

La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici

*Bartolo Salone**

THE SURROGATE MOTHERHOOD IN ITALY: THE DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW ASPECTS

ABSTRACT: The surrogate motherhood, widespread in some States of the U.S.A., Asia and continental Europe, is a reproduction practice prohibited in Italy, according to the article 12, paragraph n. 6, of the Italian Law n. 40/2004 about the artificial procreation. The present paper – after a brief recognition of the Italian and European case-law – tries to respond to the principal legal questions deriving from the violation of the domestic prohibition, realized into the national territory or abroad, particularly in relation to the effects of surrogacy contract and in order to the correct institution of parental relationship with the newborn baby.

KEYWORDS: artificial reproduction; natural motherhood; parental relationships; surrogacy contract; surrogate motherhood.

SOMMARIO: 1. La maternità surrogata nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita: un quadro delle principali questioni etiche e giuridiche. – 2. Accordi di surrogazione di maternità: natura giuridica, validità, effetti. – 3. L'instaurazione del rapporto di filiazione del nato a seguito di procedura surrogatoria in Italia, tra principio di responsabilità procreativa e principio della maternità naturale legata al parto. – 4. Riconoscimento, nell'ordinamento nazionale, del rapporto di filiazione del nato da procedura surrogatoria eseguita all'estero: i principi elaborati dalla Corte Edu. – 5. L'ordine pubblico internazionale e il superiore interesse del minore. Alcune considerazioni sulla teoria dell'ordine pubblico attenuato e in concreto. – 6. Contrarietà all'ordine pubblico della maternità di sostituzione: problemi relativi allo status filiationis del nato a seguito di procedura surrogatoria realizzata all'estero. – 7. Dalla surrogazione di maternità alla "doppia maternità" in una recente pronuncia della Corte d'Appello di Torino. – 8. Considerazioni conclusive.

1. La maternità surrogata nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita: un quadro delle principali questioni etiche e giuridiche

Con l'espressione "procreazione medicalmente assistita" (PMA) la legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, d'ora in avanti "legge 40"*) si riferisce a quel fenomeno comunemente conosciuto con il nome di "fecondazione artificiale", che può essere sinteticamente definito come l'insieme delle tecniche mediche che consentono di dare luogo al concepimento di un essere umano senza la congiunzione fisica di un uomo e di una donna, operando all'interno (fecondazione artificiale intracorporea o in vivo) oppure al di fuori

* *Giudice civile presso il Tribunale di Agrigento - Master in Bioetica presso l'Istituto di Studi Bioetici "S. Privitera" di Palermo. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata al tema della Gestazione per altri.*

(fecondazione artificiale extracorporea o in vitro) delle vie genitali della donna e impiegando gameti appartenenti alla stessa coppia che si sottopone alle tecniche (fecondazione omologa) oppure provenienti in tutto o in parte da donatori esterni (fecondazione eterologa)¹.

Nel contesto delle metodiche di PMA una posizione tutta particolare riveste la *maternità surrogata o di sostituzione* (altrimenti detta *surrogazione di maternità*, in inglese *surrogate motherhood* o *surrogacy*), la quale, rispetto alle ordinarie procedure di fecondazione artificiale (omologa o eterologa) sopra indicate, richiede la collaborazione di una donna estranea alla coppia (che può essere la stessa donatrice dell'ovulo impiegato per la fecondazione o una donna diversa) che mette a disposizione il proprio utero per condurre la gravidanza e si impegna a consegnare il bambino, una volta nato, alla coppia "committente" (ossia alla coppia che ha manifestato la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale nei confronti del nato). Da un punto di vista puramente descrittivo, la surrogazione di maternità presuppone, pertanto, a monte, generalmente la fecondazione in vitro di un embrione da impiantare nell'utero di una donna estranea alla coppia committente (oppure la fecondazione in vivo della donna medesima ad opera del partner maschio della coppia committente), la quale si renda disponibile ad accogliere il frutto del concepimento e a portare a termine la gravidanza che le è in tal modo commissionata.

La maternità surrogata può pertanto essere definita come quella tecnica in base alla quale una donna si impegna, su commissione, con o senza corrispettivo, a portare a termine una gravidanza e a consegnare il figlio dopo il parto ai "committenti". A seconda che la madre surrogata si limiti ad accogliere in grembo un embrione che le è geneticamente estraneo o, viceversa, contribuisca alla procreazione dello stesso fornendo ai "committenti" i propri gameti, si distingue ancora tra "surrogazione per sola gestazione" (si parla in tal caso anche di "donazione", se a titolo gratuito, o di "locazione" o "affitto" d'utero, se è pattuito un corrispettivo) e "surrogazione per concepimento e gestazione". Si osserva che la surrogazione per concepimento e gestazione è necessariamente una "surrogazione eterologa", giacché la madre "portante", in questo caso, prima ancora di "prestare" il suo utero per la gravidanza, mette a disposizione i propri ovuli affinché siano fecondati con il seme del partner maschio della coppia committente. La surrogazione per sola gestazione, al contrario, può essere, a seconda dei casi, "omologa" (in questo caso la madre sostituita accoglie un embrione formato dai gameti forniti dai genitori naturali) o "eterologa" (in tal caso l'embrione da impiantare nell'utero della surrogata è il frutto dell'incontro tra il gamete di un membro della coppia richiedente e quello di un terzo donatore di seme o di una ovodonatrice). Nell'ambito della surrogazione "eterologa" può infine darsi il caso che i gameti da cui deriva l'embrione impiantato nel grembo della madre sostituita siano forniti da terze persone, estranee tanto alla coppia committente quanto alla stessa madre surrogata (c.d. surrogazione "totale")².

¹ Così, M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto disc. priv.*, 2007.

² Per la nozione di surrogacy e per le relative distinzioni concettuali si preferisce seguire, per la sua precisione e analiticità, la classificazione riportata sopra e proposta da M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. Merito*, II, 2010, 358 ss. Occorre però segnalare che non esiste ancora nella letteratura scientifica e, in particolare, biogiuridica una terminologia uniforme per riferirsi ai fenomeni indicati. Nello specifico alcuni autori (ad esempio, G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam.*, fasc. 2, 1998, p. 754 e S. RONDINELLI, *Procreazione artificiale o artificio creativo del diritto? (Il problema della maternità sostitutiva in una recente ordinanza)*, in

Talvolta alla surrogazione di maternità viene ricondotta una ulteriore ipotesi: quella della donazione di ovocita di una donna in favore di un'altra, che conduce a termine la gravidanza dopo avere fatto fecondare l'ovocita stesso con il seme del proprio marito o compagno³ (ipotesi alla quale nella letteratura bioetica ci si riferisce talora con l'espressione "gravidanza eterologa"⁴). La donazione di ovocita, però, a ben vedere, dà luogo ad una semplice fecondazione eterologa, seppur *ex latere matris*, da tenere distinta rispetto alla maternità surrogata vera e propria, alla quale sono riconducibili senz'altro le ipotesi prima rassegnate.

In definitiva, la maternità surrogata, già da un punto di vista fenomenico (prima ancora che giuridico), si presenta come una fattispecie composita, risultante dalla successione e integrazione di due momenti: la fecondazione artificiale propriamente detta (che, come si è appena visto, può essere tanto omologa quanto eterologa) e la *locatio ventris*. Diverse, e per molti aspetti peculiari, sono le problematiche giuridiche sottese alla surrogazione di maternità rispetto a quelle poste dalle tecniche di fecondazione artificiale alla stessa presupposte: ragion per cui la fattispecie quivi esaminata tende ad assumere, nell'ambito degli ordinamenti giuridici moderni, una autonoma rilevanza e fisionomia anche dal punto di vista giuridico⁵.

Le tecniche surrogatorie pongono diverse questioni dal punto di vista bioetico, le quali si riflettono puntualmente nel campo del diritto. Infatti, se da un canto le tecniche di fecondazione artificiale omologa determinano una prima cesura tra sessualità e procreazione, dall'altro quelle di PMA eterologa introducono una prima scissione tra le figure parentali, determinando una dissociazione tra la genitura "genetica" e quella "sociale". La maternità surrogata, in più, rende possibile un'ulteriore scissione fra procreazione, gravidanza e parto, così producendo, all'interno della stessa maternità intesa in senso naturalistico, una inedita separazione tra le figure della madre genetica (colei che mette

Dir. fam., fasc. 1, 2003, p. 260) utilizzano la locuzione "maternità surrogata" per indicare la procreazione realizzata tramite il contributo genetico e la gestazione di una donna estranea alla coppia committente (ossia, la surrogazione per concepimento e gestazione), preferendo indicare con l'espressione "maternità sostitutiva" l'ipotesi dell'impianto dell'embrione della coppia nell'utero di un'altra donna allo scopo di fare sviluppare il feto e consegnare il figlio alla nascita (ossia, la surrogazione per sola gestazione omologa). Si tratta, tuttavia, di opzioni puramente linguistiche che non alterano, nei fatti, i termini delle questioni etiche e giuridiche sottese alle procedure considerate.

³ Cfr. ancora M. FACCIOLO, *op. cit.*

⁴ Così S. LEONE, *Nuovo manuale di bioetica*, Roma, 2007, 90.

