disposizioni della legge n. 40 che vietano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo anche alle coppie alle quali «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili»³⁵.

30 Sulle cause del mancato raggiungimento del *quorum* v., per tutti, C. FLAMIGNI, M. MORI, *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40*, Torino, 2014, 68 ss.

31 Cfr. M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 136.

32 Secondo P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, cit., 13, il legislatore del 2004, ammettendo che le coppie potevano praticare altrove quanto vietato in Italia, suggeriva come oltrepassare i divieti da esso stesso previsti.

33 Su tali iniziative legislative si rinvia a M. D'AMICO, *op. cit.*, 16.

34 Cfr. A. COSSIRI e G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, 2013.

35 Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 13 del considerato in diritto. Diversi sono i contributi dedicati alla pronuncia in esame. In questa sede ci limitiamo a segnalare quelli di A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *www.giurcost.org*, 1 ss.; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 ss.; A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa, ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 ss.; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo:*

Nella pronuncia in esame la Corte, dopo aver fatto presente che la fecondazione eterologa incide su più interessi di rango costituzionale che necessitano tutti di un minimo di tutela legislativa³⁶, ha sottolineato che il divieto assoluto di utilizzarla non è compatibile con il nostro testo fondamentale³⁷. A suo giudizio, infatti, tale divieto si pone in contrasto con l'esigenza di tutelare due diritti costituzionalmente rilevanti: quello di provare a diventare genitori e formare una famiglia con figli, che è un'espressione della libertà di autodeterminarsi ed è riconducibile agli articoli 2, 3 e 31 del testo fondamentale³⁸ e quello alla salute sia fisica che psichica dell'individuo, che è previsto dall'articolo 32 della Costituzione³⁹.

Con riferimento al primo dei diritti lesi dal divieto, il giudice delle leggi ha chiarito che la determinazione di avere o meno un figlio riguarda la sfera più intima della persona e, per questa ragione, è incoercibile anche per le coppie assolutamente sterili o infertili che decidono di provare a vivere l'esperienza della genitorialità ricorrendo alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo⁴⁰.

Relativamente al secondo dei diritti sacrificati dal divieto, la Corte, dopo aver ricordato che, per l'articolo 32 della Costituzione, il diritto alla salute è comprensivo anche della salute psichica, ha fatto presente che l'impossibilità di formare una famiglia con figli attraverso la

come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014, in www.giurcost.org, 1 ss.

36 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 5 del considerato in diritto. Secondo M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, cit., 23, da questa premessa emerge l'impostazione laica accolta dalla Corte, che si pone «in linea con quanto già affermato in occasione della pronuncia n. 151 del 2009, in cui venne dichiarata la non conformità a Costituzione del limite rigido dei tre embrioni destinati all'impianto nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo».

37 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 6 del considerato in diritto.

38 A giudizio di S. PENASA, *op. cit.*, 4, rispetto a tale diritto «risulta di particolare rilievo la assonanza argomentativa con l'approccio della Corte EDU, che utilizza la medesima espressione (qualificandola esplicitamente in termini di "diritto di diventare genitori") al fine di ricondurre la sfera procreativa al concetto di "vita privata e familiare" protetto dall'articolo 8 CEDU».

39 Cfr. C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, cit., 1.

40 Secondo A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., 21, il giudice delle leggi ha ritenuto che l'accesso alla fecondazione eterologa rientra «nel contenuto della libera determinazione di procreare della coppia ed è espressione della libertà di autodeterminazione della stessa». Sulla configurabilità dell'autodeterminazione come diritto costituzionale v., fra gli altri, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 1 ss.

procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo può incidere in maniera significativa sulla salute dei membri della coppia⁴¹. A suo giudizio, infatti, dato che la sterilità e l'infertilità assolute possono determinare gravi problemi di tipo psicologico, vietare l'accesso all'unica tecnica che potrebbe risolvere tali problemi equivale a ledere la salute del soggetto interessato⁴².

Nella sentenza in esame sono stati, dunque, individuati i diritti costituzionali sui quali va ad incidere il divieto di accedere alla fecondazione eterologa, ma il giudice della legge ha precisato che, per considerare illegittimo tale divieto, bisogna anche verificare «se l'assolutezza che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame»⁴³.

Secondo la Corte, il solo interesse che potrebbe giustificare l'assolutezza del divieto è quello della persona nata grazie alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, perché potenzialmente danneggiata dal rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale e dall'eventuale mancata tutela del diritto a conoscere la propria identità genetica⁴⁴.

Quanto al possibile rischio di danno alla salute psichica dei nati da eterologa, nella pronuncia non si dice alcunché. È noto, però, che l'unico studio promosso in materia dall'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dimostrato che la cd. frattura delle figure parentali non ha mai causato disturbi di natura psico-sociale nei bambini venuti alla luce attraverso il ricorso alla tecnica in questione⁴⁵.

41 Su quest'orientamento della Corte v. A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 835.

42 Cfr. C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 81-82.

43 Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 8 del considerato in diritto. Al riguardo v., fra gli altri, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, cit., 8-9.

44 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 10 del considerato in diritto. A giudizio di A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., 123, nella sentenza vi poteva essere un riferimento anche agli embrioni umani che sono appositamente creati ai fini della fecondazione eterologa. Secondo l'autore, infatti, la considerazione dello specifico interesse dell'embrione a proseguire il suo processo vitale «non giustifica di per sé un divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ma è idoneo a costituire fondamento del divieto legislativo in altri casi e per altre finalità che non rispondono alla tutela del diritto alla salute o di altri diritti e interessi costituzionali».

45 In proposito v. M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, cit., 15.

Maggiore attenzione il giudice delle leggi ha, invece, dedicato al diritto a conoscere la propria identità genetica⁴⁶. Nella sentenza si è, infatti, ricordato che tale diritto è stato già oggetto di regolazione nel nostro ordinamento, in quanto la legge n. 184 del 1983 in materia di adozione ha stabilito che la segretezza dell'identità dei genitori biologici non è un requisito imprescindibile per la coesione della famiglia adottiva⁴⁷ ed ha precisato che, nei casi e nei modi previsti dal legislatore, i genitori adottivi e la persona adottata possono ottenere informazioni sull'identità dei genitori biologici⁴⁸.

Va, tuttavia, considerato che i donatori di gameti sono difficilmente assimilabili ai genitori naturali dell'adottato⁴⁹ e che, anche per la legge n. 40, non hanno alcuna relazione giuridica parentale con il nato da eterologa⁵⁰. Esclusa, dunque, una qualsiasi forma di responsabilità del donatore nei confronti di chi viene alla luce grazie alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, risulta evidente che il diritto di quest'ultimo a conoscere le proprie origini genetiche debba essere disciplinato in modo diverso «rispetto ai casi in cui ci sia stata una effettiva separazione dai genitori naturali»⁵¹ e non possa determinare il totale sacrificio della *privacy* del donatore⁵².

A questo riguardo, la Corte ha opportunamente fatto presente che, in assenza di una normativa specifica, una regolamentazione equilibrata dei

46 Come è noto, tale diritto è sicuramente un diritto fondamentale, previsto come tale dall'articolo 7 della Convenzione internazionale dei diritti del fanciullo. Va, però, tenuto presente che nel medesimo articolo si è opportunamente precisato che il diritto in questione va protetto «nella misura del possibile».

