

La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori

Marco Rizzuti*

SURROGATE MOTHERHOOD: BETWEEN ALTRUISM AND INTERNATIONAL CHILD-SELLING

ABSTRACT: Taking as starting point two, seemingly opposite, recent decisions of the ECtHR and of the Italian *Corte di Cassazione*, in cases of international surrogacy, the paper analyses the difference between what can be considered as a proper surrogacy contract and what is nothing more than child-selling. In the first hypothesis, even if surrogacy contracts are prohibited and void in the most part of Europe, the genetic parental relationship between the child and at least one of the commissioning parents has to be recognized; in the other one, there is no parenthood at all, but the child will have the right to preserve a degree of contact with the persons however involved in his/her familial life.

KEYWORDS: gestational surrogacy; global trade; public policy; filiation; parental responsibility

SOMMARIO: 1. Premesse e contesto. – 2. Genitorialità genetica e surrogazione. – 3. Surrogazione e acquisto del minore. – 4. Il diritto del minore a mantenere i rapporti familiari più significativi.

1. Premesse e contesto

Sul tema della surrogazione di maternità si sono recentemente espresse la Corte di Cassazione e la Corte Europea dei Diritti Umani, schierandosi, almeno a prima vista, su posizioni diametralmente opposte. Da un lato, infatti, i nostri giudici supremi hanno definitivamente confermato il provvedimento che aveva dichiarato adottabile un bambino nato da una madre surrogata ucraina sostanzialmente irreperibile, ritenendo che la sua consegna ai committenti italiani integrasse gli estremi dello stato di abbandono, mentre costoro non potrebbero in alcun modo essere considerati genitori né vantare, quindi, diritti di sorta con riguardo al minore¹. Dall'altra parte, l'Italia è stata condannata in sede europea per un provvedimento, assunto in un caso fondamentalmente identico, relativamente ad un bambino nato da madre surrogata russa, che è stato ritenuto irrispettoso del principio di proporzionalità e ragionevolezza, *in parte qua* disponeva l'allontanamento definitivo del minore dai committenti, ai quali, dunque, è stato riconosciuto il diritto ad un risarcimento del danno patito². Le due decisioni, come vedremo, vanno ad inserirsi in un dibattito fra le Corti Supreme europee che si sta facendo sempre più intenso con riguardo al delicatissimo tema in esame,

* *Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Firenze. Scritto sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

¹ Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro It.*, 2014, 3408, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*.

² CEDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, ric. 25358/12.

pericolosamente oscillante fra i due poli che abbiamo indicato nel titolo: quello dell'atto supremo di generosità e quello dell'estremo abbruttimento della persona ridotta a cosa.

Ci sembra, però, opportuno precisare che l'attualità del problema non deriva, in realtà, da un suo nesso con sviluppi particolarmente recenti delle tecnologie biomediche. In primo luogo, l'idea di porre rimedio alla sterilità di una donna, con il ricorso ad una surrogata e con l'utilizzo di strumenti giuridici volti a costituire un rapporto parentale più o meno artificioso, è antichissima. Se ne rinvencono tracce riferibili ai diritti del Vicino Oriente antico, con particolare riguardo al mondo mesopotamico ed ai primordi di quello ebraico biblico³; si hanno, altresì, notizie di arcaiche prassi, legittimate dai diritti greci, ed indoeuropei in genere, ivi compreso quello romano, la cui eco giunge sino a noi grazie ad una loro peculiare ripresa posta in essere da ambienti conservatori sul finire dell'età repubblicana⁴; si possono, persino, scoprire, grazie alla scienza antropologica, istituzioni proprie di remoti popo-

³ In più occasioni, le spose dei Patriarchi biblici, al fine di porre rimedio alla loro sterilità, offrono al marito una propria schiava che costui feconderà e che poi partorerà il nato fra le gambe della padrona, di modo che tale rituale lo faccia risultare giuridicamente figlio di quest'ultima: cfr. *Gen.*, 16, 1-2, per la più nota vicenda di Abramo, Sara e Agar; *Gen.*, 30, 1-3, per quella analoga di Giacobbe, Rachele e Bila; nonché *Gen.*, 30, 9, per l'ulteriore episodio che coinvolse il medesimo Giacobbe, l'altra moglie Lia e Zilpa. Pertanto, del figlio così prodotto si poteva dire, con terminologia che, se non avessimo presente il contesto, parrebbe modernissima, che «*natus est ex semine viri, et non utero, sed solo placito uxoris*» (AUGUSTINUS, *In Evangelium Iohannis tractatus*, 12,4). Più di recente, si è osservato che le mogli in questione erano tutte di origine mesopotamica, e perciò in una qualche misura estranee al culto yahwista, e che, ad Ismaele e agli altri figli nati grazie a questo rimedio umano per la sterilità, si contrappongono, nella narrazione biblica, quelli che, in seguito, la padrona stessa riesce a generare grazie al risolutivo intervento divino, destinati ad un ruolo ben più importante, quali Isacco e Giuseppe (cfr. A. GOLDMAN-AMIRAV, *Behold, the Lord hath restrained me from bearing*, in *Reproductive and Genetic Engineering: Journal of International Feminist Analysis*, 1988, 1, 3 ss.). Potremmo, infine, riflettere su come ancora oggi i discendenti di Ismaele e quelli di Isacco si contendano aspramente il possesso della Terra di Canaan, promessa a suo tempo ad Abramo.

⁴ L'episodio più noto è quello di Catone Uticense il quale, volendo rinsaldare i legami amicali e politici con Ortensio, la cui moglie non gli aveva dato figli, e non ritenendo opportuno dargli in sposa la figlia Porcia, già coniugata con Bibulo, preferì cedergli, con l'accordo del di lei padre Filippo, la propria amata consorte Marzia, probabilmente già gravida (PLUTARCHUS, *Cato Minor*, 25, 1-12), salvo poi riprendersela «*ως χρῆσας*», cioè «*come se l'avesse prestata*», secondo l'icastica espressione di APPIANUS, *Bellum Civile*, II,99,413. Poco più tardi, la riconciliazione fra Tiberio Claudio Nerone, esponente di punta delle grandi famiglie schieratesi con i cesaricidi sconfitti, e l'astro nascente di Ottaviano si sarebbe realizzata grazie alla cessione a quest'ultimo di Livia Drusilla, moglie del primo e già palesemente incinta (CASSIUS DIO, *Historia Romana*, 48.44). In tal modo, i più conservatori fra i politici romani, ed il più subdolamente eversivo fra i loro avversari, miravano a riportare in auge un'antica usanza, fatta risalire ad una *lex Numae*, in forza della quale, per mantenere ed accrescere la potenza demografica, e quindi bellica, della comunità cittadina, chi avesse già avuto figli poteva cedere la moglie a chi non ne avesse avuti, in modo da non sovraccaricare di bocche da sfamare la stessa casa e da non sprecare la preziosa capacità riproduttiva della donna, creando al contempo legami più stretti fra le varie famiglie. Gli storici antichi riferiscono, peraltro, che pratiche simili erano contemplate dal diritto spartano (POLYBIUS, *Historiae*, XII, 6b.8; PLUTARCHUS, *Comparatio Lycurgi et Numae*, 3.1.1-3), e da quello di certe popolazioni iraniche (STRABO, *Geographia*, XI, 9,1). Si vedano al riguardo E. CANTARELLA, *Marzia e la locatio ventris*, in *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma (Atti del Convegno Pesaro, 28-30 aprile 1994)*, a cura di R. RAFFAELLI, Ancona 1995, 251 ss., e M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, 2010-2011, 9 ss.

li africani con cui si consentiva la costituzione di rapporti che potremmo qualificare in termini di paternità femminile⁵.

Ovviamente, tutto ciò non toglie che nuove strade siano state aperte dall'integrazione fra il fenomeno della surrogazione e quello della procreazione medicalmente assistita, omologa o eterologa, ma occorrerà ricordare che tali tecnologie sono disponibili da quasi quarant'anni⁶ e che le vicende alla base dei casi di cui oggi si discute sarebbero state tecnicamente possibili già allora. Ciò che, invece, negli ultimi tempi è profondamente cambiato, e tuttora sta evolvendosi in maniera impressionante, attiene alla dimensione economica ed internazionale dell'applicazione di queste tecniche. Infatti, nel nostro mondo globalizzato ed informaticamente connesso, si è potuta strutturare una vera e propria industria della surrogazione di maternità, con committenti occidentali che forniscono i propri gameti, o magari acquistano quelli occorrenti grazie a cataloghi *online*, per la produzione di embrioni che verranno impiantati nel grembo di donne dei Paesi meno sviluppati, reclutate e organizzate da cliniche presso le quali le stesse si guadagnano da vivere portando a termine tali gravidanze.

Un fenomeno del genere ha necessariamente dimensioni internazionali⁷, non solo perché una parte dei Paesi da cui provengono i committenti benestanti vieta e persegue tali pratiche, ma anche e soprattutto perché, nella restante parte dell'Occidente, sarebbe eventualmente possibile trovare alcune donne disposte altruisticamente a surrogare la maternità di proprie strette parenti, ovvero disposte a farlo pure per delle estranee in uno spirito di volontariato sociale o addirittura per profitto. Non si troverà, però, quell'esercito femminile proletario (e mai il termine fu più appropriato, dato che si tratta, appunto, di persone che possono mettere sul mercato solo la loro capacità di generare prole), che possa essere organizzato nelle forme industriali cui si faceva cenno, in maniera tale da rendere efficiente e redditizio l'intero ciclo delle gravidanze delocalizzate, allo stesso modo di quanto è già successo con le produzioni manifatturiere ad alta intensità di lavoro, nonché di quanto sta sempre più ampiamente accadendo per numerose attività del settore dei servizi⁸. Invero, l'individuazione dei Paesi di destinazione di questo flusso non dipende in via prevalente dalle scelte consapevolmente

⁵ Presso i Nuer, nell'odierno Sud Sudan, alcune donne di particolare potenza o ricchezza potevano ottenere, in deroga al sistema patriarcale imperante, il riconoscimento di uno *status* pari a quello degli uomini, il che consentiva loro anche di sposare altre donne, farle fecondare da amanti autorizzati, e divenire "padri" dei figli che esse avrebbero partorito, in modo da trasmettere a questi il nome, il rango ed i beni, secondo le regole patrilineari vigenti. Cfr. E. EVANS-PRITCHARD, *Kinship and Marriage among the Nuer*, Oxford, 1951.

⁶ Com'è noto, Louise Brown, la prima persona venuta al mondo tramite fertilizzazione *in vitro*, è nata nell'ormai lontano 1978.