⁵ Una conferma di questa impostazione la si ritrova all'interno della legge 40, la quale, se da un lato ha consentito il ricorso alle tecniche di PMA omologa, dall'altro ha riservato due distinti divieti, in separate previsioni normative, rispettivamente alle tecniche di PMA eterologa (art. 4, co. 3, da ultimo dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale) e alla surrogazione di maternità (divieto tuttora in vigore – la cui persistente vigenza è stata riaffermata dalla pronuncia appena citata con cui la Consulta ha espunto dal nostro ordinamento il divieto di eterologa – sancito dall'art. 12, co. 6, il quale punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza ... la surrogazione di maternità"). Converterà pertanto considerare partitamente le due fattispecie, vincendo le suggestioni di certa dottrina, incline a ricondurre concettualmente la surrogazione di maternità nella più generale categoria delle tecniche di PMA eterologa, seppur latamente intesa (come sembrerebbe fare, fra gli altri, G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, 29).

a disposizione gli ovociti) e della madre uterina o biologica⁶ (colei che porta avanti la gestazione e partorisce il figlio): figure, quelle anzidette, che si affiancano a quella della madre “committente” o sociale⁷ (vale a dire colei che ha espresso, insieme al proprio *partner*, la volontà di assumere in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio appena nato). Più in dettaglio, mentre nell’ipotesi di surrogazione per sola gestazione (omologa) le figure della maternità genetica e quella della maternità sociale vengono a coincidere, nella surrogazione per concepimento e gestazione la figura della maternità sociale rimane a sé stante, accompagnandosi ora ad un’unica maternità genetica e biologica (nel caso in cui l’ovocita fecondato sia fornito dalla stessa gestante) ora a due ulteriori e distinte figure di maternità, corrispondenti alla donna donatrice dell’ovocita (madre genetica) e alla diversa donna “portatrice” della gravidanza (madre biologica)⁸.

Il risultato è quello di una sostanziale “destrutturazione” dell’identità materna e, conseguentemente, dell’identità del figlio, il quale prima o poi dovrà porsi il problema di quale sia la figura materna da assumere come riferimento tra le tante coinvolte nel processo generativo. Come esattamente messo in evidenza da una pronuncia di merito, che ha segnato la storia del dibattito biogiuridico sulla *surrogacy* in Italia in un momento in cui risultava ancora incerta la sua ammissibilità alla stregua del quadro normativo anteriore alla legge 40 (che, come si è visto, senza possibilità di equivoci, ne ha reso esplicito il divieto), “la coincidenza tra maternità, gravidanza e parto è un costrutto fondamentale della nostra psicologia, e la figura di una madre genetica, ma non gestante, assume i contorni quasi di una paternità femminile che sembra contrastare con le stabili linee della concezione dei rapporti familiari e della procreazione”⁹. E’ proprio la disarticolazione del fenomeno, in natura unitario, della maternità (con i connessi pericoli per l’equilibrio psicologico del nato, che viene “strappato” dopo il parto alle cure della madre uterina con la quale ha instaurato durante la gravidanza un profondo legame simbiotico) a condurre gli autori ad una valutazione etica generalmente negativa della surrogazione di maternità¹⁰.

⁶ Nella letteratura biogiuridica si parla anche, per identificare la medesima figura genitoriale, di madre gestazionale o portante o surrogata o sostituta.

⁷ Di madre sociale, e analogamente di padre sociale, più precisamente potrà parlarsi, allorché, per la durata del tempo vissuto insieme con il minore, per la qualità della relazione e per il ruolo genitoriale in concreto assunto dall’adulto, questi – pur in mancanza del dato dell’appartenenza biologica – si comporti esteriormente da genitore e tale venga percepito dalla sensibilità sociale. L’instaurazione della genitura sociale richiede in altri termini il decorso di un apprezzabile lasso di tempo, necessario ad instaurare, in fatto, una relazione significativa con il nato, in mancanza della quale la donna che ha espresso il suo consenso alla *surrogacy*, senza fornire un ulteriore apporto dal punto di vista genetico, andrebbe più esattamente qualificata come “madre (o donna) committente”. Siffatta precisazione, confortata dalla più recente giurisprudenza interna e internazionale sulla emergente rilevanza giuridica della maternità “sociale”, è suggerita da F. TURLON, *Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità “sociale”, interesse del minore e favor veritatis*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 7-8, 712.

⁸ Cfr. M. DELL’UTRI, *op. cit.*, in *Giur. Merito*, II, 2010, 358 ss.

⁹ Trib. Roma, ord. 17-02-2000, con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corriere Giur.*, 2000, 4, 483.

¹⁰ Si domanda, ad esempio, S. LEONE, *op. cit.*, 95: “Pensando ancora una volta al figlio, come si orienterà la sua psiche in rapporto all’identificazione genitoriale? E spostando l’attenzione alla madre, quale sarà la percezione della sua maternità? Quale rapporto instaurerà la madre uterina nei confronti di un figlio che non è biologicamente suo e che tuttavia ha vissuto con lei nella profonda simbiosi che ogni gravidanza comporta?”. Lo stesso autore, però, propone una valutazione etica prudenziale per “la condizione di assoluta oblatività in

Le maggiori perplessità attengono alla compatibilità della maternità surrogata rispetto al principio (etico e al tempo stesso giuridico) del superiore interesse del minore, tipico dei sistemi giuridici dei Paesi civilizzati. Infatti, è stato posto in risalto da una parte della dottrina giuridica che “il migliore interesse del bambino raccomanda lo sviluppo di una linea affettiva con la sua vera madre e possibilmente con una soltanto. Certamente la maternità di sostituzione impedisce, di contro, che la relazione madre-figlio si concretizzi e si sviluppi normalmente e priva quest’ultimo, in modo definitivo e nell’ipotesi migliore, della possibilità d’avere una linea affettiva e dunque una relazione con la metà della sua discendenza naturale”, evidenziandosi la netta differenza rispetto all’istituto dell’adozione, il quale, pur privando anch’esso il minore definitivamente del legame con la famiglia naturale d’origine, “è pensato per rimediare ad una situazione di crisi già esistente e a trasformare uno stato negativo, dato da un ambiente familiare inidoneo, in uno positivo” mentre “gli accordi di maternità, al contrario, si basano deliberatamente e a priori su questa situazione di rinuncia al bambino”¹¹.

Altro profilo problematico attiene all’informazione del bambino circa le circostanze del suo concepimento, quale riflesso del diritto del minore a conoscere le proprie origini parentali. Benché ancora non sappiamo con certezza come la maternità di sostituzione possa influire sullo sviluppo psicologico del bambino, in un’ottica prudenziale, ispirata al principio di precauzione, pare non potersi escludere il rischio di un trauma, poiché – come è stato opportunamente rilevato in dottrina – “diversamente dall’adozione, la spiegazione è obiettivamente complessa, implicando informazioni sulla sessualità, sul comportamento dei genitori e presupponendo una preparazione e maturità psicologica di questi ultimi non sempre riscontrabile. Così non stupisce – ma certo preoccupa – che indagini statistiche abbiano confermato la quasi assoluta convinzione degli aspiranti genitori (si indica il 97%) della non necessità di fornire tale informazione: un segreto rischioso che potrebbe influire negativamente sulla vita familiare e che, una volta svelato, può suscitare reazioni imprevedibili”¹².

Nell’ipotesi in cui la madre surrogata pretenda un compenso per la cessione del bambino, si aggiunge un ulteriore elemento di disvalore legato alla strumentalizzazione del corpo femminile e alla mercificazione di una funzione tipicamente materna quale è quella della gestazione e del parto¹³. La situa-

cui, in assenza dell’effettiva impossibilità di condurre a termine una gravidanza iniziata, si potrebbe far ricorso” ad una “balia d’utero”, citando in via esemplificativa il caso dell’insorgenza di una seria malattia o di un grave incidente in una donna i cui ovuli siano stati fecondati in vitro e siano pronti all’impianto: in simili casi, la surrogazione di maternità potrebbe trovare una sua giustificazione dal punto di vista morale nell’esigenza di salvaguardare e proteggere la vita incipiente.

¹¹ In questi termini L. D’AVACK, *Nascere per contratto: un’ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*, in *Dir. fam.*, fasc. 2, 2000, p. 706 ss.

¹² Cfr. L. D’AVACK, *op. cit.*, in *Dir. fam.*, fasc. 2, 2000, p. 706 ss.

¹³ Al riguardo sottolinea un attento autore (ancora L. D’AVACK, *op. cit.*, in *Dir. fam.*, fasc. 2, 2000, p. 706 ss.) come la legalizzazione della maternità surrogata potrebbe costituire “la base per uno sfruttamento senza precedenti della donna, specie di quella economicamente debole [...] dove finalità prevalentemente economiche spingono la madre portatrice a cedere il figlio”, paventando altresì il rischio di un avvicinamento del “regime delle persone” a “quello delle cose” (“Siamo al commercio del corpo umano e di una funzione così elevata e delicata come la maternità, situazione assolutamente inammissibile. Sarebbe penoso constatare che tutti gli sforzi civili per segnare la differenza radicale tra il regime delle persone e quello delle cose vengano vanificati attraverso l’avallo stesso della legge”). Il Comitato Nazionale per la Bioetica il 18 marzo 2016 ha approvato, sempre in argomento, una mozione dedicata alla maternità surrogata a titolo oneroso, nella quale, dopo aver richiamato i suoi precedenti documenti sulla compravendita di organi e di ovociti e sul traffico

zione si fa ancor più problematica allorché le coppie richiedenti sfruttino, per avere un bambino con le tecniche in questione, la condizione di indigenza di determinate donne, specie se provenienti da Paesi poveri o, comunque, con una legislazione meno attenta della nostra alle esigenze di protezione della maternità e dell'infanzia. E' questo in buona sostanza il pericolo che si nasconde dietro il fenomeno del cosiddetto "turismo procreativo" (vale a dire la tendenza a recarsi all'estero, in Paesi con una legislazione più permissiva in tema di procreazione, allo scopo di sottoporsi a procedure riproduttive vietate nel proprio Stato), di cui la casistica giudiziaria negli ultimi tempi offre esempi sempre più numerosi.