47 Tale previsione è contenuta nell'articolo 28, comma 5 della legge n. 184 del 1983.

48 Questa precisazione è presente nell'articolo 28, comma 4 della legge n. 184 del 1983, così come modificato dall'articolo 100, comma 1, lettera p del decreto legislativo n. 154 del 2013. Occorre, poi, ricordare che, in sintonia con la riforma del 2013, la Corte costituzionale ha chiarito, nella sentenza n. 278 del 2013, che l'anonimato del genitore naturale può sempre essere rimosso. Su tale sentenza v. E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra CEDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in www.rivistaaic.it, 1 ss.

49 Così A. MUSUMECI, *“La fine è nota”. Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in www.rivistaaic.it, 8.

50 Sul punto si rinvia a quanto stabilito dall'articolo 9, comma 3 della legge 40 del 2004.

51 In questi termini si è espressa A. MUSUMECI, *op. cit.*, 8.

52 Come ha osservato P. VERONESI, *op. ult. cit.*, 11, anche il diritto del nato da eterologa a conoscere le proprie origini genetiche non è illimitato e «va dunque calibrato in rapporto agli altri diritti con i quali può venire in collisione».

diritti del donatore di gameti e del nato da eterologa è desumibile dal decreto legislativo n. 191 del 2007⁵³. Tale decreto, infatti, nel disciplinare la donazione dei tessuti e delle cellule, ha stabilito che al donatore deve essere garantito il pieno anonimato, ma ha anche previsto che è sempre possibile accedere alle sue informazioni mediche e ciò soprattutto se sussiste un concreto pericolo per la vita o la salute del nato⁵⁴.

Non sorprende, allora, che i giudici della Consulta siano arrivati alla conclusione che il divieto assoluto di accedere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo va annullato non soltanto perché è lesivo della fondamentale libertà della coppia destinataria della legge n. 40 di formare una famiglia con figli, ma anche perché la sua assolutezza non è giustificata da esigenze di tutela del nato che sono già garantite in modo congruo ed è unicamente il risultato di un bilanciamento tra interessi del tutto irragionevole⁵⁵.

4. Abbiamo osservato che, con la sentenza n. 262 del 2014, la Corte costituzionale ha chiarito che il diritto di procreare è un diritto inviolabile della persona riconducibile agli articoli 2, 3, 31 e 32 del testo fondamentale e che, quindi, di tale diritto non possono non esserne titolari anche i componenti di coppie che soffrono di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

Con la decisione in esame le disposizioni della legge n. 40 sulla fecondazione eterologa sono state, dunque, ricondotte nell'alveo della Costituzione⁵⁶ ed è stato eliminato un palese elemento di irrazionalità interno alla legge stessa⁵⁷, ove si consideri che quest'ultima intendeva «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana»⁵⁸, ma, al medesimo tempo, impediva la formazione di una famiglia con figli proprio alle coppie affette dalle patologie più gravi⁵⁹.

53 Con il decreto in parola è stata data attuazione alla direttiva CE n. 23 del 2004, che ha definito le norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane.

54 Al riguardo v., fra gli altri, A. MUSUMECI, *“La fine è nota”. Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, cit., 9.

55 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 13 del considerato in diritto.

56 Così, fra i tanti, M. D'AMICO, *op. cit.*, 34.

57 In proposito v., fra gli altri, C. TRIPODINA, *op. ult. cit.*, 82-83.

58 Legge n. 40 del 2004, articolo 1, comma 1.

59 Abbiamo già visto che tale previsione è contenuta nell'articolo 4, comma 3 della legge in questione.

Dalla lettura della pronuncia pare, poi, evidente che l'annullamento del divieto assoluto di accedere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo non ha determinato alcun vuoto normativo⁶⁰, perché sono vigenti diverse disposizioni che disciplinano «molti dei profili di più pregnante rilievo»⁶¹. Non si può, infatti, ignorare che i giudici della Consulta hanno fatto presente che sono utilizzabili per la fecondazione eterologa sia i principi discendenti dal decreto legislativo n. 191 del 2007 sull'anonimato del donatore e la gratuità della donazione, sia numerose disposizioni della legge 40⁶². In particolare, con riferimento a queste ultime, la Corte ha ritenuto sicuramente utilizzabili per l'eterologa la disposizione che considera possibile ricorrere alla procreazione medicalmente assistita solo se non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità e solo se sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse⁶³; la disposizione che riserva l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale alle sole coppie maggiorenni ed eterosessuali, che siano coniugate o conviventi e che abbiano un'età potenzialmente fertile⁶⁴; la disposizione che si occupa di consenso informato⁶⁵ e quella sulle strutture autorizzate a praticare la procreazione assistita⁶⁶; le disposizioni a tutela del nato che vietano il disconoscimento di paternità e l'anonimato della madre⁶⁷ e quella che stabilisce che il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuri-

60 A. DE SANTIS, *La fecondazione eterologa nel quadro legislativo e giurisprudenziale italiano*, cit., 257-258, ha puntualmente ricordato che l'Avvocatura dello Stato aveva sostenuto l'incoercibilità del divieto di accedere alla fecondazione eterologa, sottolineando che il suo abbattimento avrebbe provocato pericolosi vuoti normativi, non colmabili dalla giurisprudenza costituzionale, ma «soltanto tramite il concreto dispiegarsi della discrezionalità legislativa, inevitabilmente destinata a sprigionarsi entro il dibattito parlamentare tra maggioranza e minoranza».

61 Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 11 del considerato in diritto.

62 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punti 11 e 12 del considerato in diritto. Non va, inoltre, dimenticato che, subito prima di soffermarsi sulle diverse disposizioni attualmente utilizzabili per l'eterologa, la Corte ha chiarito che il potere di dichiarare l'incostituzionalità delle leggi non può essere ostacolato da una carenza legislativa derivante dall'esercizio di tale potere. Diversamente, infatti, si determinerebbe «una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato, soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario».

63 Cfr. legge n. 40 del 2004, articolo 1, comma 2.

64 Cfr. legge n. 40 del 2004, articolo 5, comma 1.

65 Cfr. legge n. 40 del 2004, articolo 6.

66 Cfr. legge n. 40 del 2004, articolo 10.

67 Cfr. legge n. 40 del 2004, articolo 9, commi 1 e 2.

dica parentale con chi viene alla luce grazie alla fecondazione artificiale e «non può far valere nei suoi confronti alcun diritto»⁶⁸.

Non vi è dubbio, allora, che la sentenza del 2014 ha chiarito che non vi è alcun bisogno di un nuovo provvedimento legislativo in materia di fecondazione eterologa, perché la legislazione vigente già impone di assicurare l'immediato accesso alla tecnica in parola⁶⁹ e perché, a giudizio della Corte, i problemi non affrontati a livello legislativo, il più importante dei quali attiene al numero di donazioni da consentire, possono essere tranquillamente risolti con un aggiornamento delle Linee guida o con l'adozione di decreti ministeriali⁷⁰.

Va, tuttavia, segnalato che, subito dopo la pronuncia della sentenza, il Ministro della salute Beatrice Lorenzin ha presentato un progetto di decreto legge volto a disciplinare alcuni aspetti dell'accesso all'eterologa ritenuti non coperti dalla legislazione in vigore⁷¹. Agendo in questo modo, l'esponente dell'Esecutivo ha dimostrato di non voler tener conto della giurisprudenza costituzionale e se è vero che l'approvazione del suo decreto è stata bloccata in seno al Consiglio dei Ministri, è pur vero che anche quest'ultimo ha preferito ignorare i contenuti della sentenza n. 162, ritenendo che su una materia tanto caratterizzata da un punto di vista etico «si dovesse pronunciare il Parlamento»⁷².