⁷ Cfr. K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Agreements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, 2013; Y. ERGAS, *Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy*, in *Emory International Law Review*, 2013, 117 ss.

⁸ Una chiara descrizione del fenomeno si legge in questo *obiter* della *Supreme Court of India*, *Baby Manji Yamada vs. Union of India & Anr*, 29 settembre 2008: «"Commercial surrogacy" is a form of surrogacy in which a gestational carrier is paid to carry a child to maturity in her womb and is usually resorted to by well off infertile couples who can afford the cost involved or people who save and borrow in order to complete their dream of being parents. This medical procedure is legal in several countries including in India where due to excellent medical infrastructure, high international demand and ready availability of poor surrogates it is reaching industry proportions. Commercial surrogacy is sometimes referred to by the emotionally charged and potentially offensive terms "wombs for rent", "outsourced pregnancies" or "baby farms"». In dottrina, si possono leggere le considerazioni di K. BRUGGER, *International Law in the Gestational Surrogacy Debate*, in *Fordham International Law Journal*, 666 ss., con riferimento allo sviluppo di un «*global trade in wombs*».

compiute dai diversi ordinamenti giuridici: norme di favore per la surrogazione si possono rinvenire nelle legislazioni di alcuni Stati americani, il che determina anche fenomeni di turismo procreativo⁹, ma non certo nelle modalità industriali cui stiamo facendo riferimento. Queste interessano, invece, soprattutto Paesi in cui sia possibile rinvenire il necessario materiale umano a basso costo, benché il contesto giuridico sia incerto, se non caratterizzato addirittura da regolamentazioni volte in qualche modo a limitare o ad arginare il fenomeno, destinate però ad essere sopraffatte o eluse, di fronte alla forza dei rapporti economici¹⁰.

Il giro d'affari di cui parliamo si regge, infatti, su di una domanda globale che non si spiega certo con riferimento a vicende episodiche, ma sta assumendo i contorni di un fenomeno sociale di vaste proporzioni. Le coppie committenti, che abbiamo definito occidentali ma che possono anche essere espresse dalla fascia più benestante degli stessi Paesi in via di sviluppo, possono dunque ricondursi a varie tipologie. La surrogazione, omologa o eterologa, offre il rimedio più radicale alla sterilità femminile, anche di fronte a quelle situazioni di carattere patologico in cui il mero utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita non potrebbe portare ad alcun risultato¹¹, oltre che a tutte le problematiche connesse semplicemente all'età sempre più avanzata in cui sta divenendo normale rinviare la maternità nel nostro mondo. Si sta già profilando un contesto in cui l'utilizzo della surrogazione, a prescindere da patologie vere e proprie, può consentire a donne di elevata condizione sociale di evitare gli incomodi ed i rischi della gravidanza, così come in un non troppo remoto passato si evitava comunque l'allattamento, anche qualora non fosse fisicamente impossibile, ricorrendo a contratti di balatico. Con ogni probabilità, molto meno significative sul piano numerico, sono invece le

⁹ Si segnalano, in particolare, l'Illinois, con il *Gestational Surrogacy Act* del 2004, e la California, in cui un approccio "surrogacy-friendly" è stato dapprima elaborato dalla giurisprudenza, a partire dai casi *Johnson vs. Calvert*, *Cal. Sup. Ct.*, 5 Cal4th 84, 851 P.2d 776 (1993), ed *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410, 72 Cal. Rptr.2d 280 (Ct. App. 1998), e poi codificato con il *California Assembly Bill 1217* del 23 settembre 2012. Occorre, comunque, ricordare che per molti altri Stati il riferimento rimane quello al *leading case* della *New Jersey Supreme Court*, *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988), che sancì la nullità dei contratti di surrogazione per contrasto con la *public policy* (ordine pubblico).

¹⁰ Il primato mondiale spetta al Gujarat (cfr. C. SARACENO, *Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso*, in *Genlus*, 2014, 2, 125), ed in generale all'India, dove la liceità dei contratti di surrogazione si deduceva semplicemente dall'assenza di una normativa al riguardo, mentre la giurisprudenza aveva avuto poche occasioni di interessarsi del fenomeno, comunque per aspetti estrinseci ed amministrativi, quali il rilascio di passaporti indiani ai nati da madri surrogate (*Supreme Court of India, Baby Manji Yamada cit.*; *High Court of Gujarat, J. Balaz vs. Anand Municipality & 6*, 11 novembre 2009). Di recente, però, una nuova regolamentazione indiana, su cui cfr. T. MAHAJAN, *(Mis)regulation – the case of commercial surrogacy*, in *Indian Journal of Medical Ethics*, 2015, 38 ss., ha limitato l'accesso alla surrogazione in favore delle sole coppie eterosessuali regolarmente sposate, il che ha dirottato una parte dei flussi in esame verso la Thailandia, dove però, agli inizi del 2015, è stato approvato un provvedimento volto ad impedire il ricorso alla surrogazione da parte degli stranieri.

In ambiti geograficamente più vicini a noi, si deve segnalare la posizione della Russia, il cui ordinamento permette la surrogazione purché non vi sia alcun legame genetico fra la gestante ed il nato (mentre in caso contrario si configurerebbe un tentativo di elusione, duramente sanzionato, della normativa sulle adozioni), ma che comunque consente alla partoriente di prevalere sui genitori genetici, qualora ella, per qualunque ragione, rifiuti di consegnare loro il figlio: cfr. Corte Cost. Federazione Russa, 15 maggio 2012, n. 880-O. Parzialmente più favorevole alla surrogazione è l'ordinamento dell'Ucraina, in cui la genitorialità genetica può comunque prevalere, ai sensi dell'art. 123 del Codice della Famiglia, sempre che vi siano stati la previa stipula di un contratto e l'osservanza di tutta una procedura medica ed amministrativa.

¹¹ Si pensi all'ipotesi estrema di una donna che abbia subito un intervento di isterectomia.

ipotesi, forse maggiormente rappresentate nel dibattito mediatico e politico, del ricorso alla surrogazione da parte di singoli o di membri di coppie omosessuali maschili, che non hanno evidentemente altro mezzo per procreare figli cui sia trasmesso il loro patrimonio genetico.

Limitando lo sguardo al contesto dell'Unione Europea, possiamo agevolmente notare che le legislazioni, ivi compresa la nostra¹², sono quasi tutte orientate nel senso di una proibizione, e di una repressione anche penale, più o meno severa, del ricorso alla surrogazione. Non mancano, tuttavia, contesti in cui la normativa è meno chiara¹³ e si danno anche due importanti eccezioni in cui, con modalità piuttosto diverse, l'istituto è accolto nell'ordinamento giuridico, anche se solo nella variante altruistica¹⁴. Per queste ragioni, ma anche e soprattutto perché, almeno nell'attuale contingenza, in Europa occidentale non vi sono le condizioni economiche per lo sviluppo di un'industria procreativa come quella cui abbiamo fatto riferimento, i Paesi di quest'area sono tutti luoghi di provenienza di numerose coppie committenti, che si rivolgono ad altre parti del mondo, mentre l'ipotesi che in essi la maternità surrogata venga praticata è di modesta importanza, nei pochi Paesi che l'ammettono, e pressoché scolastica in quelli che la vietano. A livello comunitario, poi, non esiste una posizione comune e la materia sfugge, del resto, alle attuali competenze dell'Unione, il cui diritto ha avuto recentemente modo di sfiorarlo solo con riguardo alle ricadute in ambito lavoristico, senza comunque pervenire, nemmeno a tali limitati fini, ad alcuna forma di effettivo riconoscimento¹⁵.

Tutto ciò non toglie che un problema, relativo alla giuridicità degli *status personae* che si costituiscono all'estero tramite la surrogazione, non si ponga sempre più spesso anche nei Paesi europei, proprio in quanto sempre più ingente sembra il numero delle persone che fanno ricorso a tali tecniche attraverso i canali offerti dalla procreazione delocalizzata. Di fondamentale importanza appare, dunque, l'approdo interpretativo cui è pervenuta la Corte di Strasburgo nell'estate del 2014. Di fronte a genitori genetici che chiedevano il riconoscimento degli atti di nascita, legalmente redatti nel rispetto delle norme di Paesi che ammettono la surrogazione, ed attestanti lo *status filiationis* dei loro bambini partoriti all'estero, la Corte ha ritenuto inaccettabile il totale diniego frapposto, in nome

¹² Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in Foro It., 2014, 2324, con nota di G. CASABURI, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto di ricorrere alla fecondazione eterologa, previsto dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, ha comunque voluto precisare che ciò non tocca in nulla l'altro divieto, specificamente riferito alla surrogazione di maternità.

¹³ In Olanda la surrogazione altruistica parrebbe autorizzata sulla base di atti regolamentari ministeriali e di linee guida delle competenti società scientifiche, ma non ci sono norme di legge che regolino i fondamentali profili civilistici della questione. L'unico punto fermo è il divieto, penalmente sanzionato, di ricorrere alla surrogazione commerciale.

¹⁴ In Gran Bretagna i contratti di surrogazione altruistica sono validi a livello sostanziale, ma processualmente *unenforceable*, per cui il nato è comunque considerato figlio della partoriente, ma successivamente, con l'osservanza di una procedura giudiziaria volta ad accertare la serietà e persistenza del consenso di lei, nonché l'assenza di pagamenti non autorizzati, può essere emesso un *parental order*, ai sensi della *section 54* dello *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, al fine di trasferire la genitorialità in capo ai beneficiari dell'accordo. In Grecia, la procedura in questione è anticipata al periodo precedente l'avvio della gravidanza, per cui il nato avrà da subito lo *status* di figlio dei genitori genetici. Ulteriori legislazioni che ammettono, secondo diverse varianti, la sola surrogazione altruistica sono, al di fuori dell'ambito europeo, quelle di Canada, Sudafrica e vari Stati australiani.

¹⁵ CGUE, 18 marzo 2014, cause C-167/12 e C-363/12, ha ritenuto infondata la pretesa che la madre committente possa godere dei congedi per maternità ed allattamento, ai sensi della direttiva CE 92/85.

dell'ordine pubblico, dagli Stati di provenienza¹⁶. Beninteso, ciò non comporta né l'illegittimità dei divieti vigenti nei vari Paesi europei e nemmeno quella delle relative sanzioni penali, ma attiene solo al profilo del prevalente interesse del minore, cui non potrà comunque essere impedita la costituzione di uno *status* conforme alla verità genetica ed alle leggi vigenti nel luogo di nascita, anche laddove questo comporti un indiretto indebolimento dell'apparato sanzionatorio. Le esigenze repressive devono, infatti, arretrare di fronte al principio di tutela del benessere del minore e soprattutto non possono farne la vittima innocente delle colpe dei genitori.