Si può ancora osservare come questa tecnica sia fonte di contrasti potenziali tra la madre surrogata e i committenti, nell'eventualità che la prima non intenda, dopo il parto, consegnare il bambino ovvero nel caso del rifiuto da parte della coppia committente di accettare il bambino qualora questi presenti malformazioni o anomalie psicofisiche. Non è chi non veda come l'interesse del minore, in un caso come nell'altro, risulta perdente. Nel caso in cui la madre sostituta sia una persona di famiglia, inoltre, un ulteriore motivo di contrarietà dal punto di vista etico – e di complicazioni dal punto di vista giuridico – può essere ravvisato nel fatto che "a causa dei conflitti che essa solleva, viene sconvolto o quanto meno perturbato il sistema familiare"¹⁴.

Per effetto delle pratiche surrogatorie (in particolar modo di quelle eterologhe), la maternità assume, dunque, caratteri di sempre più marcata "procedimentalizzazione", che ne intaccano – come si è visto – la naturale fisionomia "unitaria", mercé il coinvolgimento di figure diverse (la madre genetica, la madre biologica e la "committente"), tutte potenzialmente idonee a rivendicare un titolo di genitura esclusiva sul nato. Tutto ciò genera non poche complicazioni e incertezze sul piano giuridico. Il diritto, infatti, è chiamato in questi casi a stabilire quale, tra i diversi soggetti che pure hanno dato un contributo causale alla realizzazione di quell'articolato "procedimento medico-legale" in cui si risolve la maternità surrogata, debba essere considerato "genitore" agli effetti legali, con tutto quel che ne deriva in termini di assunzione dei diritti e delle connesse responsabilità sul nato. In particolare, ci si chiede che valore possano avere nel nostro ordinamento gli accordi di maternità surrogata e se, ai fini del riconoscimento della maternità legale, la prevalenza dovrà essere data in via di principio al fattore naturalistico o a quello volontaristico-sociale e, all'interno dello stesso fattore naturalistico, in caso di conflitto tra la madre genetica e quella uterina, quale sia quella a cui l'ordinamento debba accordare preferenza.

illegale di organi umani tra viventi, ha concluso che "la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione", ritenendo che "tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali che mergono anche dai documenti sopra citati" (cfr. CNB, Mozione Maternità surrogata a titolo oneroso, consultabile on line sul sito internet http://presidenza.governo.it/bioetica/mozioni/Mozione_Surroga_materna.pdf).

¹⁴ Cfr. al riguardo Parere del Comitato nazionale per la Bioetica sulle tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni 17 giugno 1994 (<http://www.governo.it/bioetica/testi/170694.html>) sotto la voce Maternità surrogata.

Il divieto di maternità surrogata posto dalla legge italiana¹⁵, benché presidiato da una sanzione penale di notevole entità (reclusione da tre mesi a due anni e multa da 600.000 a un milione di euro) – sanzione applicabile, oltre che alle cliniche e al personale sanitario coinvolto nella procedura, anche ai soggetti che vi ricorrono (coppia committente e madre surrogata)¹⁶ – non risolve affatto i divisati problemi (potendo al massimo contribuire a prevenirli in virtù della forza deterrente della norma incriminatrice), dato che questi sono destinati a ripresentarsi tutte le volte che la maternità surrogata sia eseguita nonostante e contro il divieto legale.

Inoltre, una questione particolarmente complessa è quella che si pone allorché la pratica surrogatoria sia realizzata all'estero, in Paesi in cui la *surrogacy* è ammessa, da coppie italiane (o che comunque si trasferiscano in Italia dopo il parto), e si tratta quindi di dover decidere se il rapporto di filiazione instauratosi tra il nato e la coppia committente in base alle regole dell'ordinamento estero possa assumere giuridica rilevanza anche nel nostro Paese o, se al contrario, una siffatta soluzione sia impedita dal limite generale dell'ordine pubblico.

Volendo offrire a questo punto qualche indicazione di metodo, va posto in evidenza come nel rispondere a questi interrogativi bisognerà partire innanzitutto dalle disposizioni dettate dalla legge 40 a proposito del divieto di surrogazione di maternità (art. 12, co. 6) e della tutela del nascituro (artt. 8 e 9), le quali costituiscono senz'altro il referente normativo più prossimo e specifico *in subjecta materia*. Inoltre, per quanto non specificamente disciplinato dalle disposizioni in esame, l'interprete non potrà che fare riferimento alle norme del codice civile: non è da escludere, infatti, che queste ultime, benché fossero state pensate originariamente dal legislatore per la sola filiazione naturale, possano assumere rilievo anche nel settore della procreazione medicalmente assistita, essendo tali norme, nella misura in cui esprimono principi e regole di carattere generale, indubbiamente presupposte dalla legge 40. Il tutto nel quadro dei principi costituzionali in materia di famiglia (segnatamente gli artt. 29, 30, 31 Cost.) e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora innanzi Corte Edu), alla quale si devono negli ultimi anni alcune fondamentali pronunce in tema di maternità surrogata.

2. Accordi di surrogazione di maternità: natura giuridica, validità, effetti

Alla base della surrogazione di maternità vi è normalmente un accordo tra i principali protagonisti della vicenda procreativa (ossia i membri della coppia committente e la madre surrogata), in virtù del quale la surrogata si impegna a ricevere (nella surrogazione per concepimento e gestazione, anche a fecondare) l'embrione di una coppia sterile al fine di farlo sviluppare e a riconsegnarlo dopo il parto alla coppia committente, la quale assumerà tutti i diritti e i doveri propri dei genitori senza nessuna ingerenza della madre sostituta. L'accordo può essere stipulato a titolo gratuito o a titolo oneroso: mentre nel primo caso vi sono normalmente motivazioni "altruistiche", dettate dalla volontà di contribuire alla realizzazione del desiderio di genitorialità di una coppia sterile nel contesto di una colla-

¹⁵ Peraltro in sintonia con la stragrande maggioranza dei Paesi dell'Europa continentale, mentre una posizione più aperta alla surrogacy presentano alcuni ordinamenti anglo-americani. Per una prospettiva comparatistica vedi A. LORENZETTI, *Maternità surrogata*, in *Digesto disc. priv.*, 2011.

¹⁶ L'art. 12, co. 8 della legge 40, infatti, con riferimento alla fattispecie surrogatoria disciplinata al co. 6, non esenta da responsabilità l'uomo e la donna a cui sono applicate le relative tecniche, a differenza di quanto è previsto in caso di inosservanza degli altri divieti contemplati dai commi 1, 2, 4 e 5 del medesimo articolo.

borazione di genere tra donne o di uno scambio solidale tra famiglie, nel secondo caso si assiste invece ad una vera e propria commercializzazione del corpo femminile altrui (quello della madre uterina) e delle connesse funzioni biologiche legate alla gestazione e al parto.

Dalla onerosità o meno dell'accordo, una diffusa opinione fa dipendere la diversa qualificazione giuridica dello stesso in termini ora di contratto ora di negozio giuridico (non patrimoniale). Si ritiene cioè che, in mancanza della pattuizione di un corrispettivo, l'accordo di maternità surrogata difetterebbe del requisito della patrimonialità richiesto dall'art. 1321 c.c., non potendosi quindi considerare tecnicamente un contratto¹⁷. In contrario, parte della dottrina ha però rilevato che, anche a prescindere dall'eventuale corrispettivo, l'accordo di maternità surrogata mal si presta ad essere inquadrato nella categoria dei contratti. Ed infatti, il nostro codice civile all'art. 1321 definisce il contratto quale "accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale", mentre nell'ambito degli accordi di *surrogacy* ci troviamo di fronte a negozi aventi ad oggetto non rapporti patrimoniali, bensì posizioni giuridiche familiari personalissime¹⁸.

Fatta questa premessa sulla natura giuridica dell'accordo di maternità surrogata, bisognerà adesso valutarne gli effetti e, prima ancora, l'ammissibilità alla stregua del nostro ordinamento. Prima dell'entrata in vigore della legge 40 si era manifestato in giurisprudenza una divergenza di vedute in ordine alla validità ed efficacia degli accordi di surrogazione di maternità nella specifica ipotesi in cui questi fossero stipulati a titolo gratuito¹⁹, mentre unanime era il rifiuto, sia in dottrina che in giurisprudenza, degli accordi di *surrogacy* a carattere oneroso, comunemente ritenuti nulli per illiceità della causa negoziale ai sensi dell'art. 1343 c.c.