Il nostro Governo non si è, quindi, preoccupato del fatto che i giudici della Consulta avevano escluso la sussistenza di un vuoto normativo in tema di accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e, rimettendo alle Camere la regolamentazione della materia, ha impedito alle coppie sterili o infertili di esercitare, in tempi rapidi, il loro diritto a cercare di formare una famiglia con figli nel nostro Paese⁷³.

68 Cfr. legge n. 40 del 2004, articolo 9, comma 3.

69 Sul punto v., per tutti, M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, cit., 34.

70 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 12 del considerato in diritto. Per un diverso e discutibile orientamento v. M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita*, cit., 140.

71 Sui contenuti del decreto si rinvia a M. D'AMICO, *op. cit.*, 33. A suo giudizio, l'utilizzo di un simile strumento normativo destava parecchie perplessità, ma l'impostazione del decreto e i suoi contenuti «erano da valutarsi molto positivamente».

72 In questi termini si è espresso P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, cit., 15.

73 L'Esecutivo ha, dunque, costretto le coppie totalmente sterili o infertili a continuare a recarsi all'estero per poter accedere all'eterologa e, così facendo, ha dimostrato di voler ignorare anche quella parte della sentenza del 2014 che contestava alla

Di fronte a questa situazione, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha predisposto un documento di indirizzo sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa particolarmente attento a quanto stabilito dalla Corte⁷⁴. Non sfugge, infatti, che l'obiettivo dichiarato del documento di indirizzo è stato quello di rendere immediatamente esigibile in tutto il territorio nazionale il diritto delle coppie sterili o infertili a provare a vivere l'esperienza della procreazione⁷⁵.

Per raggiungere tale obiettivo la Conferenza, oltre ad aver sottolineato l'urgente necessità che tutte le tecniche di procreazione assistita vengano inserite nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di adeguamento dei livelli essenziali di assistenza⁷⁶, ha disciplinato alcuni aspetti dell'eterologa non coperti da previsioni normative⁷⁷. In particolare, ha fissato dei criteri per la selezione dei donatori⁷⁸, ha chiarito che la donazione dei gameti è un atto volontario e gratuito⁷⁹, ha vietato ai pazienti di scegliere le caratteristiche fenotipiche del donatore onde evitare illegittime selezioni eugenetiche⁸⁰ e, non da ultimo, ha indicato un limite alle donazioni effettuabili, prevedendo che ogni donatore non possa determinare più di dieci nascite⁸¹.

legge n. 40 di trattare in modo indiscriminatamente più favorevole le coppie con maggiori possibilità economiche.

74 Come è noto, la Conferenza ha utilizzato, come modello del suo documento di indirizzo, una delibera della Toscana del 28 luglio 2014, con la quale tale Regione aveva regolato i vari aspetti della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo non ancora disciplinati a livello legislativo.

75 Così A. DE SANTIS, *op. cit.*, 262.

76 Su tale necessità cfr. F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, cit., 20-21.

77 Per una puntuale ricostruzione del documento di indirizzo e dei suoi contenuti si rinvia a R. VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi "indirizzi operativi" della Conferenza delle Regioni*, in *Studium iuris*, 2014, 1252 ss.

78 In proposito va ricordato che la Conferenza ha precisato che possono donare propri gameti soltanto gli uomini che abbiano un'età compresa tra i diciotto e i quaranta anni e soltanto le donne che abbiano un'età compresa tra i venti e i trentacinque anni.

79 Nel documento di indirizzo si legge, infatti, che l'unico scopo della donazione dei gameti è quello di giovare alla salute riproduttiva di un'altra coppia.

80 La Conferenza ha, tuttavia, segnalato che, «in considerazione del fatto che l'eterologa si pone per la coppia come un progetto riproduttivo di genitorialità per mezzo dell'ottenimento della gravidanza», bisogna «ragionevolmente assicurare la compatibilità delle principali caratteristiche fenotipiche del donatore con quelle della coppia ricevente».

81 Nel documento di indirizzo è stata, però, individuata un'eccezione a tale regola. Si è, infatti, stabilito che una coppia che abbia già avuto un figlio tramite la procreazione

A ben guardare, il documento di indirizzo non è stato recepito dalla totalità delle Regioni e solo alcune di esse hanno garantito l'avvio degli interventi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo nelle strutture del proprio territorio⁸². Nonostante ciò, l'operato della Conferenza è da valutare positivamente perché questa, in coerenza con la giurisprudenza costituzionale, ha dimostrato in modo efficace l'inutilità di un nuovo intervento legislativo in tema di accesso all'eterologa ed è riuscita a portare sulle sue posizioni anche il Ministro della salute⁸³.

Concludendo, dalla sentenza del 2014 e dall'insieme delle disposizioni prese in considerazione risulta evidente che alle coppie totalmente sterili o infertili debba essere al più presto garantita la possibilità di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Non vi è dubbio, allora, che nel nostro ordinamento il diritto alla procreazione delle coppie in parola sia già ampiamente tutelato e che l'approvazione di una nuova legge in materia avrebbe senso solo se, con essa, si riuscisse ad ampliare la platea dei titolari del diritto di formare una famiglia con figli, riconoscendo la possibilità di accedere all'eterologa anche ad altri soggetti deboli, come i *single*, le coppie omosessuali e le coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche o sessualmente trasmissibili⁸⁴.

assistita di tipo eterologo ha la possibilità di averne un altro dal medesimo donatore.

82 Cfr. P. VERONESI, *op. ult. cit.*, 16-17.

83 Sul punto v. R. VILLANI, *op. cit.*, 1256. Occorre, poi, sottolineare che è anche merito della Conferenza se, nell'anno in corso, l'Esecutivo ha finalmente inserito nei livelli essenziali di assistenza le varie tecniche di fecondazione artificiale e si è, così, dimostrato consapevole del fatto che il diritto di procreare è un diritto sociale, che va garantito in tutto il territorio della Repubblica. Su quest'ultimo aspetto v. F. PASTORE, *op. ult. cit.*, 23.

84 A conclusioni non dissimili è arrivata M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, cit., 35. La studiosa ha infatti ritenuto che, una volta risolti i problemi pratici connessi all'avvio della procreazione assistita di tipo eterologo, sarebbe auspicabile l'adozione di un nuovo testo legislativo che, oltre a riscrivere quello vecchio alla luce delle indicazioni della Corte, affronti i problemi ancora aperti, compreso quello di consentire l'utilizzo della fecondazione eterologa alle persone cui è attualmente vietato.

RAFFAELE PRODOMO, FRANCESCA FORNI, LUISA IANNICELLI

LE NUOVE FRONTIERE DELLA FECONDAZIONE IN VITRO: LA DONAZIONE MITOCONDRIALE

Sommario: 1. Passato e futuro di ibridazioni: il destino errante del mitocondrio. – 2. Mitocondri, origine e funzioni. – 3. Terapie mitocondriali: una prospettiva realistica. – 4. Malattie genetiche del mitocondrio: frequenza, meccanismo patogenetico, manifestazioni cliniche e le terapie tradizionali impiegate. – 5. La Sindrome di Leigh. – 6. Alcune riflessioni sulle possibili valutazioni etiche: il figlio di tre genitori. – 7. Famiglie classiche e famiglie non tradizionali. – 8. Il destino errante del mitocondrio: una nuova ibridazione provocata dall'uomo

1. In questo scritto si discuterà di una nuova tecnica di fecondazione assistita tesa questa volta non a curare la sterilità ma a prevenire o curare malattie genetiche, selezionando e manipolando l'embrione precoce prima di trasferirlo in utero. Tra queste tecniche si colloca la donazione di mitocondri. Il mitocondrio è detto la centrale elettrica della cellula perché nel suo interno vengono prodotte e immagazzinate le molecole di ATP (adenosin trifosfato) dalla cui scissione si libera energia chimica da impiegare nelle varie funzioni cellulari.