Naturalmente, tali principi, cui si è prontamente adeguata la giurisprudenza degli altri principali Paesi europei¹⁷, valgono anche per quegli Stati non direttamente interessati dalle decisioni in questione: se ne potranno, ad esempio, agevolmente dedurre l'illegittimità dell'atteggiamento assunto poco prima dalla suprema magistratura spagnola¹⁸ ed, al contrario, la piena convalidazione della posizione assunta dalle corti austriache¹⁹. Sulla stessa linea accolta dai giudici europei sembrano, peraltro, essersi già collocati quelli inglesi i quali, anche se nel contesto di un Paese che ammette la surrogazione, si confrontano di frequente, per le ragioni economiche strutturali già richiamate, con ipotesi realizzate in altri Paesi, a condizioni che non sarebbero ammissibili in patria, ma che non sono state ritenute tali da poter condurre ad un diniego di riconoscimento, in quanto ciò avrebbe compromesso il fondamentale interesse del minore²⁰.

2. Genitorialità genetica e surrogazione

Invero, anche l'atteggiamento assunto sinora dalla giurisprudenza italiana non ci sembra da valutare in termini di radicale contrasto con i principi enucleati a Strasburgo. L'influenza esercitata da queste si è, infatti, dispiegata con riguardo agli orientamenti penalistici volti a criminalizzare le condotte poste in essere al fine di ottenere il riconoscimento dello *status filiationis* costituito all'estero per mezzo

¹⁶ Cfr. CEDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. France*, ric. 65192/11, e *Labassee c. France*, ric. 65914/11, nonché CEDU, 8 luglio 2014, *D. et autres c. Belgique*, ric. 29176/13.

¹⁷ *Bundesgerichtshof*, XII ZB, 463/13, 10 dicembre 2014; cfr. anche *Cour de Cassation*, 22 settembre 2014, *avis* n. 1470007.

¹⁸ *Tribunal Supremo*, 6 febbraio 2014, n. 835/2013.

¹⁹ *Verfassungsgerichtshof*, B 13/11-10, 14 dicembre 2011, e *Verfassungsgerichtshof*, B 99/12 UA, 11 ottobre 2012.

²⁰ Si sono, così, potuti emettere i *parental orders* non solo in caso di mancato rispetto dei termini procedurali previsti dalla normativa inglese, come nel caso *X (A Child) (Surrogacy: Time Limit) [2014] EWHC 3135 (Fam)*, ma anche laddove non constasse il consenso della irreperibile gestante indiana, come nel caso *D and L (Surrogacy) [2012] EWHC 2631 (Fam)*, nonché autorizzando *ex post* il pagamento di corrispettivi che non sarebbero ammessi dalla legislazione britannica, come nei casi *Re X and Y (Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 (Fam)*; *Re X and Y (Parental Order: Retrospective Authorisation of Payments) [2011] EWHC 3147 (Fam)*; *J v G [2013] EWHC 1432 (Fam)*; *Re C (A Child) [2013] EWHC 2413 (Fam)*. Infatti, come ammettono chiaramente i precedenti citati, una volta assunto il benessere del minore come criterio prevalente, risulterà «almost impossible to imagine a set of circumstances in which, by the time an application for a parental order comes to court, the welfare of any child, particularly a foreign child, would not be gravely compromised by a refusal to make the order»; cfr. K. HORSEY, S. SHELDON, *Still hazy after all these years: the law regulating surrogacy*, in *Medical Law Review*, 2012, 67 ss. Le medesime soluzioni si sono affermate, peraltro, anche nel non dissimile contesto australiano: cfr. M. KEYES, *Cross-border surrogacy agreements*, in *Australian Journal of Family Law*, 2012, 28 ss.

della surrogazione²¹, ma non sembra tale da incidere con riguardo agli esiti già attinti dalla giurisprudenza civile con riguardo al valore intrinseco di tali *status*. In particolare, non si era mai ritenuto che il divieto della surrogazione comportasse un assoluto divieto di riconoscimento dei figli nati col ricorso ad essa, o di trascrizione del relativo certificato straniero, e, da questo punto di vista, possiamo anche notare una sostanziale continuità fra gli orientamenti affermatasi prima e dopo l'entrata in vigore delle sanzioni di cui alla legge 40 del 2004²².

Del resto, l'ipotetica pretesa di costruire in via interpretativa una nuova categoria di figli irricognoscibili, sulla base di una deduzione dal divieto, penalmente sanzionato, dell'utilizzo delle tecniche riproduttive con cui gli stessi sono stati procreati, incorrerebbe in svariate obiezioni anche alla stregua del diritto interno. Già la stessa eventualità che conseguenze così gravi per lo *status personae* degli interessati possano essere individuate *praeter legem* dovrebbe apparire *per se* inaccettabile, ma soprattutto si deve considerare che l'esito in parola risulterebbe profondamente contrastante con i principi portanti del sistema.

In primo luogo, non si può fare a meno di notare che l'irricognoscibilità assoluta non esiste più, dopo che nel 1975 erano divenuti riconoscibili i figli adulterini, mentre con l'ultima riforma del 2013 lo sono divenuti, anche se con una procedura particolare, pure quelli incestuosi. Nemmeno ci sembra che si possa parlare di irricognoscibilità assoluta con riguardo a chi abbia già lo *status* di figlio altrui, dato che l'ostacolo non è, appunto, assoluto, ma relativo: se per i figli incestuosi occorre previamente ottenere un'autorizzazione giudiziale, qui occorrerà che sia previamente promossa l'azione di disconoscimento o di impugnazione del riconoscimento²³. Più in generale, si sono create le premesse per la progressiva facilitazione dell'accertamento della paternità naturale, in un contesto di crescente valorizzazione del *favor veritatis*, reso possibile dallo sviluppo dei moderni mezzi di indagine genetica, e

²¹ Trib. Varese, GUP, 8 ottobre 2014, in www.ilcaso.it, consultato il 01.12.2014, ha richiamato le decisioni europee sui casi *Mennesson* e *Labassee*, per arrivare alla conclusione che la richiesta di trascrivere l'atto di nascita straniero, assumendo la qualità di genitori del nato da gestante surrogata, integra ormai un'ipotesi di falso innocuo, con sostanziale elisione dell'antigiuridicità. Si superano così non solo l'orientamento più rigoristico che ravvisava in tali ipotesi il delitto di alterazione di stato ex art. 567 c.p. (Trib. Brescia, 26 novembre 2013, in www.penalecontemporaneo.it, consultato il 22.11.2014), ma anche quello intermedio che riteneva comunque applicabile la meno grave sanzione di cui all'art. 495 c.p. (Trib. Milano, 13 gennaio 2014, in *Foro It.*, 2014, 371; Trib. Milano, 8 aprile 2014, in *Dir. Fam. Pers.*, 2014, 1474).

²² Prima dell'entrata in vigore della legge 40 del 2004, pur partendo da premesse opposte, convergevano su questo punto Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. It.*, 1990, 5 con nota di G. PALMERI, *Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana*, e Trib. Roma, 17 febbraio 2000, con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corr. Giur.*, 2000, 4, 483.

Per il periodo successivo, cfr. App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Fam. Min.*, 2009, 50, sulla riconoscibilità di un *parental order* inglese; Trib. Napoli, 1 luglio 2011, in *Foro it.*, 2012, 3349, e Trib. Forlì, 25 ottobre 2011, in *Dir. Fam.*, 2013, 532, sulla trascrizione di atti di nascita, rispettivamente, americani e indiani; nonché Trib. Min. Milano, 6 settembre 2012, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, 712. In dottrina cfr. S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interessi del minore*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2014, 81 ss.

²³ Certamente un ostacolo di non poco momento è rappresentato dal fatto che il padre naturale non può promuovere l'azione di disconoscimento, se il figlio è nato da donna sposata, ma ciò non toglie che l'esito non è quello di un blocco totale, della stessa specie che in passato aveva riguardato i figli adulterini ed incestuosi, in quanto la possibilità che l'azione sia promossa, e quindi il riconoscimento possa seguire, oggettivamente sussiste.

divenuto socialmente accettabile per la progressiva scomparsa di ogni discriminazione fra figli nati all'interno o all'esterno del matrimonio²⁴. Anche se certe scelte dell'ultima riforma della filiazione hanno in parte ridimensionato le possibilità di accertamento della verità, ma non quando ad agire sia il figlio stesso, bensì allo scopo di contrastare eventuali atteggiamenti abusivi degli altri soggetti coinvolti²⁵, le stesse non ci sembrano, comunque, tali da rimettere radicalmente in discussione i predetti orientamenti, specie se consideriamo che proprio quella riforma ha avuto come motivo conduttore proprio l'eliminazione di ogni residua distinzione fra i diversi *status filiationis*.

D'altronde, anche finché la categoria dell'irricoscibilità ha avuto cittadinanza nel nostro ordinamento, e quindi anche dal punto di vista di chi volesse rintracciarne tuttora le vestigia in qualche istituto vigente, non si è mai affermato un principio per cui l'inammissibilità del riconoscimento debba necessariamente correlarsi alla rilevanza penale, od almeno ad una rilevanza penale particolarmente grave, del fatto procreativo alla base della filiazione in discorso. Beninteso, l'adulterio era reato e l'incesto lo è tuttora, ma l'irricoscibilità si produceva anche nelle ipotesi prive di rilievo penale, quali, com'è noto, determinati adulteri del marito o i casi di incesto senza pubblico scandalo. D'altra parte, nessuna irricoscibilità deriva, né è mai derivata, dall'ipotesi in cui la procreazione sia stata la conseguenza di uno stupro o di un rapporto sessuale mercenario coinvolgente una minorenne, reati comparativamente ben più gravi dell'adulterio o dell'incesto, almeno per la sensibilità moderna. Si comprende agevolmente che una simile previsione avrebbe, peraltro, avuto un paradossale effetto di deresponsabilizzazione del reo, che il legislatore non ha certamente mai voluto determinare, né ci sembra di poter negare che lo stesso ragionamento debba valere anche per la surrogazione.