Ad ogni modo, la ricordata *querelle* giurisprudenziale²⁰ può ritenersi superata alla luce dell'attuale quadro normativo. Infatti, il divieto di maternità surrogata è stato esplicitato dall'art. 12, co. 6 della legge 40, che nel sanzionare penalmente la surrogazione di maternità *tout court*, senza distinguere la locazione d'utero dalle ipotesi di surrogazione a titolo gratuito, parrebbe confermare *in toto* la ricostruzione del giudice monzese, eliminando ogni incertezza circa le sorti del negozio di maternità sur-

¹⁷ Così, ad es., M. SESTA, *op. cit.*, in *Corriere Giur.*, 2000, 4, 483. Analoga opinione è espressa da Trib. Roma, ord. 17-2-2000, il quale osserva come debba parlarsi di "negozio" e non già di "contratto" laddove "difetta il requisito della corrispettività essendo escluso qualsiasi pagamento ed essendo concesso il consenso per spirito di liberalità".

¹⁸ In tal senso S. RONDINELLI, *op. cit.*, in *Dir. fam.*, fasc. 1, 2003, p. 260, la quale, a proposito degli accordi di surrogazione di maternità osserva che "Il contratto, quale incontro di volontà di due o più parti, è lo strumento negoziale di regolamentazione dei rapporti giuridici patrimoniali. Ma nel campo degli atti di disposizione del proprio corpo e degli status familiae ac legitimitatis non di rapporti patrimoniali si tratta, bensì di rapporti squisitamente interpersonali, afferenti, cioè, alla persona dell'uomo, e che l'ordinamento giuridico considera talmente rilevanti da individuarne l'ambito di applicazione e di tutela anche in ragione dell'ordine pubblico e, talora, anche in contrasto con la manifestazione di volontà dello stesso titolare" per cui "è assolutamente improponibile la qualificazione giuridica dell'accordo tra la coppia genetica e la madre gestante in termini di contratto ai sensi dell'art. 1321 c.c., anche a prescindere dall'eventuale corrispettivo".

¹⁹ Per la tesi della radicale nullità dei negozi di maternità surrogata, anche a titolo gratuito, vedi Trib. Monza, 27 ottobre 1989, *Giur. It.*, 1990, 5 con nota di G. PALMERI, *Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana*. Per la tesi opposta, propensa a riconoscere la validità degli accordi di maternità surrogata a carattere non oneroso cfr. Trib. Roma, ord. 17-2-2000 con nota critica di M. SESTA, *op. cit.*, in *Corriere Giur.*, 2000, 4, 483.

²⁰ Per la quale v. più diffusamente B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, pubblicato su questa *Rivista*, n. 2/2014.

rogata, di cui senza ombra di dubbio oggi può predicarsi la nullità *ex art. 1343 c.c.* per contrarietà della causa a norma imperativa. La sanzione civilistica della nullità negoziale colpisce, pertanto, tutti gli accordi di maternità surrogata, tanto quelli “gratuiti” quanto quelli “onerati”. Ne consegue che l’accordo in quanto tale non è idoneo a costituire vincoli obbligatori tra le parti, potendo le stesse recedere liberamente e in qualsiasi momento dagli impegni assunti, senza per questo incorrere in responsabilità *ex contractu*. L’accordo, inoltre, a motivo della sua radicale nullità e dell’indisponibilità delle posizioni di *stato* sottostanti, non è in grado di apportare di per sé alcuna modificazione al rapporto di filiazione, che si costituirà normalmente nei modi di legge con la donna e con l’uomo che l’ordinamento riconosce inderogabilmente quali genitori del nato.

3. L’instaurazione del rapporto di filiazione del nato a seguito di procedura surrogatoria in Italia, tra principio di responsabilità procreativa e principio della maternità naturale legata al parto

Si è appena detto della nullità degli accordi di maternità surrogata; adesso si tratta di stabilire quale sia la figura, tra quelle in ipotesi coinvolte nella procedura surrogatoria, alla quale l’ordinamento consente di attribuire la qualifica legale di “madre” (se, cioè, tale qualifica vada riconosciuta alla donna committente o alla madre surrogata). Va precisato subito al riguardo che la constatata nullità degli accordi surrogatori non potrebbe costituire in sé argomento sufficiente a giustificare l’attribuzione della maternità legale alla madre surrogata; infatti, occorre rilevare che, se da un lato la radicale nullità degli accordi in oggetto precluderebbe sicuramente all’autonomia privata di introdurre delle modificazioni pattizie alla disciplina giuridica degli *status* personali e familiari, dall’altro e in linea di principio non impedirebbe all’ordinamento – messo di fronte al “fatto compiuto” della nascita di un bambino, ancorché ottenuta attraverso delle tecniche vietate – di qualificare giuridicamente tale “fatto” e di determinarne gli effetti mediante l’applicazione degli ordinari criteri di attribuzione della paternità e della maternità.

Un argomento decisivo in favore del riconoscimento del rapporto di filiazione in capo alla madre uterina non potrebbe ricavarsi, d’altro canto, neppure dall’art. 9, comma 3 della legge 40 (a mente del quale “In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all’art. 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi”).

Ed invero, in favore di una applicazione analogica della norma suddetta (in sé riferibile alla PMA eterologa) alla diversa fattispecie della maternità surrogata, si è espressa una autorevole voce dottrinale, che ha posto in rilievo come il tema dell’attribuzione della maternità, in caso di violazione del divieto imposto dalla legge 40, dovrebbe ritenersi risolto “in radice” in forza del disposto di cui all’art. 9, co. 3 della medesima legge, il quale confermerebbe “che la donna che ha partorito è l’unica cui è attribuita la maternità, essendo giuridicamente irrilevante il fatto che l’embrione che le sia stato trasferito in utero fosse formato da materiale genetico altrui (la madre committente)”²¹. La tesi – che sconta i limiti dell’estensione analogica di una regola dettata per la PMA eterologa a una fattispecie,

²¹ Così M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 2007, il quale sviluppa le sue considerazioni di carattere generale, pur partendo da una fattispecie surrogatoria peculiare, vale a dire quella della surrogazione per sola gestazione.

quella surrogatoria, tipologicamente assai diversa – non tiene conto, però, di alcuni aspetti fondamentali implicati nella vicenda *de qua*: in primo luogo bisogna rilevare, sul piano della *ratio legis*, che la soluzione offerta dall'art. 9, co. 3 in tema di eterologa parte dal presupposto che la donatrice (o il donatore) di gameti non siano interessati ad assumersi la responsabilità genitoriale del bambino che dovesse eventualmente essere procreato per iniziativa di un'altra coppia con procedure fecondative artificiali (cosa che evidentemente non può dirsi, nell'ambito della surrogazione di maternità, e segnatamente di quella per sola gestazione, della donna che “commissioni” ad altra la gestazione di un embrione che geneticamente le appartiene); in secondo luogo, si osservi che, nella surrogazione di maternità per sola gestazione, la coppia committente non si limita a fornire, in tutto o in parte, i propri gameti per la procreazione, ma piuttosto conferisce alla madre surrogata un embrione già formato, e quindi un principio di vita individualizzato, che è cosa ben diversa rispetto alla semplice donazione di gameti. La diversità di *ratio* e la non omogeneità delle situazioni comparate impediscono di conseguenza, a parere di chi scrive, una applicazione in via analogica della disposizione considerata alla fattispecie surrogatoria per sola gestazione. Ove ciò non bastasse, si ponga mente all'ulteriore rilievo formulato da attenta dottrina²² secondo cui non sempre la surrogazione di maternità realizza una vicenda procreativa di tipo eterologo, dovendosi di conseguenza sicuramente escludere l'applicazione dell'art. 9, co. 3 nei casi di surrogazione per sola gestazione omologa in cui l'embrione sia stato fecondato con gameti esclusivamente della coppia committente.

Piuttosto, la sola indicazione certa che si può ricavare dalla disposizione citata è che, nella diversa ipotesi di surrogazione per sola gestazione eterologa (allorché l'ovocita provenga da una terza donatrice)²³, la ovodonatrice non acquisisce alcuna relazione parentale con il nato; ma anche in questa peculiare fattispecie rimarrebbe il problema di stabilire a quale delle altre due donne (se a quella “uterina” o alla committente) debba essere attribuita la qualità di madre.

L'art. 9, comma 3, invece, non suscita particolari dubbi applicativi nell'ambito di quella fattispecie solo in apparenza surrogatoria, da taluno denominata “gravidanza eterologa”, riconducibile, come si è visto, ad una PMA eterologa *ex latere matris*, ottenuta mediante la donazione di ovuli da fecondare col seme del partner *maschio* della coppia. L'ipotesi da ultimo considerata, infatti, è perfettamente sussumibile all'interno della disposizione considerata, che conduce al risultato di attribuire al nato lo stato di figlio della coppia e all'esclusione di qualsiasi rapporto fra il medesimo e la terza donatrice dell'ovulo²⁴.

Nel contesto della maternità surrogata, il vero problema – proprio a motivo della mancanza di una disciplina espressa e della impossibilità di estendere in via analogica le soluzioni individuate dall'art. 9 della legge 40 con riferimento specifico alla PMA eterologa – consiste nel capire se la regola per dirimere il conflitto tra la madre biologica e quella sociale (data la ritenuta irrilevanza nella materia *de qua*, come si ricordava, del semplice dato dell'appartenenza genetica) debba essere desunta dai prin-

²² Cfr. M. DELL'UTRI, *op. cit.*, in *Giur. Merito*, II, 2010, 358 ss. (nota n. 18).

²³ E' questo, infatti, il solo caso in cui si realizza, in capo a tre differenti persone, una dissociazione completa tra le figure della madre biologica, genetica e committente (o sociale).