Si analizzerà, poi, la struttura dei due tipi principali di cellule, quella procariote e quella eucariote, caratterizzate da una diversa collocazione del DNA, presente in modo diffuso nel primo tipo di cellula, più semplice morfologicamente, mentre nel secondo tipo esso è separato dal resto della cellula da una membrana che lo racchiude al suo interno formando il nucleo. Tali caratteristiche sono il portato di una storia evoluzionistica che vede l'origine della vita circa 4 miliardi di anni fa con la comparsa della cellula procariotica e dopo 2 miliardi di anni di quella eucariotica, a seguito di un processo di simbiosi, prima, e fusione, poi, tra cellule indipendenti. Il mitocondrio sarebbe quindi un ospite indipendente penetrato in una cellula più grande e poi fuso con essa, perdendo la sua indipendenza. L'ultima grande tappa nel cammino evolutivo sarebbe poi stata quella della formazione dei primi esseri pluricellulari, collocabile all'incirca 500 milioni di anni fa.

Dopo questo doveroso *excursus* sulla conformazione strutturale e il percorso evolutivo che ha portato ad essa, si passerà poi a discutere delle odierne terapie mitocondriali, il cui obiettivo è la correzione di difetti nel DNA contenuto in questo organulo. La terapia consiste non nella correzione del singolo gene ma nella sostituzione totale del mitocondrio malato con uno sano tratto dalla cellula uovo femminile di una donatrice (da ricordare che i mitocondri sono trasmessi solo dalla madre).

Infine verranno illustrate le principali malattie mitocondriali e le principali argomentazioni di carattere etico a sostegno della tecnica di sostituzione, non ultima quella che rinvia alle origini filogenetiche e al carattere errante e *collaborativo* caratteristico della natura mitocondriale, carattere che si evidenzia nella spiccata vocazione simbiotica.

2. Il mitocondrio è un organulo presente nel citoplasma delle cellule più evolute, le cellule eucariotiche, e la sua funzione è realizzare attraverso reazioni chimiche la sintesi di molecole ad alto contenuto energetico, le molecole di adenosin trifosfato, detto ATP. L'ATP sintetizzato e accumulato nei mitocondri rappresenta la riserva energetica cellulare. Prima di approfondire il discorso sui mitocondri occorre fare una premessa di ordine generale sui vari tipi di cellule. Abbiamo cellule procariotiche e cellule eucariotiche, le prime sono strutturalmente più semplici, hanno una membrana citoplasmatica che provvede a separare ambiente interno da ambiente esterno ma al loro interno non hanno un nucleo definito e il DNA si trova sotto forma di lungo filamento mescolato alle componenti citoplasmatiche, proteine strutturali, enzimi, macromolecole di diversa origine chimica etc. etc. La cellula eucariotica ha, invece, una struttura più complessa, l'ambiente interno è organizzato in modo tale che il DNA e le proteine che ad esso si accompagnano i cosiddetti istoni sono separati dal restante citoplasma e protetti da un involucro nucleare che svolge un ruolo attivo di selezione di quello che può passare da una parte all'altra: dal citoplasma al nucleo e dal nucleo al citoplasma.

La diversa struttura cellulare è l'esito di un processo storico-evolutivo lunghissimo che ha portato in prima istanza, circa 4 miliardi di anni fa, all'origine delle prime forme di vita. L'evoluzione pre-biotica e tutte le condizioni favorevoli al sorgere delle prime forme di vita, rappresentano il capitolo interessante della nascita del vivente a partire da molecole ed attività enzimatiche, nonché da strutture inorganiche pronte al grande balzo: il passaggio dalla materia inerte alla materia vivente! Quale sia stato il percorso all'origine della vita che ha portato al passaggio da materia inanimata a organismo vivente, è un problema intorno al quale si discute da

anni¹. Tra le tante teorie e ipotesi scientifiche, tuttavia, si è inserita anche una pseudo teoria scientifica, nei cui confronti è necessario il massimo di attenzione critica, si tratta della forma più moderna e sofisticata di creazionismo: il cosiddetto *progetto intelligente*². Secondo tale ipotesi teorica il formarsi della prima cellula non potrebbe essere spiegato integralmente con lo spontaneo aggregarsi e organizzarsi di materiali affini fino a creare una struttura in grado di riprodursi, soffrire e godere, nascere e morire. Le probabilità di uno spontaneo assemblaggio di un organismo vivente, anche il più semplice quale ad esempio una cellula procariote, sono scarsissime. Di conseguenza il passaggio dalla materia inanimata alla sostanza vitale deve trovare un'altra chiave esplicativa: l'unica spiegazione plausibile, secondo i sostenitori dell'ipotesi del progetto intelligente, è quella di un diretto intervento divino, la vita come esito di un processo creativo, un *progetto* che si sviluppa dalla mente divina alla realtà.

Che cosa non va nell'ipotesi neocreationistica? Nulla se essa si presentasse nella sua vera natura, ossia come ipotesi fideistica, interna a un discorso religioso. Il problema è posto dal suo volersi intrufolare, senza averne titolo, tra le ipotesi scientifiche. Ma una teoria non si può considerare scientifica quando accoglie nel suo interno l'ipotesi di un Dio creatore, in questa evenienza si incorpora un elemento estraneo e trascendente nell'insieme della rete causale di spiegazione di un qualunque fenomeno naturale e storico. Un'azione divina iniziale che dia il via alla storia della vita, in ultima analisi, risulta elemento solo postulato e non spiegato. Quello del progetto intelligente sarebbe un Dio molto simile a quello cartesiano che, per dirla alla Pascal, darebbe un colpetto al mondo e poi si trarrebbe in disparte lasciando il resto alla storia naturale. Nel caso in questione il colpetto sarebbe la creazione della prima cellula, anche se più che un atto creativo vero e proprio si sarebbe trattato di un geniale assemblaggio di parti di per sé inerti ma che, una volta messe nei giusti rapporti reciproci, diventano capaci di interagire in maniera sistemica. Ad ogni modo, una volta creata la prima cellula, l'intervento divino diretto si sarebbe arrestato consegnando il resto del progresso biologico al meccanismo della selezione naturale, operante nei canali del classico evolucionismo darwiniano. Un grande balzo iniziale, quindi, seguito da un processo lentissimo di interazione con gli stimoli ambientali che hanno modificato l'unità vivente primordiale. Circa 4 miliardi di anni fa sarebbe avvenuto questo passaggio epocale e la vita

1 G. CHIEFFI, *Origine della vita*, in R. Prodomo, *La nascita. I mille volti di un'idea*, Torino, 2006.

2 Aggiornamenti continui sulla polemica tra evolucionismo e sostenitori di vecchi e nuovi creazionismi su www.pikaia.eu.

nelle sue forme iniziali si manifestò sotto forma di cellule procariotiche, e una teoria scientifica dovrebbe tentare di dare conto delle modalità di questo grande emergere della vita senza invocare il diretto intervento di un Dio (cosa che colloca automaticamente tutto il discorso nell'ambito del pensiero religioso, fuori quindi dalla teoria scientifica). Ad ogni modo la cellula procariotica si afferma e occupa il nostro pianeta per molto tempo da sola e indisturbata. Solo dopo circa 2 miliardi di anni i processi evolutivi fanno emergere un'altra novità, sorge, come in precedenza già accennato, una forma vitale più complessa: la cellula eucariotica.