Infatti, postulando un divieto assoluto di instaurazione del rapporto giuridico di filiazione, dovremmo trarne anche l'impossibilità per il figlio di agire per la dichiarazione giudiziale della paternità, o di richiedere egli stesso la trascrizione del certificato straniero, il che ne limiterebbe le possibilità di tute-

²⁴ Corte Cost., 22 aprile 1997, n. 112, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 2071, affermò con chiarezza che non può esservi contrasto fra *favor veritatis* e *favor minoris*, con riferimento al tema dell'impugnazione del riconoscimento. Tale *dictum* fu, poi, ripreso dalle successive sentenze costituzionali in tema di disconoscimento: Corte Cost., 14 maggio 1999, n. 170, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 1919, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 244 c.c., *in parte qua* non prevedeva che il termine per agire decorresse dalla conoscenza della condizione di *impotentia generandi* anziché dalla nascita del figlio (mentre già Corte Cost., 6 maggio 1985, n. 134, in *Giur. It.*, 1985, I, 1, 1153, lo aveva dichiarato illegittimo, *in parte qua* non prevedeva che il termine decorresse dalla conoscenza dell'adulterio anziché dalla nascita); e soprattutto Corte Cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Giur. It.*, 2007, 6, 1381, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 235 c.c., *in parte qua* prevedeva che la prova dell'incompatibilità genetica fosse subordinata all'avvenuta dimostrazione dell'adulterio. Sulla stessa linea si è successivamente collocata anche Corte Cost., 25 novembre 2011, n. 322, in *Giur. It.*, 2012, 10, 2016, con nota di M. RIZZUTI, *Azione di disconoscimento e incapacità*, che ha ampliato le ipotesi di sospensione del termine decadenziale di cui al predetto art. 244 c.c.

²⁵ Il riferimento è all'introduzione di un breve termine prescrizione per l'ipotesi in cui il disconoscimento o l'impugnazione del riconoscimento non siano promossi dal figlio, ai sensi dei nuovi artt. 244 e 263 c.c., come riformulati dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154. Già in passato, le possibilità di successo di un'azione opportunistica di disconoscimento, o di impugnazione del riconoscimento, erano state limitate col ricorso all'argomento dell'abuso del diritto o del divieto di *venire contra factum proprium*: cfr. Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Giur. It.*, 2000, 275, con nota di F. CAGGIA, *Fecondazione eterologa e azione di disconoscimento di paternità intentata dal marito: un'ipotesi di abuso del diritto* (in cui si riprende un'intuizione che può farsi risalire ad A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giur. It.*, 1957, 217 ss.), nonché Trib. Roma, 5 ottobre 2012, in *Giur. It.*, 2013, 849.

la nel caso, nient'affatto scolastico, in cui il committente abbia ritenuto di rifiutare il prodotto, perché difettoso in ragione di qualche *handicap*, o comunque non rispondente ai propri *desiderata*, ovvero semplicemente per aver mutato d'avviso rispetto al servizio precedentemente commissionato²⁶. Infine, bisogna rilevare che, qualora un ipotetico principio di necessaria correlazione fra rilevanza penale del fatto procreativo e irriconoscibilità del figlio dovesse essere affermato dal legislatore, o dalla giurisprudenza, esso finirà, con ogni probabilità, per cadere sotto la scure della Corte Costituzionale, la quale, con riguardo a materie affini, ha già avuto modo di sanzionare simili automatismi²⁷.

Insomma, nel diritto italiano vigente non vi è nulla che impedisca al padre genetico di riconoscere il figlio a lui partorito da una madre surrogata, o di richiedere la trascrizione del certificato straniero che ciò attesti, né al figlio di promuovere la correlativa azione di accertamento della paternità o di trascrivere a sua volta il predetto certificato. D'altronde, anche l'eventuale opposizione al riconoscimento da parte della donna partoriente, che appaia quindi come madre del nato, potrebbe, se del caso, risultare superabile in sede giudiziaria, sempre alla luce del prevalente interesse del minore, che di norma non sarà certo quello di non avere un padre²⁸. L'unico ostacolo concretamente ravvisabile consisterebbe allora, almeno nella teorica ipotesi di nascita avvenuta in Italia, nello *status* che si sia costituito automaticamente, fintantoché persisterà quest'ultima distinzione fra figli matrimoniali ed extramatrimoniali²⁹, in capo all'eventuale coniuge della surrogata. Lo stesso potrebbe, invero, accadere anche in altri ordinamenti in cui vigano principi simili, ma occorre considerare che alcuni dei Paesi maggiormente interessati dalle pratiche di surrogazione consentono, invece, di costituire direttamente lo *status* in capo al padre genetico, senza dare rilievo decisivo alla posizione del marito della gestante³⁰.

Più complessa appare, invece, la posizione della madre genetica, in quanto l'ordinamento italiano, come molti altri del resto³¹, non ha uno strumento giuridico capace di inquadrare una maternità di-

²⁶ La stampa internazionale ha dato grande rilievo al caso di una coppia australiana che nel luglio 2014 ha rifiutato un bambino affetto da sindrome di Down, noto come *Baby Gammy*, per loro partorito da una gestante surrogata thailandese (che per rispetto dei suoi principi buddhisti aveva rifiutato di abortire), assieme ad una gemella sana che i genitori hanno, invece, accettato. Con l'occasione, è emerso, altresì, come non si fosse trattato di una vicenda senza precedenti.

²⁷ Corte Cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. Cost.*, 2012, 364, ha dichiarato incostituzionale l'art. 569 c.p., *in parte qua* prevedeva che la condanna per il delitto di alterazione di stato comportasse automaticamente la perdita della potestà genitoriale, senza consentire una valutazione in concreto dell'interesse del minore.

²⁸ Il riferimento è all'art. 250, comma 4, c.c.

²⁹ Com'è noto, anche dopo la riforma del 2013, lo *status* di filiazione matrimoniale si costituisce automaticamente in capo al marito della madre, mentre quello di filiazione extramatrimoniale presuppone il riconoscimento da parte del padre naturale. Evidentemente in un caso del genere non è possibile generalizzare il meccanismo originariamente previsto per i figli legittimi, perché non si saprebbe chi presumere come padre in assenza di un legame certificato, benché sia comunque possibile ipotizzare di seguire la strada inversa per unificare definitivamente gli *status filiationis*, rendendo sempre necessaria una dichiarazione di riconoscimento.

³⁰ Questa è, ad esempio, la netta posizione che si evince dall'art. 123, comma 2, del Codice della Famiglia ucraino. Invece, la ricordata normativa californiana esige che anche il marito della gestante presti il proprio consenso perché il nato possa considerarsi figlio dei genitori genetici.

³¹ Fondamentalmente analoga è, ad esempio, la posizione recentemente ribadita dall'Irlanda: cfr. *Supreme Court, M.R. and D.R [2014] IESC 60*, 7 novembre 2014, che ha confermato l'impossibilità giuridica di inserire nel certificato di nascita il nome della madre genetica, anche se erano pacifici sia la relazione di costei con il nato, sia il consenso della gestante.

versa da quella della partoriente (*mater semper certa est*)³². Ciò non toglie che sia possibile riconoscere uno *status* del genere, laddove esso sia stato legittimamente costituito da un ordinamento straniero, come, già prima dell'intervento della CEDU, la nostra giurisprudenza aveva ammesso³³, e come è stato *a fortiori* riconfermato all'indomani di esso³⁴. D'altra parte, nell'ipotesi ora in esame giocherà un ruolo diverso l'eventuale opposizione della partoriente, che, risulterebbe, alla stregua dell'ordinamento italiano, insuperabile. Non è detto, però, che si tratti di un meccanismo da valutare in termini negativi, in quanto produce l'effetto di evitare una indiretta e surrettizia *enforceability* dei contratti di surrogazione, nulli per illiceità, il che può spiegare anche perché le recenti riforme della filiazione non hanno portato ad una qualche attenuazione di un principio apparentemente arcaico e superato dalla tecnica.

D'altra parte, non siamo certi che tale principio non potrebbe andare effettivamente incontro ad una parziale erosione³⁵, non tanto nell'ambito della vera e propria maternità surrogata, ma con riguardo ad un'ipotesi sinora, erroneamente, considerata scolastica, ma che nel 2014 ha fatto irruzione nella cronaca e nel dibattito, non solo giuridico. Si intende alludere alla fattispecie dello scambio di embrioni destinati all'impianto presso una clinica riproduttiva, che, nel noto caso, si è verificato colposamente ed ha avuto conseguenze drammatiche, poiché solo una delle coppie coinvolte è stata in grado di portare a termine la gravidanza³⁶, ma di cui possiamo immaginare anche ulteriori varianti. Quantomeno, andranno considerati il caso in cui entrambi gli embrioni scambiati si sviluppino regolarmente sino al parto, nonché quello di uno scambio doloso, ovvero dell'impossessamento abusivo di embrioni altrui da parte di una delle aspiranti madri. Dovrebbe, dunque, sorgere qualche dubbio sulla ragionevolezza di un ordinamento che, in ogni caso, impedisca di restituire a ciascun nato il rapporto con la sua famiglia genetica, anche laddove tutti i soggetti coinvolti fossero d'accordo, come si può immaginare sarebbero quasi sempre, soprattutto in caso di evidenti differenze fenotipiche, tranne che nel caso, appunto verificatosi, in cui si sia avuta una sola nascita e sia sorto, quindi, un conflitto per il figlio tanto desiderato. D'altronde, anche nel caso dell'appropriazione abusiva, forti perplessità potrebbero sorgere di fronte ad una soluzione che vada sempre e comunque a premiare la partoriente, anche laddove ella abbia posto in essere siffatta condotta, di certo immeritevole di tutela. In tutti i casi non soccorre, a nostro avviso, l'analogia con la surrogazione, né quella con la fecondazione eterologa. Non si è, infatti, evidentemente avuto alcun contratto di surrogazione, per cui un problema di trattamento della fattispecie riprovata in termini tali da evitare una sua indiretta attuazione non si pone neppure. Ancora meno significativo ci pare l'accostamento con la fecondazione eterologa, perché chi ha subito lo scambio tutto può essere considerato, ma non un donatore di ga-

³² Nel nostro ordinamento il principio in discorso è positivizzato dal disposto dell'art. 269, comma 3, c.c.

³³ Trib. Napoli, 1 luglio 2011, *cit.*

³⁴ App. Torino, 29 ottobre 2014, in www.ilcaso.it, consultato il 07.01.2015, con riferimento alla genitorialità di una coppia lesbica sposata in Spagna, ha ritenuto trascrivibile il certificato straniero che attribuisce la maternità anche alla donna che ha fornito gli ovociti che sono stati impiantati nell'utero dell'altra coniuge, dopo essere stati fecondati facendo ricorso all'inseminazione eterologa.