²⁴ Cfr. VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 154 ss. e *Id.*, *Procreazione assistita*, in *Tratt. fam. Zatti*, VII, *Agg. (gennaio 2003-giugno 2006)*, Milano, 2006, 325 nonché SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 75.

cipi che regolano la filiazione naturale²⁵ o da quelli che presiedono alla filiazione *artificiale*²⁶. Il dilemma così posto deriva appunto dalla natura “composita” della fattispecie surrogatoria, la quale, pur necessitando a monte dell’esecuzione di una pratica di PMA omologa o eterologa, non può fare a meno di una gravidanza e di un parto “naturali”²⁷. La sua soluzione, pertanto, passa attraverso la necessaria evidenziazione delle relazioni intersistemiche intercorrenti tra la disciplina generale della filiazione stabilita dal codice civile e la disciplina della filiazione da PMA ricavabile dagli artt. 8 e 9 della legge 40, che rispetto alla prima riveste carattere di specialità. E’ evidente che, qualora non dovesse trovare applicazione la regola di attribuzione della genitura ricavabile dall’art. 8 della legge 40, tornerebbe inevitabilmente ad applicarsi la disciplina codicistica – in quanto disciplina di carattere generale – con conseguente attribuzione della maternità in base al criterio naturalistico del parto di cui all’art. 269, co. 3 c.c.

Ebbene, l’art. 8 della legge 40, ispirato al principio della responsabilità procreativa o di “autoresponsabilità”, disciplina – come è noto – lo stato giuridico del nato da procreazione medicalmente assistita, distinguendo a seconda che la coppia di genitori sia coniugata o semplicemente convivente: nel primo caso il nato acquisisce lo stato di figlio legittimo della coppia che l’ha generato; nel secondo lo stato di figlio riconosciuto della medesima coppia²⁸. D’altro canto, il chiaro tenore testuale della disposizione, per cui “I figli nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli [...] riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell’art. 6”, non lascia dubbi circa il fatto che qui ci troviamo di fronte ad un riconoscimento automatico *ex lege* del figlio che, in deroga alle ordinarie regole civilistiche, non necessita di una specifica dichiarazione di volontà in tal senso da parte dei conviventi, benché questi non siano uniti in matrimonio.

L’acquisto dello stato giuridico di figlio, pertanto, nell’ambito della PMA viene a dipendere unicamente dalla manifestazione del consenso alle tecniche riproduttive artificiali. La norma, sotto questo aspetto, non fa altro che esplicitare a livello legislativo quel principio – che parte della dottrina riteneva immanente al sistema già prima dell’approvazione della legge 40 – secondo cui nella procreazione medicalmente assistita (sia essa omologa sia essa eterologa) il consenso prestato dal marito

²⁵ Che inducono a riferire la relazione di maternità alla madre portante, giusto il disposto dell’art. 269, co. 3 c.c. per cui “La maternità è dimostrata provando l’identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre”.

²⁶ I quali porterebbero a radicare la relazione parentale in capo alla coppia committente (e quindi a preferire la madre “sociale”), secondo la previsione di carattere generale di cui all’art. 8 della legge 40, per cui “I nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell’art. 6”.

²⁷ E’ pur vero che da una gravidanza e da un parto naturali non si prescinde neppure nell’ambito delle comuni tecniche di PMA; tuttavia, a differenza di queste ultime, nella surrogazione di maternità la gravidanza e il parto sono affidati ad una donna diversa da quella da cui prende inizio il “progetto” procreativo.

²⁸ Si rammenti però che, a seguito della recente riforma del diritto di famiglia, culminata con l’emanazione del d.lgs. n. 154/2013, è venuta meno, nella legislazione familiare, la differenza tra figli legittimi, legittimati, riconosciuti e adottivi, nell’ottica dell’unificazione dello *status* di figlio, benché il matrimonio conservi, tuttora, in conformità con quanto previsto dall’art. 29 Cost., e a differenza delle convivenze *more uxorio*, la sua attitudine all’attribuzione automatica dello stato di filiazione.

tiene luogo al rapporto diretto con la madre²⁹ e, al pari del rapporto naturale, è idoneo a fondare la responsabilità genitoriale allorché il processo generativo sia coronato da successo. E' questo il c.d. principio di responsabilità procreativa o di "autoresponsabilità" nella procreazione, di cui è stato individuato il fondamento costituzionale talora nell'obbligo di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost.³⁰, talaltra negli obblighi dei "genitori" sulla base di una interpretazione evolutiva dell'art. 30, co. 1 Cost.³¹.

Il principio di responsabilità procreativa – che costituisce il cardine su cui è costruita l'intera disciplina della filiazione *artificiale* – comporta in definitiva che il concetto di genitorialità sia incentrato, più che sul dato biologico, sull'assunzione di responsabilità mediante l'espressione di un consenso libero e consapevole. Ma se il consenso degli "aspiranti" genitori costituisce la condizione di legittimità del ricorso alla PMA nonché l'imprescindibile presupposto per la formazione dello *status* di figlio ai sensi dell'art. 8, allora gli eventuali "vizi" del consenso dovrebbero impedire, a rigore, l'attribuzione della genitura a norma della indicata disposizione.

Questo è appunto quel che si verifica nell'ipotesi in cui il consenso degli aspiranti genitori cada sulla tecnica della maternità surrogata. Non si può infatti sostenere che il consenso manifestato ad una pratica fecondativa vietata dalla legge possa reputarsi efficace, atteso il difetto di legittimazione ad esprimere il consenso in capo ai soggetti coinvolti nella pratica surrogatoria. E si tratterebbe nella fattispecie di un difetto di legittimazione apprezzabile sul piano sia oggettivo che soggettivo. I coniugi (o i conviventi) che in ipotesi si rivolgessero ad un centro di procreazione assistita per una pratica di maternità surrogata, infatti, esprimerebbero – proprio perché la pratica è vietata dalla legge – un consenso viziato per l'impossibilità (giuridica) dell'oggetto. A ciò si aggiunga che, data la natura necessariamente trilaterale dell'accordo di maternità surrogata e l'incidenza che l'esecuzione della procedura avrebbe sul corpo della madre uterina, il consenso dovrebbe essere espresso contestualmente anche da quest'ultima, ossia da una persona estranea alla coppia, e quindi priva di legittimazione soggettiva ai sensi dell'art. 5.

La soluzione cui si è pervenuti risulta altresì indirettamente confermata dalla scelta del legislatore di estendere volutamente la regola del consenso di cui all'art. 8 anche alla PMA eterologa, ossia ad una procedura vietata al tempo dell'emanazione della legge. La ragione per cui il legislatore del 2004 ha sentito il bisogno di confermare espressamente (con due disposizioni di dettaglio, di cui rispettivamente ai commi 1 e 2 dell'art. 9) l'applicabilità del principio di responsabilità procreativa alla eterolo-

²⁹ Così TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giur. It.*, 1957, I, 2, 217 ss. Sulla stessa scia, più di recente, F. UCCELLA, *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale*, in *Giur. It.*, 1999, 3.

³⁰ E' questa ad esempio la prospettiva da cui muove Trib. Roma, ord. 8-8-2014 pronunciata nell'ambito della triste vicenda dello scambio di embrioni verificatosi presso l'Ospedale Pertini di Roma.

³¹ Vedi al riguardo la lettura offerta da F. CAGGIA, *Fecondazione eterologa e azione di disconoscimento di paternità intentata dal marito: un'ipotesi di abuso del diritto*, in *Giur. It.*, 2000, 2, secondo cui "chi ha tenuto un comportamento tale da provocare la nascita di un figlio è poi responsabile della sua formazione come persona e come cittadino, con un sostanziale avvicinamento della disciplina della filiazione al principio espresso dall'art. 30, co. 1 Cost.". "Genitore" – secondo questa suggestiva lettura – sarebbe, conformemente alla *ratio* di tutela del nato di cui all'art. 30, co. 1 Cost., colui che ha tenuto un comportamento tale da provocare la nascita di un figlio (eventualmente avvalendosi delle tecniche di riproduzione artificiale), al quale andrebbero quindi riferiti i diritti e gli obblighi conseguenti allo *status* genitoriale.

ga è probabilmente legata alla riconosciuta consapevolezza dei limiti di operatività di una norma formulata nei termini di cui all'art. 8 ad una fattispecie procreativa vietata, rispetto alla quale il consenso della coppia non si sarebbe potuto esprimere validamente. Il silenzio serbato sulla diversa – e comparativamente più grave³² – fattispecie surrogatoria, per converso, è sintomatico della volontà legislativa di non sottrarre la maternità surrogata (analogamente ad altri divieti previsti dalla legge) al presupposto obiettivo³³ da cui l'art. 8 fa dipendere l'applicazione della speciale regola di genitura dallo stesso prevista.

I compiuti rilievi dimostrano in conclusione come in materia di maternità surrogata non possa operare il criterio di attribuzione dello *status* di figlio previsto dall'art. 8 della legge 40, data l'inefficacia – sotto il profilo oggettivo e soggettivo – del consenso manifestato dalle parti. Il conflitto tra la madre “committente” e la madre surrogata, di conseguenza, non potrà che essere risolto sulla base dei principi della filiazione naturale accolti dal codice civile³⁴ e quindi in favore della madre surrogata alla stregua dell'art. 269, co. 3 c.c., che assegna alla partoriente la qualità di madre del nuovo nato.