La cellula eucariotica è composta da un nucleo organizzato (contenente il materiale genetico o DNA) separato dal contesto, ossia un citoplasma dove avvengono gli scambi metabolici e si trovano alcuni organuli specializzati. Essa, abbiamo visto, si è formata circa 2 miliardi di anni fa per evoluzione a partire da cellule procariotiche del tipo dei batteri attuali. La cellula procariotica non ha un nucleo vero e proprio ed il materiale genetico è sparso al suo interno in modo disordinato. La teoria più accreditata spiega il processo evolutivo come frutto di una fusione simbiotica tra una cellula più grande che fagocita una più piccola senza tuttavia distruggerla. Tra le due cellule si stabilisce prima una collaborazione simbiotica poi una vera e propria fusione. Il batterio ospite sarebbe stato originariamente dotato di un metabolismo a metano che gli consentiva di vivere in anaerobiosi in ambienti vulcanici, poi si sarebbe specializzato nella produzione di ATP sviluppando un metabolismo aerobico in grado di sfruttare l'ossigeno che progressivamente stava prendendo il sopravvento negli ambienti terrestri primordiali. Da questo momento in poi si può parlare di organuli cellulari e si consolida la trasformazione di alcune cellule da procariotiche ad eucariotiche.

Per altri milioni di anni la vita si sarebbe evoluta mantenendo, tuttavia, queste caratteristiche unicellulari. La tappa successiva sarebbe stata poi la formazione dei primi organismi pluricellulari, ma questa è un'altra storia cominciata circa 500 milioni di anni fa. Una storia mirabilmente raccontata da S.J. Gould in uno dei più avvincenti e affascinanti libri di biologia evolutiva, *La vita meravigliosa*, di cui raccomandiamo la lettura a tutti coloro interessati al meraviglioso romanzo della vita³. Torniamo quindi alla nostra cellula primordiale.

Secondo un recente studio italiano, tra i batteri oggi esistenti quelli che meglio ricordano l'antenato del mitocondrio ancora capace di vita autonoma, sono alcuni microrganismi che producono energia per il loro metaboli-

3 S.J. GOULD, *La vita meravigliosa*, Milano 1995 (1989).

smo a partire da metano e metanolo, perciò detti *metilotrofi*⁴. Gli antenati degli attuali batteri metilotrofi sarebbero venuti in contatto circa 2 miliardi di anni fa con organismi produttori di metano e questa circostanza avrebbe reso possibile uno scambio tra loro estremamente vantaggioso tanto da indurli a entrare in simbiosi.

L'associazione tra microrganismi consumatori con microrganismi produttori di metano avrebbe dato vita al precursore della cellula eucariotica, una sorta di macchina biologica *a metano*, capace di adattarsi sia ad ambienti anaerobici ricchi di metano, ad esempio i vulcani sottomarini, sia ad ambienti aerobici come la superficie degli oceani. Col tempo, la capacità delle cellule di estrarre energia dal metano si sarebbe persa lasciando spazio all'attuale fonte energetica data dal catabolismo di composti organici.

3. Una volta conosciute le peculiarità degli antenati capaci di vita autonoma e, in considerazione della (relativa) semplicità strutturale dei mitocondri attualmente presenti nelle cellule, si potrebbe prospettare la sintesi in laboratorio di mitocondri artificiali, assimilabili a microscopiche protesi potenzialmente impiegabili per la terapia di malattie legate al cattivo funzionamento mitocondriale, come sembrano essere alcune patologie cronico-degenerative del tipo della malattia di Parkinson. In questo settore siamo ancora al livello di ipotesi di ricerca puramente teorica, in uno stadio embrionale con niente di operativo in vista, almeno a breve termine. Invece, un campo primario di applicazioni terapeutiche potrebbe essere quello delle anomalie genetiche del DNA mitocondriale. In questo caso siamo in un ambito di ricerca già sviluppato, del tutto attuale e non meramente futuribile, in quanto tentativi di elaborare una terapia per le anomalie congenite del DNA mitocondriale sono all'ordine del giorno.

Si tratta della cosiddetta terapia mitocondriale sostitutiva, che ha aperto nuove frontiere nell'ambito della sperimentazione scientifica relativa alle tecniche di fecondazione assistita impiegate in coppie non sterili con finalità terapeutiche. Tenzialmente si tende a associare la fecondazione in vitro con la terapia della sterilità, la prima nonché ancor oggi prevalente e principale applicazione terapeutica. Ma la tecnica si presta anche ad altri impieghi, basti ricordare il ruolo che può assumere una FIVET associata alla diagnosi pre-impianto nel prevenire la nascita di bambini talassemici.

4 M. DEGLI ESPOSTI, B. CHOUAIA, F. COMANDATORE, E. CROTTI, D. SASSERA, P.M.J. LIEVENS, D. DAFFONCHIO AND C. BANDI, *Evolution of mitochondria reconstructed from the energy metabolism of living bacteria*, PLOS ONE, 2014.

ci⁵. Mentre nel caso della talassemia la diagnosi pre-impianto serve solo allo scopo di impiantare embrioni sani, evitando il *transfert* endouterino di quelli con la doppia mutazione per l'emoglobina (gli omozigoti per il gene della talassemia) nel caso delle malattie mitocondriali di cui è portatrice la madre si punta a un vero e proprio obiettivo terapeutico sostituendo in toto i mitocondri malati con quelli sani forniti da una donatrice⁶.

Nell'aprile 2016 il gruppo di ricerca del dott. John Zhang, del *New Hope Fertility Center* di New-York ha fatto nascere un bambino utilizzando una tecnica controversa che prevede l'utilizzo del DNA di tre persone. La tecnica utilizza DNA di diversa provenienza offrendo la possibilità di aver un figlio senza malattie metaboliche provocate da alterazione dei geni mitocondriali.

Nello specifico è stato ibridato il DNA della madre malata con quello di una donatrice sana, il cosiddetto terzo genitore. Il nucleo dell'ovocita materno è stato trapiantato nell'ovocita di una donatrice privato del proprio nucleo, ottenendo così una cellula ibrida col nucleo della madre inserito nel citoplasma della donatrice, luogo in cui si trovano i mitocondri sani. Da questo momento in poi si porta avanti una normale procedura di fecondazione in provetta: l'ovocita modificato viene fecondato con lo sperma del padre e impiantato nell'utero materno.

Le cose, tuttavia, non sono filate del tutto lisce. Nella fattispecie sembra che siano rimasti attivi alcuni mitocondri materni, realizzando una contaminazione del DNA mitocondriale della madre malata con quello della donatrice. Si è ipotizzato che questa contaminazione possa far insorgere problemi a lungo termine sulla salute del bambino pregiudicando i risultati inizialmente positivi. Questo, allo stato, non si è verificato ma non si può escludere ciò avvenga in futuro, solo che, sfortunatamente non lo sapremo mai, in quanto i genitori del bambino soggetto della sperimentazione hanno rifiutato di sottoporlo ad ogni ulteriore test per verificare gli effetti a medio e lungo termine della tentata terapia di sostituzione genica.