³⁵ Cfr. S. STEFANELLI, *Procreazione eterologa e azioni di stato*, in *Diritto mercato tecnologia*, 2014, 3, 46 ss.; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, 104; A. GORASSINI, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1987, 1251.

³⁶ Il celebre caso è stato deciso da Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Foro It.*, 2014, 2934, su cui cfr. M. G. CABITZA, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, in *Rivista di BioDiritto*, 2014, 2, 197 ss.

meti³⁷, dato che parliamo di embrioni, e non già di meri gameti, e soprattutto considerando che egli, o ella, non voleva affatto donare, né altrimenti cedere alcunché.

D'altronde, non è improbabile che simili incidenti possano nuovamente verificarsi, ed anche che si siano già verificati senza che nessuno se ne accorgesse, per cui presto o tardi un qualche ripensamento si imporrà all'attenzione degli interpreti. La via più ragionevole ci pare quella di ipotizzare un'estensione, in via interpretativa o analogica, dell'ambito applicativo della norma sulla sostituzione dei neonati, che invero regola una fattispecie assai simile³⁸. A ben vedere anch'essa è stata sostanzialmente il prodotto di uno sviluppo della tecnica medica, già compiutosi in un passato, del resto, non così remoto: finché i parti avvenivano nell'ambito domestico, l'eventualità di uno scambio era di pressoché impossibile verifica, salvo andare ad ipotizzare complicatissime macchinazioni, ma, con l'affermarsi dei parti ospedalieri, essa è divenuta un'evenienza, patologica ma non irrilevante, della vita dei reparti di ostetricia³⁹. Se poi si ritenesse che un intervento su principi di tale importanza sia comunque precluso all'interprete ordinario, rimarrà sempre la via della questione di costituzionalità o del giudizio in sede europea⁴⁰. Anche qui, occorrerebbe, infatti, riflettere su altre vicende, ed in particolare sullo sviluppo che ha portato a dichiarare incostituzionali una serie di limiti all'accertamento della paternità naturale, che non avevano più senso una volta affermatesi le moderne tecniche di indagine genetica⁴¹. In fondo, anche alla luce dei fondamentali canoni di eguaglianza formale e sostanziale, non si vede perché il rapporto materno dovrebbe essere trattato secondo principi totalmente diversi.

Ad ogni modo, perché possa pervenirsi ad un riconoscimento della paternità, od anche della maternità, genetica di un figlio nato all'estero per surrogazione, occorre evidentemente, in primo luogo, che il legame genetico in questione sussista davvero. Dunque, qualora la surrogazione si sia accompagnata all'utilizzo di tecniche di procreazione assistita di tipo omologo, si potrà pervenire, secondo i percorsi sin qui delineati, alla costituzione di un rapporto di genitorialità in capo ai committenti. Più

³⁷ Al quale, dunque, si applicherebbe la norma di cui all'art. 9, comma 3, della legge 40 del 2004, con la conseguente impossibilità di acquisire un rapporto giuridico parentale con il nato.

³⁸ Il riferimento è agli artt. 239 e 240 c.c.

³⁹ Vi fa chiaramente riferimento il Prof. C. Flamigni nella *Postilla* al parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, intitolato *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014.

⁴⁰ CEDU, 16 settembre 2014, *X and Y vs. Italy*, ric. 41146/14, ha rigettato il ricorso dei genitori genetici contro la citata ordinanza del Tribunale di Roma, ma solo perché gli stessi, palesemente, non avevano ottemperato all'onere del previo esaurimento dei rimedi interni.

⁴¹ Cfr. App. Firenze, 12 aprile 1949, in *Foro It.*, 1949, I, 1210, sul caso di un "figlio della guerra" di pelle nera, nato da una donna bianca coniugata con un uomo bianco. Il presunto padre non ottenne il disconoscimento perché, pur avendo dimostrato l'adulterio ed il celamento della gravidanza, e pur essendo ovviamente in grado di dimostrare che il figlio non era suo, non aveva provato che gli fosse stata celata anche la nascita. La sentenza provocò un vivo dibattito e fu criticata da A. CICU, *Impugnativa di paternità di figlio mulatto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1950, 246 ss., mentre un deputato giunse addirittura a proporre l'introduzione di un'ulteriore ipotesi di disconoscimento, per il caso di diversità razziale, così da allargare il tassativo elenco codicistico (proposta di legge del 20 luglio 1949, n. 705). Il caso può sembrare estremo, ma è bene ricordare che, sino al ricordato intervento della Corte Costituzionale nel 2006, le argomentazioni dei nostri giudici non si sono nella sostanza allontanate da quelle di allora, in quanto la prova dell'incompatibilità genetica fra presunto padre e figlio non era sufficiente, qualora non fosse stato prima dimostrato il verificarsi di uno dei casi previsti dal Codice: cfr. A. RENDA, *Provata la non paternità non può dirsi provato l'adulterio: "mulatto di Toscana" redivivus?*, in *Famiglia*, 2003, 4, 1107 ss.

complessa è l'ipotesi in cui le tecniche siano state di tipo eterologo, utilizzabili laddove uno dei membri della coppia non sia in grado di produrre i gameti occorrenti, come può accadere in varie ipotesi: non è certo raro che le situazioni, connesse a patologie, all'età o ad altri fattori che impediscono alla donna di sostenere la gravidanza, si riflettano anche sull'ovulazione; può anche darsi che sia, invece, la controparte maschile ad avere problemi di infertilità assoluta; necessariamente eterologa sarà, poi, la fecondazione che debba precedere la surrogazione commissionata da una coppia omosessuale o da una persona singola. In tali casi, tutto quanto esposto sinora potrà valere solo per un membro della coppia e l'altro non avrà titolo a riconoscere il figlio, o a richiedere la trascrizione del relativo certificato straniero. Non si tratta, dunque, di frapporre un ostacolo assoluto di ordine pubblico a riconoscere lo *status* del nato, quanto piuttosto di consentire il riconoscimento soltanto di una situazione che esista realmente sulla base del fatto procreativo.

Ciò non toglie che si potrà costituire una posizione di genitorialità sociale, con piena efficacia anche nel nostro ordinamento, ma solo in base alle norme sull'adozione, che rappresentano il canale unico ed inderogabile per chi voglia, appunto, porre in essere uno *status filiationis* diverso da quello che trova fondamento nella realtà materiale della procreazione. Invero, anche così opinando non si frapponesse un ostacolo insuperabile al diritto alla bigenitorialità del minore, in quanto possiamo ritenere che, nella maggior parte dei casi, sussisteranno effettivamente tutti i presupposti perché si proceda con un'adozione speciale in favore del coniuge del genitore naturale⁴². Peraltro, non si pone nemmeno un problema di diritto antidiscriminatorio, considerando che la giurisprudenza più recente ha ammesso che dell'adozione speciale possa avvalersi anche il *partner* di un genitore omosessuale⁴³, in una fattispecie in cui, peraltro, la coppia risultava regolarmente coniugata secondo l'ordinamento spagnolo: un matrimonio, dunque, invalido per la legge italiana, ma, ciò nondimeno, giuridicamente rilevante, secondo le indicazioni delle Corti Supreme che hanno riscritto la tradizionale teorizzazione dottrinale dei requisiti di esistenza del matrimonio⁴⁴. Nella stessa direzione vanno, del resto, anche i progetti legislativi per una regolamentazione nazionale delle unioni omosessuali⁴⁵. Infine, nel caso della persona singola, è evidente che non ci sarà nessun soggetto ad affiancarsi al genitore genetico, salvo che, in un successivo momento, non sopravvenga un matrimonio, od una unione civile, con tutti i suoi effetti, ovviamente anche per il profilo che ci riguarda. In ogni caso, ci sembra, dunque, che la via maestra sia quella di un'adozione speciale pronunciata dal Tribunale per i Minorenni competente,

⁴² Il riferimento è all'art. 44, comma 1, lettera *b*, della legge 4 maggio 1983, n. 184: per un'ipotesi, non recentissima, di applicazione della predetta norma in materia di surrogazione, cfr. App. Salerno, 25 febbraio 1992, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1994, I, 177.

⁴³ Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, in *Dir. Fam. Pers.*, 2014, 1533, ha ritenuto che tale ipotesi, pur non rientrando nella fattispecie di cui alla citata lettera *b* dell'art. 44, può comunque ricondursi all'ambito applicativo della successiva lettera *d*.

⁴⁴ Recependo le indicazioni di Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, e CEDU, 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf vs. Austria*, ric. 30141/04, si è arrivati, con Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, al definitivo superamento della tradizionale concezione (risalente almeno a K. S. ZACHARIAE, K. CROME, L. BARASSI, *Manuale del diritto civile francese*, Milano, 1907-1909, I, § 126, e III, §§ 419,421, ma già criticata da A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Dir. Civ. Vassalli*, Torino, 1961, 48-57), per cui l'eterosessualità sarebbe un requisito non solo di validità, ma addirittura di esistenza del matrimonio.

⁴⁵ Il riferimento è all'art. 5 del nuovo testo unificato dei disegni di legge nn. 14, 197, 239, 314, 909, 1211, 1231, 1316, 1360, 1745 e 1763, approvato dalla seconda Commissione permanente del Senato, in data 17 marzo 2015.

ma non vogliamo nemmeno escludere che, sussistendo tutti i requisiti prescritti, si potrebbe riconoscere come tale anche un provvedimento straniero, colà emesso come diretta conseguenza della surrogazione.

3. Surrogazione e acquisto di minore

In ognuna delle fattispecie sin qui esaminate, sembrerebbe, dunque, di poter concludere che l'assetto del diritto italiano, di quello vigente e di quello vivente, non si pone affatto in radicale contrasto con le indicazioni, pervenute da Strasburgo nel corso del 2014, circa la necessità di non denegare uno *status* al nato da surrogazione. Il vero *punctum dolens* è rappresentato, invece, dall'assetto che la vicenda può assumere in un'ulteriore ipotesi, quella in cui nessuno dei committenti abbia rapporti genetici col nato: proprio su queste fattispecie vertono le due controverse decisioni da cui abbiamo preso le mosse. Si tratta, in effetti, di casistiche di non rara verifica, ed, almeno in certi casi, riconducibili a scelte dei committenti. Può accadere, infatti, che le capacità riproduttive di entrambi i membri della coppia siano totalmente compromesse; può accadere, inoltre, che comunque essi preferiscano selezionare le caratteristiche del nascituro attingendo dal catalogo dei gameti in commercio per realizzare la combinazione più confacente alle loro aspirazioni, per quanto attiene al rischio di trasmettere anomalie genetiche o anche ad altri aspetti più futuri. D'altra parte, può accadere, ed è anzi accaduto nei due casi di specie, che, più semplicemente, gli intermediari incaricati di realizzare la surrogazione non si preoccupino di fecondare l'ovocita da impiantare nel grembo della gestante proprio con il seme del committente, ma utilizzino altri gameti, o altri embrioni già prodotti, a loro disposizione, senza che i committenti stessi possano, o vogliano, saperne nulla. Non dobbiamo nemmeno escludere l'ipotesi che intermediari senza scrupoli semplifichino radicalmente il meccanismo, procurandosi direttamente un neonato, venuto al mondo nel più naturale dei modi, e facendolo passare per il prodotto di una surrogazione mai realizzata⁴⁶.