Ne segue che il concetto giuridico di maternità – se si eccettua beninteso il caso dell'adozione, dove peraltro a venire in rilievo non è il diritto, in quanto tale, degli adulti ad avere un figlio, bensì quello del minore ad una famiglia “sostitutiva” di quella di sangue che si sia dimostrata “incapace” di assolvere al suo compito – conserva, allo stato attuale della legislazione, un irriducibile riferimento al dato biologico, che l'ordinamento richiede tuttora che si accompagni al dato “spirituale” dell'assunzione di responsabilità nei confronti del nascituro. Così non è, invece, almeno non più necessariamente, per la linea paterna, visto che, per effetto della ritenuta ammissibilità nel nostro sistema giuridico della fecondazione artificiale eterologa in seguito al recente pronunciamento del giudice delle leggi (Corte cost. n. 162/2014), il rapporto giuridico di paternità può sussistere anche in mancanza di un legame biologico con il nato³⁵.

4. Riconoscimento, nell'ordinamento nazionale, del rapporto di filiazione del nato da procedura surrogatoria eseguita all'estero: i principi elaborati dalla Corte Edu

Le considerazioni fin qui svolte in relazione all'instaurazione del rapporto di filiazione del nato da madre surrogata si riferiscono a fattispecie surrogatorie puramente interne, ossia a procedure di *surrogacy* realizzate in Italia da soggetti residenti nel nostro Paese.

Può però accadere che, allo scopo di eludere il divieto di maternità surrogata posto dalla legge nazionale, alcune coppie decidano di recarsi all'estero, in Paesi dove tale pratica è ammessa, per ivi sottoporvisi, e quindi rientrano in Italia col bambino in tal modo generato, domandando alle autorità nazionali di trascrivere il certificato di nascita estero attestante il rapporto di parentela con la coppia

³² In tal senso orientano la rilevanza degli interessi coinvolti nella surrogazione di maternità e la previsione di una sanzione penale per la violazione del divieto a fronte della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'art. 12, co. 1 della legge 40 per la violazione del divieto di PMA eterologa (con norma da ritenersi, tra l'altro, non più in vigore a seguito della pronuncia di incostituzionalità n. 162/2014).

³³ Vale a dire l'esistenza di un consenso valido ed efficace.

³⁴ Che in quanto disciplina di carattere generale torna ad applicarsi in via residuale una volta acclarata l'impossibilità di ricorrere alla disciplina di carattere speciale contemplata dagli artt. 8 e 9 della legge 40.

³⁵ Su questi aspetti, v. più approfonditamente B. SALONE, *op. cit.*, su questa *Rivista*, n. 2/2014.

“committente” e, se del caso, di riconoscere effetti giuridici al provvedimento estero attributivo della genitura ai genitori “intenzionali”.

In casi del genere si pongono per l’operatore giuridico interno delicati problemi in relazione alla verifica della compatibilità con l’ordine pubblico delle leggi e degli atti stranieri su cui il rapporto di filiazione si fonda, dal momento che l’esito eventualmente negativo di tale scrutinio di conformità determinerebbe come risultato quello di “privare” il minore del riconoscimento giuridico, nel nostro Paese, del rapporto di filiazione con uno od entrambi i rami della coppia genitoriale³⁶. Nell’ipotesi più estrema, in cui il mancato riconoscimento dovesse riguardare il rapporto con entrambi i genitori “committenti”, il minore correrebbe il rischio di essere dichiarato in stato di abbandono e, quindi, di essere sottratto ai genitori “sociali” per essere dato in adozione ad altra coppia idonea al termine del relativo procedimento, con evidente grave *vulnus* dell’interesse del minore alla continuità affettiva e, in più, con i pericoli legati all’ “istituzionalizzazione” dello stesso per il tempo occorrente a reperire nuovi affidatari.

D’altro canto, sul piatto opposto della bilancia, non si può non considerare l’interesse dello Stato a garantire l’osservanza della legge, specialmente in una materia così delicata quale è quella dei rapporti familiari, e a prevenire forme deprecabili di “turismo procreativo” che, di fatto, vanificherebbero quelle esigenze di tutela, della madre biologica e insieme del nascituro, alle quali il divieto di maternità surrogata oggettivamente risponde.

Sulla questione specifica del riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione costituitosi all’estero in seguito all’esecuzione di pratiche surrogatorie vietate nel Paese di (comune) residenza del minore e della coppia “committente” si è pronunciata ultimamente la Corte Edu in tre importanti decisioni: precisamente nelle sentenze “gemelle” emesse sui ricorsi proposti dai coniugi francesi *Menesson e Labassee* (Corte Edu, sez. V, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, ric. n. 65192/11 e *Labassee c. Francia*, ric. n. 65941/11), alle quali si va ad aggiungere Corte Edu, sez. II, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12³⁷.

³⁶ La verifica della conformità all’ordine pubblico delle leggi, degli atti e dei provvedimenti stranieri ai fini del riconoscimento dei loro effetti nell’ordinamento nazionale è imposta all’operatore giuridico interno da precise disposizioni normative del nostro sistema di diritto internazionale privato. Più precisamente, nella materia di nostro interesse, vengono in rilievo gli artt. 16 (secondo cui “La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all’ordine pubblico”), 64 (“La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando [...] g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all’ordine pubblico”) e 65 (“Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all’esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell’ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all’ordine pubblico e siano rispettati i diritti essenziali della difesa”) della legge 31 maggio 1995, n. 218 di “*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*”. Inoltre, il regolamento sull’ordinamento dello stato civile (approvato con d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396), all’art. 18 (rubricato “*Casi di intrascrivibilità*”), precisa che “Gli atti [dello stato civile] formati all’estero non possono essere trascritti se sono contrari all’ordine pubblico”.

³⁷ Per un primo commento alla decisione vedi la nota pubblicata sul *Quotidiano Giuridico Wolters Kluwer* del 28 gennaio 2015, a cura della Redazione, dal titolo *Maternità surrogata: Italia condannata per aver allontanato neonato privo di legami biologici con i genitori*. La sentenza è inoltre consultabile in lingua italiana sul sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it) nella sezione dedicata alle Sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Un esame succinto delle indicate pronunce si rende necessario in considerazione degli effetti che le sentenze della Corte Edu esplicano nell'ordinamento giuridico interno (tanto più che l'ultima pronuncia in materia del giudice europeo riguarda proprio il nostro Paese), specificamente sotto il profilo dell'obbligo, gravante sul giudice comune, di interpretare gli istituti e le norme giuridiche interne in conformità con le previsioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti CEDU)³⁸.

I principi elaborati dalla Corte Edu, di conseguenza, contribuiscono ad orientare l'interprete nella comprensione e conseguente applicazione degli istituti giuridici di diritto interno e ad essi, quindi, bisognerà fare riferimento ai fini della determinazione delle modalità ed, eventualmente, dei limiti di operatività della nozione (interna) di ordine pubblico rispetto ai provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti di famiglia, anche nella specifica ipotesi della surrogazione di maternità. Pare dunque opportuno in questa sede procedere ad una sintetica ricognizione della giurisprudenza europea in tema di *surrogacy*.

Con le sentenze *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, la Corte Edu ha invero riconosciuto la violazione dell'art. 8 CEDU (che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare) in caso di rifiuto da parte delle autorità nazionali di riconoscere valore legale alla relazione tra un padre e i suoi figli biologici nati all'estero facendo ricorso alla surrogazione di maternità.

Nella specie i ricorrenti, due coppie coniugate di nazionalità francese, non potendo la moglie portare avanti una gravidanza, decidono di ricorrere negli Stati Uniti (rispettivamente in California e nel Minnesota) a una tecnica di PMA – fecondazione eterologa e utero in affitto – che non può essere praticata in Francia. In particolare, la tecnica seguita dai coniugi francesi prevede la formazione di un embrione in vitro con metà del patrimonio genetico del marito e l'altra metà proveniente da una donna ovo-donatrice e con successivo impianto dell'embrione così generato nell'utero di una terza donna che porta a termine la gravidanza (si tratta, in altri termini, di una surrogazione eterologa per sola gestazione). Secondo quanto previsto dalla legge di quegli Stati, dopo la nascita del bambino, le autorità americane adottano un provvedimento nel quale viene attribuito ai ricorrenti (ossia ai genitori "committenti") lo *status* di padre e di madre del nato. Le autorità francesi, però, sospettando che la nascita sia avvenuta facendo ricorso a surrogazione di maternità, rifiutano di trascrivere gli atti di nascita formati all'estero nel registro dello stato civile francese, perché in contrasto con l'ordine pubbli-

³⁸ Al riguardo occorre ricordare che la Corte costituzionale, fin dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, con indirizzo ribadito costantemente anche in seguito (vedi in particolare Corte cost. n. 311 e 317 del 2009), ha affermato che le disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte Edu, concorrono, quali norme interposte, ad integrare il parametro di costituzionalità costituito dall'art. 117 Cost. Ne deriva che il giudice nazionale, laddove ravvisi un contrasto (insanabile in via interpretativa) tra la norma CEDU integrante il parametro di costituzionalità nell'interpretazione offerta dal giudice europeo dei diritti umani e una disposizione di diritto interno, non possa procedere alla disapplicazione della norma interna ritenuta incompatibile (come invece potrebbe fare ove il divisato contrasto si profilasse rispetto ad una norma dell'Unione europea dotata del carattere dell'immediata applicabilità), ma ha l'obbligo di sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 117 Cost. (che espressamente subordina l'esercizio della potestà legislativa al rispetto, fra gli altri, degli "obblighi internazionali"), evocando la norma CEDU quale fonte interposta di diritto internazionale pattizio. Prima di porre la questione di legittimità costituzionale, il giudice a quo dovrà, comunque, verificare la possibilità di interpretare la normativa interna in modo conforme al disposto convenzionale, dovendosi limitare il ricorso al giudice delle leggi ai soli casi in cui il prospettato contrasto non sia risolvibile in via ermeneutica.

co. La Corte di Cassazione francese, investita della questione, conferma il rifiuto di trascrizione opposto dalle autorità francesi, sottolineando come la trascrizione degli atti di nascita nella fattispecie equivarrebbe a riconoscere effetti giuridici a un contratto di maternità surrogata (ossia ad un contratto nullo secondo il diritto francese perché contrario all'ordine pubblico).