Un ulteriore elemento di anomalia presente nella sperimentazione è dato dalla circostanza, non casuale, che essa è stata portata avanti da un gruppo di ricerca americano al di fuori degli Stati Uniti dove non sarebbe stata consentita, emigrando provvisoriamente in Messico, paese dove ancora non esiste alcuna regolamentazione al riguardo. Anche se vale la pena ricordare che i responsabili della struttura sanitaria messicana hanno prote-

5 Si rinvia a R. PRODOMO, *La contesa sull'embrione* in R. Fattibene (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Napoli, 2017.

6 S. REARDON, *La moltiplicazione dei bambini con tre genitori*, in *Nature*, ottobre 2016, tradotto e pubblicato in *Le Scienze*, 31/01/2017.

stato facendo notare che, sebbene in carenza di una normativa specifica, del problema era stato investito il comitato etico.

Un tale comportamento, sofisticato e opportunistico, volto a sottrarsi alle regole etico-deontologiche è stato condannato dalla comunità internazionale di ricerca perché danneggerebbe i ricercatori seri coinvolgendoli in polemiche di principio, attinenti alla correttezza metodologica della ricerca, deviando il dibattito dai contenuti e dagli scopi concreti della sperimentazione in quanto tale. Fortunatamente in altri contesti il dibattito si è incanalato sui binari giusti. Non stupisce, ad esempio, che nel paese storicamente all'avanguardia per quanto riguarda la FIVET, il Regno Unito, dove nel 1978 è nata la prima bambina al mondo frutto di una fecondazione in vitro (Louise Brown) si è intervenuti tempestivamente sul piano etico e giuridico dando il via libera alla nuova tecnica. Si è così consentita la donazione dei mitocondri nell'ambito delle tecniche di fecondazione assistita. Vediamo brevemente in cosa essa consista.

La tecnica utilizza il genoma nucleare materno e paterno ed il genoma mitocondriale della donatrice consentendo la nascita di figli sani ed evitando il rischio di malattie mitocondriali. Ovviamente siamo ancora in fase di sperimentazione iniziale, non sono ancora noti gli effetti positivi che la terapia mitocondriale sostitutiva potrà avere sia a breve che a lungo termine, tantomeno si conoscono eventuali effetti collaterali negativi. Su questo si lavorerà nel prossimo futuro, tenendo a mente che il rischio di effetti collaterali negativi è presente in ogni nuovo trattamento terapeutico e lo scopo della sperimentazione è proprio quello di verificarne in concreto l'entità prima di proporre il nuovo trattamento nella pratica quotidiana come terapia standard.

Ma prima di affrontare nello specifico i problemi di natura etica, sui quali ci soffermeremo tra poco, esaminiamo brevemente quali e quante sono queste malattie genetiche mitocondriali che potrebbero essere le candidate principali a una terapia di innesto di mitocondri sani. Inoltre si fornirà un breve resoconto della loro incidenza, del loro meccanismo patogenetico, del quadro clinico caratteristico e delle possibilità terapeutiche finora possibili.

4. Le malattie mitocondriali sono un gruppo di malattie ereditarie caratterizzate da alterazioni nel funzionamento dei mitocondri. I disturbi della catena respiratoria mitocondriale sono geneticamente determinati e producono effetti non prevedibili e quantificabili a carico dei vari tessuti e organi. Infatti, una caratteristica fondamentale delle malattie mitocondriali è la variabilità delle manifestazioni cliniche in quanto le ripercussioni a carico dei vari organi, l'età d'insorgenza delle medesime e la loro progressione variano da soggetto a soggetto anche all'interno della stessa famiglia.

I sistemi organici più frequentemente coinvolti interessati sono l'apparato muscolare e il sistema nervoso periferico e centrale, oltre al cuore e alle ghiandole endocrine. Le malattie mitocondriali sono associate ad un ampio spettro di malattie tra cui le miopatie, le encefalopatie e le cardiomiopatie. La diagnosi si avvale di una valutazione clinico-anamnestica e di indagini metaboliche e genetico-molecolari.

La trasmissione è genetica, solo poche malattie mitocondriali seguono le regole dell'eredità mendeliana, la maggior parte delle malattie mitocondriali segue la trasmissione mitocondriale che avviene esclusivamente per via materna.

I mitocondri, come si è già detto contengono un proprio DNA, diverso dal DNA nucleare, non solo per il tipo di geni da esso codificati ma soprattutto per il fatto di essere molto sensibile alle mutazioni in quanto sprovvisto dei sistemi di riparazione presenti nel nucleo. La mutazione mitocondriale si ripara più difficilmente, quindi, ed è trasmessa esclusivamente per via materna. In condizioni normali, il DNA mitocondriale di un individuo è omogeneo, tuttavia, quando interviene una mutazione, si formano due DNA mitocondriali, ed entrambi coabitano e determinano effetti fenotipici diversi. Il sopravvento del DNA mitocondriale mutato rispetto a quello sano determina la comparsa della malattia. Questo, quindi, spiega la variabilità delle manifestazioni cliniche.

Le malattie mitocondriali si possono classificare in vari modi:

Classificazione genetica: malattie trasmesse dalla mutazione del DNA nucleare e quelle determinate da mutazioni del DNA mitocondriale. Il limite di tale classificazione rimane legato al fatto che non sempre è possibile una diagnosi genetica.

Classificazione clinica: si basa sulle manifestazioni cliniche a carico di organi e apparati anche se determinate da mutazioni diverse. Il vantaggio consiste nel suddividere i soggetti per intensità di cure.

Per quel che concerne la terapia, non esistono terapie risolutive per il trattamento delle malattie mitocondriali.

Oggi, la biologia mitocondriale rappresenta una delle aree più interessanti della genetica e della medicina che spaziano dal campo dell'embriologia al cancro, alle malattie infettive. Si è detto che i disturbi mitocondriali svolgono un ruolo importante in molte malattie dell'invecchiamento incluse quelle cardiache, nella malattia diabetica, nel Parkinson e nella demenza.

La terapia mitocondriale sostitutiva ha aperto nuove frontiere nell'ambito della sperimentazione scientifica relativa alle tecniche di manipolazione genetica sugli embrioni.

5. La sindrome di Leigh è una encefalopatia necrotizzante subacuta che insorge nella I infanzia con arresto dello sviluppo psicomotorio, convulsioni, paralisi extra-oculare, disturbi dell'alimentazione ed ipotonia.

La sindrome di Leigh è causata da mutazioni del DNA mitocondriale e/o nucleare con modalità di trasmissione genetica diversa – autosomica o recessiva – e con variabilità di epoca di insorgenza e di manifestazioni cliniche. Non esistono cure risolutive. La morte sopraggiunge entro i primi anni di vita. Nell'aprile del 2016, in Messico, è nato il I bambino con l'utilizzo della terapia mitocondriale sostitutiva.

Il gruppo medico diretto dal dott. John Zang ha fatto nascere un bambino utilizzando il DNA di tre persone.

La tecnica utilizza il genoma nucleare materno e paterno ed il genoma mitocondriale del donatore consentendo la nascita di figli sani ed evitando il rischio di malattie mitocondriali.

L'ovocita modificato con il DNA mitocondriale della donatrice è stato poi fecondato con lo sperma del padre prima dell'impianto nell'utero materno.