In tali casi, evidentemente, nessuno dei committenti può riconoscere un rapporto che non c'è, per cui l'eventualità dell'adozione speciale da parte del coniuge nemmeno si pone. Nelle fattispecie in esame, infatti, la realtà materiale della procreazione manca completamente e verrebbe ad essere sostituita direttamente ed esclusivamente da un rapporto contrattuale. A questo proposito, sembra necessario un chiarimento, che è in primo luogo di carattere lessicale. Nelle fattispecie precedentemente esaminate, alla realtà genetica della procreazione si affianca un rapporto contrattuale con la gestante surrogata, la quale ospiterà nel suo grembo un embrione, e poi un feto, altrui, realizzando dunque una struttura negoziale⁴⁷, riconducibile alla locazione, o al comodato nelle ipotesi altruistiche, per cui si parla correntemente di "utero in affitto". Nel caso ora in esame, però, non vi è nulla della locazione, perché il committente non si avvale della surrogata per collocarvi qualcosa di proprio, ma semplicemente acquista un prodotto finito, dopo averne previamente indicate le caratteristiche, per cui, volendo anche qui ricorrere alla terminologia contrattuale, abbiamo una vendita,

⁴⁶ Una vicenda del genere è alla base del procedimento penale intentato nell'ottobre 2014 dalle autorità indiane nei confronti di un sedicente specialista in medicina riproduttiva, K. T. Gurumurthy, che ha goduto di una certa risonanza sulla stampa internazionale.

⁴⁷ Si discute se sia più corretto utilizzare il termine contratto o ricorrere alla categoria del negozio giuridico familiare: cfr. A. LORENZETTI, *Maternità surrogata* (voce), in *Digesto Disc. Priv.*, Torino, 2011.

eventualmente mista ad appalto. Dunque, mentre nel caso della surrogazione si ha certamente una minaccia alla dignità della donna gestante, comparabile a varie altre forme, non sempre illecite, di utilizzo commerciale del corpo femminile, e comunque tale da giustificare il divieto vigente in buona parte dell'Europa, invece nel caso della vendita si ha direttamente una reificazione del nato, oggetto della cessione traslativa. Comparativamente, la seconda ipotesi è molto più grave: il fatto stesso di fare oggetto di commercio una persona in quanto tale, e non già il mero utilizzo di alcune parti del corpo umano, od anche quell'entità non pienamente qualificabile in termini personalistici che è il cd. partenota⁴⁸, va a collidere con l'ordine pubblico, non solo interno ed europeo, ma, si direbbe, con quello di tutti gli ordinamenti che non ammettono più la schiavitù (ovvero, al momento ed almeno sul piano formale, tutti gli Stati riconosciuti)⁴⁹, oltre che con le espresse previsioni delle Convenzioni internazionali sui Diritti Umani, e specialmente di quelle in materia di contrasto al traffico di minori⁵⁰. Non ci sembra, dunque, che si possa arrivare a consentire ad un soggetto di riconoscere un nato, o di trascrivere il relativo atto straniero, nella qualità, sostanzialmente, di acquirente dello stesso. L'unica ipotesi che consenta la costituzione di un rapporto di genitorialità sociale con un minore col quale non si abbia alcun legame genetico parentale, né lo abbia il coniuge dell'interessato, è invero l'adozione ordinaria, interna od internazionale, che è però regolata, com'è noto, da principi e procedure radicalmente incompatibili con la figura di un acquisto, diretto o intermediato, del nato dalla partoriente. Per raggiungere esiti differenti sarebbe necessario prendere esplicitamente in considerazione quella proposta, formulata nell'ambito della scuola nordamericana di *Law & Economics*, secondo cui all'inefficiente sistema delle procedure pubblicistiche di adozione andrebbe sostituito un libero "mercato dei figli"⁵¹, un passo che, a quanto ci consta, nessun ordinamento giuridico statale

⁴⁸ CGUE, 18 dicembre 2014, causa C- 364/13, ha ritenuto ammissibile la brevettabilità, e, quindi, *lato sensu* la commerciabilità, degli ovociti umani sviluppati non tramite fecondazione, processo che porterebbe alla formazione dello zigote e quindi della *spes hominis*, ma tramite attivazione partenogenetica, che consente di mantenere il prodotto ottenuto nell'ambito delle *res*.

⁴⁹ Nella tradizione giuridica occidentale, i primi provvedimenti abolizionisti risalgono al Medioevo, con il *Liber Paradisus* del Comune di Bologna del 1256 e con quanto stabilito dalla Repubblica di Ragusa nel 1416. Durante i primi secoli dell'età moderna, si affermò, in via per lo più giurisprudenziale, una regola per cui la schiavitù era ammessa nei territori coloniali, ma non in quelli metropolitani, almeno per quanto riguardava l'Europa occidentale, mentre in quella mediterranea, ivi compresa la maggior parte dell'Italia, il principio abolizionistico si sarebbe affermato solo in epoca napoleonica. Nel 1783 la Corte Suprema del Massachusetts dichiarò incostituzionale la schiavitù e, nel corso del XIX secolo, l'istituto fu gradualmente abolito in tutti gli Stati americani, nelle colonie europee e negli imperi russo ed ottomano. Nel Novecento hanno accolto il principio antischiavistico anche i restanti Paesi asiatici ed africani: l'ultima abolizione ufficiale risulta essere quella della Mauritania nel 1981. Tutto ciò non toglie che esista tuttora un fiorente commercio illegale di schiavi a livello globale, e che talune entità statali internazionalmente non riconosciute, quali il sedicente nuovo Califfato, lo abbiano anche nuovamente legalizzato.

⁵⁰ Com'è noto, già con il Congresso di Vienna del 1815 le Potenze, ancora quasi tutte schiaviste, si impegnarono a proibire almeno la tratta, il che fu poi oggetto di tutta una serie di successivi accordi bilaterali o multilaterali. La Convenzione firmata il 25 settembre 1926 a Ginevra, e quella supplementare del 1956, cui hanno poi aderito pressoché tutti gli Stati riconosciuti, ha, quindi, impegnato le parti contraenti alla generale soppressione della schiavitù. In particolare, l'impegno a contrastare il fenomeno della vendita di bambini è stato ribadito dal Protocollo addizionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo, firmato a New York il 25 maggio 2000.

⁵¹ Cfr. E. LANDES, R. POSNER, *The Economics of the Baby Shortage*, in *The Journal of Legal Studies*, 1978, 323 ss.; J. R. PRICHARD, *A market for babies?*, in *The University of Toronto Law Journal*, 1984, 341 ss.; R. POSNER, *The Regulation of the Market in Adoptions*, in *Boston University Law Review*, 1987, 59 ss.; C. SHALEV, *Nascere per contrat-*

ha ritenuto di compiere. Non è, infatti, un caso, se, nelle fattispecie concrete esaminate dalle ultime sentenze, si erano poste in essere condotte inammissibili anche dal punto di vista degli ordinamenti stranieri: certamente illecite per quello ucraino e quantomeno dubbie per quello russo⁵². Altro è dire che, in determinati contesti, l'illiceità può accompagnarsi spesso ad una tolleranza di fatto o che comunque varie difficoltà possono impedire un'efficace repressione; altro sarebbe dedurre solo da ciò una possibilità di recupero alla giuridicità delle situazioni prodottesi. Precisiamo, infine, che, di converso, nemmeno ci pare ipotizzabile che il soggetto nato da questo tipo di procedimenti possa promuovere una qualche azione di accertamento di una, inesistente, genitorialità, nell'ipotesi, già discussa prima ad altro proposito, del "prodotto rifiutato". Ciò non esclude, però, che in un caso del genere si possa eventualmente configurare una responsabilità extracontrattuale del committente recedente, nei confronti del nato e della partoriente, che potrà valere in qualche modo ad offrire una tutela a chi certamente è stato vittima di un grave abuso.

Non dobbiamo, d'altronde, ritenere che la Corte Europea dei Diritti Umani abbia realmente inteso accedere a posizioni contrastanti con i principi fondamentali che si sono adesso sinteticamente richiamati, e, del resto, se così fosse stato, potremmo facilmente pronosticare un ribaltamento della decisione da parte della *Grand Chambre*. Invero, i giudici europei non hanno mai affermato che sussista un obbligo di riconoscere una siffatta genitorialità basata sul mero acquisto, ed anzi hanno preso le distanze dalla logica proprietaria sviluppata dalle peculiari argomentazioni dell'avvocato della società russa che aveva gestito la vicenda⁵³. Peraltro, andando forse oltre l'oggetto delle proprie attribuzioni, gli stessi hanno anche precisato che la condanna dello Stato italiano a risarcire i committenti non dovrà essere interpretata nel senso di comportare un obbligo a restituire loro il bambino,

to, a cura di G. AJANI e A. MAFFIODO, Milano, 1992; M. BRINIG, *The effects of transaction costs on the market for babies*, in *Seton Hall Legislative Journal*, 1994, 553 ss.; K. ROOSVELT, *The Newest Property: Reproductive Technologies and the Concept of Parenthood*, in *Santa Clara Law Review*, 1998, 79 ss.; H. MCLACHLAN, J. K. SWALES, *Babies, Child Bearers and Commodification: Anderson, Brazier et al., and the Political Economy of Commercial Surrogate Motherhood*, in *Health Care Analysis*, 2000, 8, 1 ss.; E. ANDERSON, *Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales*, in *Health Care Analysis*, 2000, 8, 19 ss.; M. GOODWIN, *The Free-Market Approach to Adoption: the Value of a Baby*, in *Boston College Third World College Law Journal*, 2006, 61 ss.; C. SANGER, *Developing markets in baby-making: In the matter of baby M*, in *Harvard Journal of Law and Gender*, 2007, 67 ss.; K. KRAWIEC, *Altruism and intermediation in the market for babies*; in *Washington and Lee Law review*, 2009, 203 ss.; H. MCLACHLAN, J. K. SWALES, *Commercial Surrogate Motherhood and the alleged Commodification of Children: a Defense of Legally Enforceable Contracts*, in *Law and Contemporary Problems*, 2009, 3, 91 ss.; E. SCOTT, *Surrogacy and the Politics of Commodification*, in *Law and Contemporary Problems*, 2009, 3, 109 ss.; M. JACOBY, *The Debt Financing of Parenthood*, in *Law and Contemporary Problems*, 2009, 3, 146 ss.; M. GOODWIN, *Baby markets: money and the new politics of creating families*, Cambridge, 2010; A. CARROL, *Reregulating the Baby Market: A Call for a Ban on Payment of Birth-Mother Living Expenses*, in *Kansas Law Review*, 2010, 285 ss.