La Corte Edu, all'unanimità, ha riconosciuto che vi è stata violazione dell'art. 8 CEDU (che garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare) in relazione al diritto dei minori alla loro vita privata, mentre ha escluso che possa esservi stata violazione della medesima disposizione in relazione al diritto al rispetto della vita familiare dei ricorrenti. Infatti, quanto alla posizione dei genitori "sociali", nell'escludere la violazione dell'art. 8, la Corte rileva che il mancato riconoscimento del rapporto di parentela da parte delle autorità francesi non ha impedito ai ricorrenti di trasferirsi in Francia dopo la nascita dei bambini e lì vivere insieme a loro in condizioni paragonabili, in linea di massima, a quelle nelle quali vivono le altre famiglie, senza pericolo, per i bambini, di essere separati dai loro genitori in ragione della loro posizione giuridica in Francia: non ha impedito, cioè, ai ricorrenti, di godere del loro diritto al rispetto della vita familiare.

Invece, la Corte ha ritenuto che vi sia stata violazione del diritto dei bambini al rispetto della loro vita privata, che implica la possibilità da parte di ciascuno di definire i contenuti essenziali della loro identità, compresi i rapporti di parentela. Inoltre, si pone un problema di compatibilità di questa situazione con il supremo interesse dei minori, il cui rispetto deve guidare tutte le decisioni che li riguardano. Queste considerazioni, secondo la Corte, assumono rilevanza ancora maggiore quando uno dei genitori che è ricorso alla surrogazione di maternità è, come nella specie, anche il padre biologico dei minori. Tenuto conto che la parentela biologica è una componente importante dell'identità di ciascun individuo, non si può certo affermare che corrisponda al supremo interesse del minore privarlo del riconoscimento giuridico del rapporto di parentela quando tale rapporto corrisponde alla realtà biologica e quando il minore e il genitore richiedono il riconoscimento di tale rapporto.

Attraverso il riferimento alla realtà del legame biologico con il padre "sociale", la Corte ha inteso probabilmente circoscrivere la portata dei principi affermati nelle due pronunce ad una ipotesi particolare³⁹, il che concorre a spiegare l'unanimità dei consensi ottenuti dalla soluzione così prospettata in seno al Collegio (unanimità che non si riscontra invece nella successiva pronuncia relativa al caso dei coniugi italiani, di cui si dirà a breve). Non è da trascurare il fatto che le medesime pronunce ammettano, *expressis verbis*, che sul tema della maternità surrogata bisogna riconoscere un ampio mar-

³⁹ Ricorda in proposito 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*, pubblicato il 15 luglio 2014 sulla Rivista on line *Articolo29* (www.articolo29.it), che il Consiglio di Stato francese in uno studio sul tema risalente al 2009 aveva rilevato che "il riconoscimento di effetti a un contratto che comunque resterebbe vietato dall'ordinamento francese, in virtù dei principi fondamentali su cui si basa, introdurrebbe un forte elemento di incoerenza. Alla luce di tali considerazioni il Consiglio di Stato concludeva pertanto che la soluzione migliore per tutelare il minore e, soprattutto, evitare incoerenze nell'ordinamento interno poteva essere individuata nel permettere la trascrizione del solo legame con il padre biologico. Questa conclusione non va trascurata perché sembra riecheggiare nelle motivazioni della Corte europea dei diritti umani. I giudici europei, investiti del caso, hanno voluto forse appositamente ridimensionare con questo argomento la portata della pronuncia. Probabilmente, occorre evitare un pericoloso precedente con cui confrontarsi nei casi in cui la violazione dell'art. 8 Cedu venga lamentata in altre condizioni, come ad esempio da una famiglia nella quale il minore, nato in seguito a surrogazione, sia figlio di coppie non sposate o dello stesso sesso".

gine di apprezzamento agli Stati membri, perché è un tema che suscita delicati interrogativi di ordine etico e sul quale manca un *consensus* normativo tra gli Stati europei⁴⁰ e riconoscano il superamento di detto margine solo con riferimento al rifiuto delle autorità francesi di riconoscere giuridicamente il rapporto di parentela con il padre biologico, mentre analogo rilievo non viene effettuato con riferimento alla posizione della madre “committente”, rispetto alla quale non sussisteva nella fattispecie alcun legame genetico o biologico. In buona sostanza, come è stato rilevato dalla nostra Corte di Cassazione con riferimento alle ricordate pronunce del giudice europeo, sembra che “in dette sentenze la Corte ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento discrezionale ai singoli Stati sul tema della maternità surrogata, in considerazione dei delicati interrogativi di ordine etico posti da tale pratica, disciplinata in maniera diversa nell’ambito dei paesi membri del Consiglio d’Europa, e ha ravvisato il superamento di detto margine nel difetto di riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il nato e il padre committente allorché quest’ultimo sia anche padre biologico (difetto di riconoscimento che, rileva la Corte, viola il diritto al rispetto della vita privata del figlio, ai sensi dell’art. 8 della Convenzione, comprendente il diritto all’identità personale sotto il profilo del legame di filiazione)”⁴¹.

Il caso da cui trae origine la sentenza del 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*⁴² con la quale la Corte Edu ha condannato il nostro Paese per violazione dell’art. 8 CEDU, invece, è sensibilmente diverso. Qui una coppia di coniugi italiani, che avevano avuto un bambino in Russia mediante gestazione surrogata, si vedeva sottrarre dalle autorità il minore, dato in adozione a terzi, dopo che il Tribunale per i minorenni di Campobasso ebbe ad accertare la mancanza di legame biologico del bambino con ambedue i coniugi, decretandone lo stato di abbandono.

La fattispecie con cui la Corte Edu si trova a misurarsi questa volta è quella di una surrogazione di maternità eterologa “totale” e a pagamento⁴³, nella quale non vi è legame genetico del bambino né con i membri della coppia “committente” né con la madre surrogata, rimanendo peraltro sconosciuta l’identità dei donatori dei gameti. La surrogazione sembrerebbe inoltre essere avvenuta in violazione della stessa legge russa sulla maternità surrogata, dato che questa presuppone un legame biologico tra il bambino e almeno uno dei potenziali genitori (legame nella specie mancante)⁴⁴. A differenza della fattispecie scrutinata con le pronunce *Menesson* e *Labassee*, in questo caso abbiamo a che fare, pertanto, con una procedura surrogatoria “doppiamente” illegale, ossia tanto rispetto all’ordinamento dello Stato in cui è stata eseguita quanto rispetto all’ordinamento nazionale dei coniugi.

⁴⁰ Conclusione a cui la Corte Edu perviene dopo aver analizzato la legislazione dei 35 Stati membri (cfr. in particolare *Menesson c. Francia*, §§ 40 ss., e *Labassee c. Francia*, §§ 31 ss.).

⁴¹ Così, Cass. civ., sez. I, sent. 11 novembre 2014, n. 24001 con nota di B. SALONE, *Contrarietà all’ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in *Dir. civ. cont.*, I, III, ottobre/dicembre 2014.

⁴² La pronuncia in questione, a differenza delle precedenti due contro la Francia, però, non è ancora definitiva, dal momento che il nostro Paese ha chiesto e ottenuto, ai sensi dell’art. 43 CEDU, che il caso fosse rinviato dinanzi alla Grande Camera, la quale deve ancora pronunciarsi sulla controversia.

⁴³ I coniugi avevano pagato per la pratica la consistente somma di 49.000 euro in Russia (cfr. § 22 della sentenza).

⁴⁴ Cfr. § 34 della sentenza.

Nonostante ciò, la Corte ha ritenuto violato nella fattispecie l'art. 8 CEDU con riferimento sia al diritto al rispetto della vita familiare sia al diritto del bambino al rispetto della vita privata, dal momento che quest'ultimo, per ragioni legate al disbrigo delle pratiche legali di adozione, non ha avuto una sua precisa identità giuridica per più di due anni. La sentenza si concentra, però, soprattutto, sull'analisi del primo profilo, quello inerente al (mancato) rispetto della vita familiare della coppia con gli innegabili correlati riflessi circa la correttezza della valutazione del *best interest of the child* compiuta dalla decisione, assunta dall'autorità giurisdizionale italiana, di sottrarre il bambino ai ricorrenti per darlo in adozione a terzi.

In particolare, la Corte Edu, dopo aver ricordato che per giurisprudenza consolidata il concetto di "vita familiare" ai sensi dell'art. 8 CEDU comprende anche i legami familiari *de facto*, a prescindere dall'esistenza di rapporti di consanguineità o da qualsivoglia formalizzazione giuridica del legame affettivo, osserva come la divisione di una "famiglia" costituisce una ingerenza molto grave, giustificabile nell'interesse del minore solo in casi di eccezionale gravità (si pensi a violenze o ad abusi in danno dei bambini), dovendo altrimenti prevalere l'interesse del minore alla continuità affettiva⁴⁵. Al riguardo i giudici europei rilevano come, nonostante il breve periodo che il bambino ha trascorso presso i ricorrenti (appena sei mesi in Italia più qualche settimana in Russia), può ritenersi già sussistente una consolidata vita familiare "de facto" ricadente nell'ambito di tutela dell'art. 8 CEDU⁴⁶.