Tuttavia, nel corso del procedimento, si è verificata la contaminazione del DNA mitocondriale della madre malata con quello della donatrice con possibili e imprevedibili effetti a medio e lungo termine sulla salute del bambino.

La tecnica sostitutiva mitocondriale è ancora in fase di sperimentazione. Non sono ancora noti gli effetti che la terapia mitocondriale sostitutiva potrà avere, in futuro, sugli esseri umani.

Il via libero alla suddetta tecnica aprirebbe la porta in via definitiva all'utilizzo di tecniche di manipolazione genetica del DNA nucleare, responsabile dell'aspetto fisico e della individualità.

A Kiev, in Ucraina, nel gennaio 2017, è nato il secondo bambino da tre genitori con la tecnica mitocondriale assistita. Nella fattispecie, la tecnica dei tre genitori ha previsto l'impiego dell'ovocita della donatrice in cui è stato inserito il Dna della coppia richiedente che cercava di avere figli da circa 10 anni.

L'ovulo di una donna di 34 anni è stato fecondato dallo spermatozoo del marito ed il materiale genetico così ottenuto è stato iniettato nell'ovulo della donatrice. Il bambino presenta il Dna dei genitori contaminato da una piccola percentuale proveniente dalla donatrice. Sempre in Ucraina, nel mese di marzo 2017, è nato un terzo bambino con la tecnica mitocondriale sostitutiva.

Come per la sperimentazione di Zhang in Messico, anche in questo caso la scelta geografica non è neutrale, anche l'Ucraina, infatti, è sprovvista di una normativa etico-giuridica che regoli il settore di ricerca. Fortunata-

mente i dubbi sulla eticità di fondo della tecnica sono stati fugati dalla normativa britannica che è stata elaborata tempestivamente e autorevolmente.

Non è in discussione la tecnica in quanto tale, per quanto riguarda modalità e scopi applicativi, è in discussione la correttezza etico-deontologica dei protocolli di ricerca, che non si possono sottrarre al controllo di un comitato etico, così come avviene del resto per qualunque sperimentazione clinica.

Nei binari tracciati dalle regole di buona pratica di ricerca la sperimentazione terapeutica offrirebbe la possibilità all'individuo affetto da malattia mitocondriale di provare mezzi terapeutici nuovi per superare la patologia in oggetto, riducendo al minimo i rischi (un rischio annullato totalmente non è realistico) senza ledere la sua integrità come individuo.

6. La fecondazione in vitro con trasferimento di mitocondri viene effettuata allo scopo di prevenire le malattie mitocondriali, ossia quelle malattie dovute a mutazioni nel DNA presente in questi organuli citoplasmatici accomunati dalla peculiarità di essere trasmessi solo dagli ovociti materni, la cosiddetta trasmissione matrilineare.

Gli esiti positivi di tale tecnica, la nascita di un bambino esente da malattia mitocondriale, sono stati etichettati come la nascita di un bambino con tre genitori, dove il terzo genitore, anzi genitrice, è la donna donatrice dei mitocondri sani.

Proviamo a ragionare su questa definizione e valutiamola da due punti di vista: in primo luogo se essa è vera o falsa e successivamente se è moralmente accettabile o inaccettabile.

Alla prima domanda, se è vero che un bambino generato con tale tecnica abbia o no tre genitori la risposta è, contemporaneamente, sia negativa che affermativa.

La risposta è negativa se ci concentriamo sul solo aspetto genetico della questione. Il DNA mitocondriale rappresenta circa l'1% di tutto il corredo genetico totale, suddiviso in un 50% di origine materna e un 50% di origine paterna. Per di più esso sembra implicato prevalentemente nella formazione di molecole di ATP, che rappresentano la forma di conservazione dell'energia chimica nella cellula. Abbiamo visto che la principale funzione dei mitocondri è quella di produrre e conservare energia sotto forma di molecole di ATP. Qualunque altro ruolo più o meno direttamente implicato nello sviluppo cerebrale e, quindi, nella costruzione dell'identità personale, per ora è solo un'ipotesi da verificare.

Una così limitata partecipazione all'identità genetica individuale sembra non essere sufficiente per poter parlare di un terzo genitore, sullo stesso

piano degli altri due tradizionali, sarebbe come se in una società al 50% tra due persone si introducesse un azionista con l'1% e chiedesse lo stesso potere decisionale detenuto dai primi due!

Se quindi ci limitiamo a considerare l'aspetto genetico della questione la risposta alla domanda sulla presenza di un terzo genitore è un no secco e deciso.

Tuttavia, se allarghiamo l'orizzonte oltre l'aspetto meramente genetico scopriamo che nella trasmissione di caratteri fenotipici sono implicati numerosi fattori presenti nel citoplasma della cellula uovo. La clonazione, ad esempio, ci ha mostrato come un citoplasma *germinale* quale quello di un ovocita ha grandi effetti di trasformazione e di attivazione nei confronti del corredo genetico nucleare presente in una cellula differenziata. Gli stimoli citoplasmatici inducono infatti una inversione del percorso di sviluppo che normalmente va nel senso della progressiva specializzazione della cellula. Una cellula muscolare, una cellula epatica, una volta differenziate svolgono i loro compiti e non altro. La *sdifferenziazione* cellulare inverte il senso di marcia riportando la cellula indietro fino al livello più alto di indifferenziazione, quello della cellula uovo fecondata, lo zigote totipotente in grado di scindersi fino alla formazione di un embrione.

Secondo la teoria dei sistemi di sviluppo l'ereditarietà non sarebbe esclusivamente genetica ma comprenderebbe quelle componenti citoplasmatiche che interagiscono con i geni inducendone l'attivazione nelle sequenze e nei tempi giusti per garantire un regolare sviluppo psico-fisico. Adottando questo punto di vista non si erediterebbero solo i geni ma il complesso sistema di interazione geni-ambiente citoplasmatico⁷. In tal caso allora la partecipazione del terzo elemento alla generazione di un figlio comune non sarebbe per niente marginale. La terza figura genitoriale infatti verrebbe fuori dalla partecipazione al processo fecondativo non solo, e non tanto, di quell'1% di DNA mitocondriale quanto anche della totalità del citoplasma materno: così il terzo socio acquisisce un peso non più trascurabile!

Seguendo questa impostazione ispirata al principio della complessità e dell'interazione reciproca tra geni e ambiente (ed il citoplasma rappresenta il primo *ambiente* ad interagire coi geni: l'ambiente intracellulare) la risposta alla domanda se si possa o meno parlare di un terzo genitore non può che essere positiva.

Più interessante del quesito se il terzo sia o no un genitore supplementare sarebbe interessante chiedersi se l'atto della donazione dell'ovocita da parte della cosiddetta mito-mamma sia un atto veramente oblativo o,

7 S. OYAMA, *L'occhio dell'evoluzione*, Roma, 2004 (1998).

al contrario, apra ancora di più le porte a transazioni economiche, consolidando la tendenza a un mercato in cui il corpo della donna, fonte di vita, è oggetto di profitti economici personali.