⁵² Nell'ordinamento ucraino il rapporto genetico fra il nato ed almeno uno dei committenti rappresenta un presupposto inderogabile per il riconoscimento della surrogazione ai sensi dell'art. 123 del Codice della Famiglia. La posizione russa è meno chiara, ma dubitiamo che alla realtà di tale ordinamento corrisponda davvero l'argomentazione proposta davanti alla CEDU, nell'interesse dei committenti, dall'avvocato dipendente di una società che aveva gestito la surrogazione, il quale citando come unico appiglio un articolo "dottrinale", pubblicato da lui medesimo su una piattaforma *open access*, sosteneva che l'acquisto di gameti o embrioni in nome e per conto dei predetti committenti li avrebbe resi propri di costoro, come se il rapporto genetico fosse realmente esistito.

⁵³ Si rinvia alla nota che precede.

nell'interesse del quale si invita, al contrario, a salvaguardare il rapporto che risulterebbe essersi successivamente costituito in seno ad una famiglia affidataria.

3. Il diritto del minore a mantenere i rapporti familiari più significativi

Insomma, non parrebbe che dalla decisione europea possa trarsi il riconoscimento di un diritto alla genitorialità in capo ai committenti acquirenti, per cui sembra di doverne dedurre che la posizione giuridica loro riconosciuta, e la cui violazione è stata sanzionata con il risarcimento del danno, sia di altra natura. In particolare, leggiamo che la lesione del principio di proporzionalità insita nei provvedimenti italiani censurati si evince soprattutto dalla considerazione che l'allontanamento del bambino dal contesto familiare in cui era di fatto inserito, anche se sulla base di un titolo genitoriale la cui illegittimità la Corte non discute, è avvenuto senza che si fossero riscontrate situazioni di pericolo grave, quali abusi sessuali o violenze fisiche e morali, e senza che l'impatto della misura venisse in qualche modo attenuato dalla previsione di forme di diritto di visita, comparabili a quelle conosciute in altri ordinamenti. La sentenza va, dunque, ad inserirsi sulla scia di una precedente condanna riportata dall'Italia, cui si fa ampiamente riferimento in motivazione, e che non riguardava affatto la surrogazione o le tecnologie riproduttive, bensì proprio l'inammissibilità di provvedimenti, purtroppo non infrequenti nella prassi dei nostri tribunali minorili, con cui si dispone l'allontanamento, pur in assenza di quei gravi presupposti e di quelle misure di accompagnamento di cui si diceva⁵⁴. Insomma, non è in questione il diritto dei committenti di essere considerati genitori, che si può invero escludere, ma quello degli stessi, e soprattutto del minore, a mantenere quei rapporti significativi già fattualmente instauratisi, e che non devono essere troncati dalla pur legittima nomina di un tutore e dall'avvio del procedimento per l'adottabilità.

Si tratta, dunque, di un diritto alla conservazione delle relazioni personali fondamentali che riguarda in linea generale il minore adottabile, e poi adottato: con riferimento ai rapporti con genitori naturali inadeguati, ad esempio per gravi ragioni di salute fisica o psichica o di estrema indigenza, ma non pericolosi, perché non responsabili di abusi o violenze; ovvero ai rapporti con altri elementi del nucleo familiare o con altre persone particolarmente significative per il minore che abbia perso i genitori; oppure ancora con riferimento ad affidatari temporanei che non abbiano, però, i requisiti per divenire genitori adottivi⁵⁵. Tutto ciò potrebbe, quindi, valere anche con riguardo a persone che abbiano, persino illegittimamente, ma sempre in assenza di abusi o violenze, instaurato un rapporto parafami-

⁵⁴ CEDU, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italie*, ric. 33773/11, ha accolto la domanda risarcitoria proposta da una donna immigrata, cui le autorità avevano dichiarato adottabile il figlio, e poi sospeso ogni diritto di visita, considerandola inadeguata a crescerlo, sulla base di una relazione dei servizi sociali, essenzialmente incentrata sul fatto che per la gran parte del giorno il bambino veniva affidato ad una coppia di anziani vicini, in quanto la madre doveva lavorare molte ore per mantenerlo. Si tratta del primo caso approdato con successo in sede europea, ma purtroppo non sono infrequenti le ipotesi in cui decisioni così gravi vengono prese, specie nei confronti dei soggetti socialmente più deboli, sulla base di questo genere di motivazioni: l'approfondita inchiesta giornalistica dedicata al tema dalla televisione pubblica (*Presa Diretta, RaiTre*, 25 gennaio 2015) ha fatto emergere un'inquietante realtà, in cui non di rado i componenti laici dei tribunali minorili hanno diretti interessi personali, ed economici, nella gestione delle strutture cui vengono affidati i minori adottabili.

⁵⁵ Cfr. E. CECCARELLI, *Adozione e diritto del bambino di mantenere i pregressi rapporti significativi*, in www.minoriefamiglia.it, consultato il 25.03.2015.

liare col minore, come nei casi in esame oppure in altri che potrebbero ipotizzarsi. Si pensi, per proporre un'ipotesi estrema, al caso di chi, spinto dal desiderio di genitorialità, arrivi a sottrarre un infante alla vigilanza dei veri genitori, lo faccia passare per proprio e lo cresca per anni amorevolmente e nel migliore dei modi, o comunque senza mai commettere nei suoi confronti nulla che possa ricondursi alle categorie dell'abuso sessuale o della violenza fisica e morale. Evidentemente, qualora dovesse poi emergere la verità, non sarà in alcun modo possibile riconoscere una forma di genitorialità avente titolo nel rapimento, né esimere la persona interessata dalle sue palesi responsabilità penali. Tuttavia, una volta restituito il minore ai genitori reali, che egli nella sostanza non conoscerà, o avviata una procedura per l'adottabilità, qualora gli stessi non siano più reperibili, non si dovrebbe escludere la possibilità che egli mantenga un rapporto significativo con la persona che, di fatto, lo ha cresciuto sino ad allora. Fondamentalmente analoga è, insomma, a nostro avviso, la posizione dei committenti nei casi esaminati.

La concreta disciplina dell'esercizio di questo diritto fondamentale andrà elaborata, in via giurisprudenziale sino ad un eventuale intervento del legislatore, prendendo come punto di riferimento altre fattispecie comparabili. In primo luogo, vi è l'elaborazione in tema di diritto di visita del genitore non collocatario, ovvero non affidatario nei sempre più rari casi di affidamento esclusivo, con tutte le variegate modalità che possono essere realizzate per dare pratica attuazione alle esigenze dei soggetti coinvolti. Naturalmente, si tratta di una realtà diversa, dato che qui entrambi i soggetti adulti sono indiscutibilmente genitori e spesso condividono un precedente vissuto matrimoniale, oppure familiare di fatto, che può facilitare l'assetto delle nuove relazioni⁵⁶. D'altronde, non sempre è così, in quanto tali vicende sono non di rado caratterizzate da una conflittualità acutissima, ben più grave delle tensioni che eventualmente potrebbero insorgere fra i genitori adottivi ed i titolari di precedenti rapporti significativi col minore adottato. Vi sono, peraltro, anche ipotesi in cui pure i due genitori sono, e sono sempre stati, sostanzialmente degli estranei fra di loro: si pensi ai provvedimenti riguardanti l'affidamento di un minore nato da un rapporto meramente occasionale, senza che si sia mai costituita una famiglia, neanche di fatto, ma comunque riconosciuto, o giudizialmente dichiarato, figlio di entrambi gli interessati⁵⁷. Ad ogni modo, possiamo richiamare anche la, più recente, esperienza dell'esercizio del diritto del minore a mantenere, anche se coinvolto in una crisi coniugale, significativi rapporti con entrambi i gruppi parentali, ed in particolare con gli ascendenti⁵⁸, oppure con il *partner* di un genitore⁵⁹, insomma con figure che certamente genitori non sono, ma che dovranno vedersi riconosciute modalità di visita, o comunque di contatto col minore, ulteriori ed aggiuntive rispetto a quelle che riguardano i genitori stessi.

⁵⁶ Il riferimento è alle fattispecie disciplinate dalle disposizioni oggi recepite nei nuovi artt. 337 bis e segg. c.c., inseriti nel Codice dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154.

⁵⁷ Si pensi alla fattispecie oggetto della decisione di App. Ancona, 5 dicembre 2009, in *Dir. Fam. Pers.*, 2012, 224 ss., con nota di G. SAVI, *Quali obbligazioni fra ex amanti divenuti genitori?*

⁵⁸ Il riferimento è alla nuova formulazione degli artt. 315 bis, comma 2, e 317 bis c.c., per effetto della legge 10 dicembre 2012, n. 219 e del successivo decreto 154 del 2013. Cfr. G. BALLARANI, P. SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2013, 534 ss.

⁵⁹ Si allude al problema della cd. famiglia ricomposta, su cui cfr. D. BUZZELLI, *La famiglia "composita"*, Napoli, 2012; T. AULETTA, *Famiglia ricomposta e obbligo di mantenimento*, in *Famiglia*, 2008, 194 ss.; G. BILÒ, *I problemi della famiglia ricostituita e le soluzioni dell'ordinamento inglese*, in *Famiglia*, 2004, 831 ss.