7. Altre e distinta questione è quella relativa all'accettabilità sul piano morale di una triplice figura genitoriale. Qui si scontrano gli opposti estremismi di chi ritiene lo schema naturale immodificabile e chi invece lo sottopone senza remore alle manipolazioni tecnologiche sempre più marcate: *tecnofobia teocratica* e *tecnofilia scienzista* si confrontano faccia a faccia, e sembrano aver ragione di qualunque punto di vista alternativo, intermedio tra i due. Adottando il punto di vista tecnofobico si condannerà aspramente la tecnica del trasferimento mitocondriale, ribadendo piena cittadinanza morale alla famiglia tradizionale con la doppia figura genitoriale. Mentre dalla prospettiva tecnofilica non si emette alcun giudizio morale, anzi non ci si pone affatto il problema in quanto si ritiene la tecnica di per sé stessa positiva e impermeabile a condizionamenti esterni, di natura morale o politica.

Non mancano, infine, anche coloro che hanno interpretato questo allargamento tecnologicamente fondato della famiglia come metafora delle trasformazioni più squisitamente culturali che si prospettano nel futuro immediato, trasformazioni che introducono modelli nuovi ed affollano il palcoscenico sociale proponendosi in modo sempre più efficace come possibili alternative al modello familiare tradizionale. Ma la tecnica del trasferimento mitocondriale a scopi terapeutici si presta anche ad altre interpretazioni metaforiche, che evocano scenari di conflitti e scontri identitari passibili, tuttavia, di evoluzioni non violente. L'incontro col diverso, a qualunque livello si concretizzi, non necessariamente deve concludersi con lo scontro violento e la sopraffazione da parte del più forte. Esso può anche trasformarsi da scontro in incontro con l'accettazione dell'estraneo, in un primo momento rifiutato, e la sua integrazione. Tale integrazione non violenta, inizialmente conduce a una semplice coesistenza tra entità diverse e che tali restano, ma poi ha come esito finale la nascita di una nuova identità comprensiva delle precedenti e più articolata e complessa.

Da questo punto di vista il mitocondrio illustra col suo percorso evolutivo la possibilità di fare integrare identità distinte in maniera pacifica e rispettosa della diversità, una vera e propria lezione di multiculturalismo moderno!

Utilizzare la metafora biologica per rappresentare un punto di vista politico è un artificio retorico classico (si pensi ad esempio al classico apologo di Menenio Agrippa), recentemente ripreso da Jean Luc Nancy per discu-

tere di multiculturalismo. Per illustrare l'esigenza di conciliare e integrare realtà culturali diverse e lontane tra loro egli ha raccontato la sua esperienza di trapiantato cardiaco, con tutte i passaggi e le integrazioni necessarie per la sopravvivenza di realtà in un primo momento estranee ma che poi imparano a convivere, come avviene appunto tra il cardiopatico e il cuore che gli è stato trapiantato. Anche in questo caso si verifica una progressiva accettazione (sul piano meramente biologico) di un elemento a prima vista considerato, anche a giusta ragione, un *intruso*.⁸

8. Nel proporre la storia evolutiva dei mitocondri abbiamo visto che in un primo momento esso si presenta come un intruso che invade un'altra cellula suscitando probabilmente reazioni di ripulsa. Poi le cose cambiano e la cellula scopre l'utilità per la sua stessa sopravvivenza di quell'invasore inaspettato, stringendo con lui un patto federativo che evolve e si rafforza progressivamente fino a una fusione totale e irreversibile.

L'attuale tecnica di ibridazione e fusione tra citoplasma e mitocondri della donatrice, da un lato, e nucleo della madre, affetta da malattia mitocondriale, dall'altro, si può anche interpretare, romanticamente, come il recupero da parte del mitocondrio della sua vocazione all'ibridazione. Un'ibridazione, come avvenuto nel passato di remote epoche geologiche, che si rivela anche ai giorni nostri proficua e vantaggiosa per chi la subisce. In tal modo, seppur guidato dalla mano dell'uomo il mitocondrio, non farebbe niente di estraneo alla sua natura più profonda, anzi, abbandonandosi al suo destino errante la asseconderebbe e la realizzerebbe al meglio.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

LAETITIA ANTONINI-COCHIN, *Maître de conférences HDR presso l'Université Nice Sophia Antipolis*

PAZ BOSSIO GRIGERA, *Abogada, Directora Centro Andino de Bioetica FCA - Universidad Nacional de Jujuy*

LORENZO CHIEFFI, *professore ordinario di Diritto Pubblico Generale presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, vice-Direttore del CIRB*

GIANPIERO COLETTA, *ricercatore di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

CHRISTINE COURTIN, *Maître de conférences HDR, presso l'Université de Nice Sophia Antipolis*

EMILIA D'ANTUONO, *professore ordinario di Filosofia morale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II*

LUIGI FERRARO, *ricercatore di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

FRANCESCA FORNI, *Medico Legale*

FABIENNE GHELFI, *Maître de Conférences HDR presso la Faculté de Droit, Université de Nice-Sophia Antipolis*

CARLO IANNELLO, *professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

LUISA IANNICELLI, *Medico Legale*

RAFFAELE PICARO, *professore associato di Istituzioni di Diritto Privato presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

RAFFAELE PRODOMO, *docente di Bioetica presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

MARIA CHIARA VITUCCI, *professore associato di Diritto Internazionale presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

QUADERNI DI BIOETICA

1. *Il bambino che viene dal freddo. Riflessioni bioetiche sulla fecondazione artificiale*, a cura di A. Nunziante Cesàro, Franco Angeli, Milano, 2000
2. *Etica della salute e "terapie non convenzionali"*, Atti del Convegno di Napoli (29/30 novembre e 1° dicembre 2000), a cura di L. Melillo, Quaderno n. 1, Giannini, Napoli, 2002
3. *Ricerche di bioetica*, a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 2, Giannini, Napoli, 2004
4. *Medicina ed etica di fine vita*, Atti del Convegno di Napoli (22/24 aprile 2002), a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 3, Giannini, Napoli, 2004
5. *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 4, Giappichelli, Torino, 2005
6. *La cura delle donne*, Atti del Convegno di Napoli (27-29 ottobre 2004), a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 5, Meltemi, Roma, 2006
7. *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi e P. Giustiniani, Quaderno n. 6, Giappichelli, Torino, 2010
8. Interuniversity Center for Bioethics Research, *Bioethical issues*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013

NUOVA SERIE

1. *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 1, Mimesis, Milano, 2012
2. *Identità in dialogo. La liberté des mers*, a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 2, Mimesis, Milano, 2012
3. *Bioetica e cura. L'alleanza terapeutica oggi*, a cura di L. Chieffi e A. Postigliola, Quaderno n. 3, Mimesis, Milano, 2014
4. *Bioetica, ambiente e alimentazione*, a cura di F. Del Pizzo e P. Giustiniani, Quaderno n. 4, Mimesis, Milano, 2014
5. *Frontiere mobili. Implicazioni etiche della ricerca biotecnologica*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 5, Mimesis, Milano, 2014
6. *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, a cura di Lorenzo Chieffi e José R. Salcedo Hernández, Quaderno n. 6, Mimesis, Milano, 2015
7. Luigi Ferraro, Francesca Dicé, Alberto Postigliola, Paolo Valerio (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, Quaderno n. 7, 2016
8. Francesco Del Pizzo e Pasquale Giustiniani, *Biosfera, acqua, bellezza. Questioni di bioetica ambientale*, Quaderno n. 8, 2017
9. *Terzo tempo, fair play*, a cura di Giuliana Valerio, Manuela Claysset, Paolo Valerio, Quaderno n. 9, 2017
10. *Dignità, libertà e ragione bioetica*, a cura di Emilia D'Antuono, Quaderno n. 10, 2018

*Finito di stampare
nel mese di maggio 2018
da Digital Team - Fano (PU)*