Dall'insieme di questi riferimenti, si potranno, dunque, dedurre quantomeno alcuni principi generali per la gestione dei peculiari rapporti interpersonali in esame. In primo luogo, ci sembra di doverne necessariamente ricavare la centralità dell'interesse del minore, per cui sarà lui il titolare del diritto a conservare i significativi rapporti *de quo*, e non la persona interessata ad avere un diritto sul minore. Pertanto, non si potrà arrivare mai ad imporre tali rapporti, contro la volontà di un minore che, raggiunta l'età del discernimento, li rifiuti⁶⁰. In ogni caso, si tratterà sempre di provvedimenti assunti *rebus sic stantibus*, revocabili e modificabili in base all'evoluzione delle circostanze, senza mai effetti preclusivi, né tantomeno di giudicato. Non è detto, quindi, che il rapporto non possa essere fortemente limitato, od anche interrotto, laddove risulti che il titolare lo esercita in maniera contrastante con l'interesse del minore, con un atteggiamento troppo conflittuale nei confronti degli altri interessati, o comunque abusando della sua posizione in maniera pregiudizievole per il sereno sviluppo della personalità del minore stesso.

A questo punto, ci sembra opportuno ricordare che quella di un diritto di visita, o comunque di mantenere significativi rapporti col figlio, era stata anche la richiesta formulata in subordine dai genitori genetici, vittime dello scambio di embrioni, nel famoso caso cui abbiamo già fatto riferimento⁶¹. Nello stesso senso si era poi espresso, in un parere che su altri punti non aveva ritenuto di poter prendere una posizione decisa, anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, chiamato ad pronunciarsi sulla vicenda⁶². Benché tali istanze non siano poi state prese in considerazione dal decidente, le stesse ci sembrano di notevole pregio ai fini dell'impostazione dei vari delicati problemi che il fenomeno della surrogazione può porre: pensiamo, appunto, alle ipotesi di scambio involontario, ma anche a quelle in cui la gestante surrogata non sia, o non sia più, disposta a rinunciare ad ogni rapporto con il nato, grazie al successivo miglioramento delle sue condizioni economiche, o semplicemente per aver mutato d'avviso dopo l'esperienza della gravidanza⁶³. Sono fattispecie in cui si impone la scelta di riconoscere la genitorialità in capo a chi ha fornito il patrimonio genetico oppure a chi ha partorito il bambino: ad oggi, probabilmente, prevarrà sempre la partoriente, mentre in futuro, come si accennava, un ripensamento sull'accertamento della maternità potrebbe portare, almeno in certi casi, ad esiti diversi. In ogni caso, però, la soluzione del dilemma non dovrebbe mai comportare l'elisione del diritto al mantenimento, o all'insaturazione, di rapporti significativi con gli altri soggetti interessati, sulla base dei principi prima enucleati, che ci sono, del resto, ormai sostanzialmente imposti anche dal rispetto di quanto ultimamente elaborato in sede europea.

Come è evidente, tutto ciò comporta una frammentazione, o comunque una ridefinizione, delle figure genitoriali⁶⁴, il che potrebbe apparire come un punto debole di quanto si sta proponendo. Potremmo avere, infatti, nella sostanza: dei genitori riconosciuti come tali, ai fini della relativa respon-

⁶⁰ Come ha recentemente statuito Cass., 19 gennaio 2015, n. 762, in www.ilcaso.it, consultato il 19.03.2015, con riferimento ai rapporti con gli ascendenti.

⁶¹ Cfr. Trib. Roma, 8 agosto 2014, *cit.*

⁶² *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni, cit.*

⁶³ Di fronte a siffatta evenienza, propostasi nel caso *CW v NT and another [2011] EWHC 33*, i giudici inglesi hanno ritenuto di affidare il bambino alla partoriente e di riconoscere al genitore genetico un diritto di visita e di contatto. Al contrario, nel citato caso americano di *Baby M* del 1988, la Corte Suprema del New Jersey ha affidato il figlio ai genitori genetici, con diritto di visita per la gestante surrogata.

⁶⁴ Cfr. G. FURGIUELE, *La fecondazione artificiale: quali principi per il civilista?*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991 II, I, 325.

sabilità ed anche, naturalmente, ai fini successori; altre persone con cui il minore avrà diritto di conservare rapporti familiari significativi, secondo le varie modalità imposte dalla particolarità del caso di specie; infine ulteriori soggetti nei confronti dei quali il figlio potrà far valere l'ulteriore diritto fondamentale alla conoscenza delle proprie origini⁶⁵, benché gli stessi abbiano fatto la legittima scelta di sottrarsi all'insaturazione di rapporti interpersonali col minore stesso, esercitando il diritto all'anonimato al momento del parto⁶⁶, oppure della donazione, o comunque libera cessione, dei loro gameti⁶⁷ o mitocondri⁶⁸. La situazione è certamente assai complessa, ma non ci sembra che possa essere liquidata con un giudizio sbrigativamente negativo nei confronti di tale paventata frammentazione.

In primo luogo, non è detto che tutto ciò vada a ledere l'interesse del minore a che le più importanti decisioni che lo riguardano siano prese, senza ritardo e senza conflittualità, dai soggetti più titolati a farlo. Infatti, responsabili dell'assunzione di tali decisioni rimangono comunque soltanto i due genitori in senso pieno, mentre la titolarità di significativi rapporti, e tantomeno la conoscenza delle mere origini genetiche, non dovrebbero andare ad incidere su questi profili. D'altronde, si è già detto che l'esercizio dei rapporti in esame potrà certamente essere limitato, o persino escluso, qualora rechi pregiudizio alla serenità ed alla stabilità dell'ambiente familiare del minore. Comunque, non si può fare a meno di ricordare che, già con il passaggio dalla patria potestà alla potestà genitoriale, si era sancito l'avvento di una concezione dei rapporti familiari in cui il momento dell'accentramento delle decisioni diveniva necessariamente secondario, rispetto alla condivisione delle stesse con l'altro soggetto interessato⁶⁹. A fortiori, una logica di questo tipo si impone con l'ultima trasformazione della stessa genitorialità in un senso che pone in secondo piano il momento potestativo del decidere

⁶⁵ L'esistenza di un tale diritto è stata riconosciuta da CEDU, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italie*, ric. 33783/09, e da Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Foro It.*, 2014, 4, che ha sollecitato un intervento del legislatore, rimasto, però, inadempiente. Nel vuoto così creatosi, sono però intervenuti alcuni importanti provvedimenti di merito: Trib. Min. Firenze, 6 maggio 2014, in www.personaedanno.it, consultato il 15.10.2014; Trib. Min. Trieste, 24 settembre 2014, in www.personaedanno.it, consultato il 22.10.2014; App. Catania, 5 dicembre 2014, in dirittocivilecontemporaneo.com, consultato il 16.02.2015. Il tema, comunque, non è solo italiano: cfr. A. DIVER, *A Law of Blood-ties – The “Right” to Access Genetic Ancestry*, Cham, 2014.

⁶⁶ Non di rado, questo sarà proprio il caso della gestante surrogata.

⁶⁷ *Bundesgerichtshof*, XII ZR, 201/13, 28 gennaio 2015, ha riconosciuto ai minori nati da inseminazione eterologa il diritto di accedere alle informazioni circa l'identità del donatore di gameti. In senso contrario si erano, invece, espressi *Conseil d'Etat*, *avis contentieux* 13 giugno 2013, e *Supreme Court of Canada*, 30 maggio 2013, *Olivia Pratten vs. Attorney General of British Columbia*. In ulteriori casi, poi, i giudici non si sono limitati al riconoscimento di un mero diritto del figlio alla conoscenza della propria identità genetica, ma hanno addirittura imposto al donatore obblighi genitoriali veri e propri, specie con riguardo al mantenimento: cfr. *District Court of Shawnee, State of Kansas vs. W. M.*, 22 gennaio 2014, nonché, nella giurisprudenza inglese, *Re G (A Minor)*; *Re Z (A Minor) [2013] EWHC 134 (Fam)*.

⁶⁸ All'ormai ben nota figura del donatore, o donatrice, di gameti andrà infatti affiancata, nel prossimo futuro, quella della donatrice di mitocondri, grazie allo sviluppo di tecniche che, allo scopo di evitare la trasmissione di anomalie genetiche, consentono la creazione di embrioni con tre genitori genetici, che forniscano l'uno il seme e le altre, rispettivamente, il nucleo ed il mitocondrio dell'ovocita. Sullo statuto giuridico di tale nuova fattispecie il Parlamento britannico ha già approvato, in prima lettura, le *Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015*.

⁶⁹ Si allude, naturalmente, alle profonde trasformazioni apportate al nostro diritto di famiglia dalla riforma di cui alla legge 19 maggio 1975, n. 151.

nell'interesse altrui, rispetto a quello della responsabilità per l'adempimento di un dovere di cura, da assolvere, per così dire, in solido⁷⁰.

D'altra parte, è il mutamento sostanziale dei modi di realizzazione della stessa filiazione che ci sembra davvero decisivo. Com'è ormai ben noto, il fatto procreativo può anche non realizzarsi *unico actu*, ma articolarsi in un procedimento complesso⁷¹, con l'interazione di varie combinazioni di soggetti, che apportano gameti o mitocondri, che sostengono la gestazione, che intervengono come commitenti, etc. Si tratta di una realtà che non può essere rimossa, con la radicale esclusione della rilevanza giuridica di quanto riguarda la posizione di alcuni di questi soggetti. Benché non si vogliano negare le complicazioni cui potrebbe dare luogo questa moltiplicazione di posizioni paragenitoriali, dobbiamo ammettere che molto peggiore, dal punto di vista della compressione dei nuovi diritti della personalità, quali la conoscenza delle origini o il mantenimento dei rapporti familiari significativi, risulterebbe la forzata semplificazione del quadro, prodotta con l'espulsione dal mondo giuridico di relazioni umane fondamentali. Infine, per quanto ciò possa sembrare sorprendente, occorrerà segnalare come non si tratti neppure di una novità assoluta, se è vero che, pure con riguardo alle forme di surrogazione praticate nell'antichità, e quindi in un contesto assolutamente dominato dalla *patria potestas*, alcune fonti avevano parlato di una sorta di comunione dei figli, utile a creare legami fra le diverse famiglie⁷².

⁷⁰ Com'è noto, la riforma di cui alla citata 219 del 2012 ed al successivo decreto 154 del 2013, ha comportato la sostituzione della potestà genitoriale con la responsabilità genitoriale; cfr. E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2014, 466 ss.

⁷¹ Cfr. B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Rivista di BioDiritto*, 2014, 2, 157 ss.

⁷² PLUTARCHUS, *Comparatio Lycurgi et Numae*, 3.1.1, parlava di *ΤΕΧΝΩΣΕΙΣ ΚΟΙΝΟΝΙΑ*, e ID., *Cato Minor*, 25, 6-7, di *ΚΟΙΝΟΥΜΕΝΟΥΣ ΔΙΑΔΟΧΑΣ* e di *ΚΟΙΝΟΝΙΑ ΠΑΙΔΩΝ*.