La Corte osserva ancora che la decisione di togliere il minore alla cura dei ricorrenti è stata presa dalle autorità nazionali allo scopo di porre fine a una situazione di illegalità, ma precisa che "il riferimento all'ordine pubblico non può tuttavia essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo"⁴⁷, sicché una decisione così drastica delle autorità nazionali non è tale da realizzare un equo temperamento tra l'interesse pubblico e gli interessi privati concorrenti (in special modo quello del minore, che deve essere considerato preminente).

Secondo la Corte, quindi, "le autorità italiane non hanno mantenuto il giusto equilibrio che deve sussistere tra gli interessi in gioco" (§ 86 della sentenza); da qui la violazione dell'art. 8 CEDU per il mancato rispetto della vita familiare dei ricorrenti, non sussistendo, a parere dei giudici europei, le condizioni per l'allontanamento del minore dalla sua famiglia e per la presa in carico da parte dei servizi sociali. La constatata violazione del disposto convenzionale non comporta, tuttavia, l'obbligo per lo Stato italiano di "riconsegna" del minore ai ricorrenti, dal momento che – precisano i giudici – il bambino ha sviluppato solidi legami affettivi con la nuova famiglia cui è stato affidato fin dal 2013.

Sono questi, dunque, i principi affermati dalla Corte di Strasburgo con i quali l'operatore giuridico interno deve confrontarsi specialmente nel momento in cui è chiamato a verificare la compatibilità con

⁴⁵ Si legge al riguardo in sentenza: "è evidente che rientra nell'interesse del minore che i legami tra lo stesso e la sua famiglia siano mantenuti, salvo nei casi in cui quest'ultima si sia manifestata particolarmente indegna: rompere tale legame significa tagliare al figlio le sue radici. Ne risulta che l'interesse del minore impone che solo circostanze eccezionali possano portare a una rottura del legame familiare" (§ 79).

⁴⁶ Il Tribunale per i minorenni, al contrario, aveva ritenuto che il breve lasso di tempo trascorso avrebbe consentito al neonato di inserirsi agevolmente e senza traumi all'interno di una nuova famiglia adottiva, rimanendo in tal modo impregiudicato il suo *best interest*.

⁴⁷ Cfr. sentenza (§ 80).

l'ordine pubblico del rapporto di filiazione costituitosi all'estero tra i membri della coppia committente e il nato da madre surrogata, anche se si tratta di principi ancora in evoluzione e in via di assestamento, destinati ad essere approfonditi e completati dalla successiva giurisprudenza europea in relazione a fattispecie di surrogazione di maternità non ancora scrutinate.

5. L'ordine pubblico internazionale e il superiore interesse del minore. Alcune considerazioni sulla teoria dell'ordine pubblico attenuato e in concreto

Si è visto sopra come il riconoscimento giuridico della relazione parentale instauratasi col nato da madre surrogata all'estero incontrerebbe nel nostro ordinamento il limite dell'ordine pubblico, affermato in via generale dall'art. 16 della l. n. 218/1995 ed esplicitato, in particolare per la materia dei rapporti di famiglia, dall'art. 65 della medesima legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

Costituisce, d'altro canto, acquisizione alquanto pacifica in giurisprudenza quella secondo cui il concetto di ordine pubblico a fini internazionalprivatistici non si identifica con quello di ordine pubblico interno (ossia con il complesso delle norme imperative di diritto interno⁴⁸), bensì con quello di ordine pubblico internazionale, da intendersi come il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo⁴⁹. A questo proposito, la Suprema Corte ha precisato che l'ordine pubblico internazionale è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri a protezione della sua coerenza interna, non potendo quindi ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, in quanto comprende "anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili"⁵⁰.

In dottrina è stato posto in evidenza come, tutte le volte in cui si tratti di decidere se dare ingresso nel nostro ordinamento a provvedimenti stranieri riguardanti i minori, il superiore interesse dello stesso dovrebbe costituire il principale parametro nell'applicazione del limite dell'ordine pubblico, potendo anche costituire un "controlimite", in particolare in funzione del riconoscimento di effetti di rapporti validamente sorti all'estero⁵¹. Emblematica, in questo senso, proprio con riferimento ad una

⁴⁸ A questo riguardo Cass., sez. I, 4/05/2007, n. 10215 rileva: "Detto ordine pubblico non si identifica con quello interno, perché altrimenti le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra sistemi giuridici e rendendo inutili le regole di diritto internazionale privato".

⁴⁹ In questi termini cfr., *ex multis*, Cass., sez. I, 23/02/2006, n. 4040 e Cass., sez. III, 22/08/2013, n. 19405.

⁵⁰ Così Cass., sez. I, 11/11/2014, n. 24001, in cui la Suprema Corte affronta per la prima volta ed *ex professo* il tema della contrarietà della maternità surrogata all'ordine pubblico.

⁵¹ Cfr. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Dig. Disc. Pubbl.* - Aggiornamento, Torino, 2005, 336 ss. Sulla stessa lunghezza d'onda parla di "principio di ordine pubblico attenuato" G. PALMERI, *Il Tribunal Supremo a proposito di status familiari e maternità di sostituzione* (pubblicato il 10 maggio 2014 sulla Rivista on line [Articolo29, www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)). Secondo l'Autrice il principio dell'ordine pubblico attenuato "consente di mantenere fermo il rifiuto rispetto ad atti o pratiche ritenute contrari all'impianto dell'ordinamento interno, salvandone, però, sotto alcuni profili gli effetti conseguenti, in funzione della reale protezione dei soggetti coinvolti e segnatamente di coloro che scontano una posizione di maggiore fragilità. Così è accaduto con riguardo alla poligamia e alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo".

fattispecie di *surrogacy* eseguita all'estero (benché anteriormente all'entrata in vigore della legge 40), una pronuncia della Corte d'Appello di Bari⁵² avente ad oggetto il riconoscimento di due *parental orders* inglesi che attribuivano lo *status* di madre alla moglie del padre (biologico) relativamente a due figli avuti ricorrendo alla tecnica della maternità surrogata in Inghilterra, paese di origine del marito. La Corte d'Appello, nel valutare gli effetti dei provvedimenti giurisdizionali inglesi ai fini del loro riconoscimento in Italia, ha affermato che deve darsi prioritario riguardo al superiore interesse dei minori, "costituendo anch'esso parametro di valutazione della contrarietà o meno all'ordine pubblico internazionale"⁵³.

I sostenitori della teoria dell'ordine pubblico attenuato insistono, poi, sulla necessità che il superiore interesse del minore sia valutato dal giudice non in via puramente astratta, ma con riferimento alla peculiarità del caso concreto, così da privilegiare la soluzione che nei fatti assicuri la continuità affettiva del minore con i suoi attuali genitori "sociali"⁵⁴.

In realtà, pare a chi scrive che la teoria dell'ordine pubblico attenuato e in concreto, nella misura in cui pretende di estremizzare l'interesse del minore al punto da elevarlo a valore esclusivo di riferimento nella valutazione della conformità con l'ordine pubblico dei provvedimenti stranieri attributivi della genitura in capo al genitore "sociale", non possa essere condivisa. Infatti, 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 contemperamento di beni e valori giuridici concorrenti e, talora, contrapposti.

⁵² [App. Bari 13 febbraio 2009](#), in *Fam. dir.*, 2010, 251, con nota di M. C. DE TOMMASI, *Riconoscibilità dei c.d. "Parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*.

⁵³ Il principio del superiore interesse del minore, infatti, rientra sicuramente nel novero dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, trovando conferma nella nostra Costituzione (in particolare, nel principio di protezione dell'infanzia sancito dall'art. 31, comma 2 della nostra Carta fondamentale) e in numerose dichiarazioni e convenzioni internazionali, alle quali ha aderito il nostro Paese, così concorrendo ad integrare la nozione di ordine pubblico internazionale. In particolare, il giudice barese richiama la Convenzione sui diritti dell'infanzia, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 20 novembre 1989 (ratificata e resa esecutiva in Italia con la L. 27/05/1991, n. 176), la quale dichiara, all'art. 3, che "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza 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". In ambito comunitario verrebbe altresì in considerazione l'art. 23 del Reg. CE n. 2201/2003, il quale prevede che "Le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute [...] a) se, tenuto conto del superiore interesse del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto".

⁵⁴ Così G. PALMERI, *op. ult. cit.*, secondo cui "In presenza di fattispecie in cui l'esercizio di tali diritti e libertà [ossia dei diritti procreativi degli adulti, *n. d. A.*] si riflette nella sfera giuridica di un soggetto terzo, qual è il minore, il bilanciamento deve avvenire tenendo conto dei reali interessi in gioco al fine di giungere ad una soluzione che rifletta nel modo più compiuto l'insieme dei valori e dei principi considerati fondanti per la convivenza civile; il bilanciamento deve avvenire prendendo in considerazione i valori essenziali, tra i quali innanzitutto la dignità [della gestante come del bambino], non in via astratta ma contestualizzandoli nelle relazioni in cui questi valori emergono e richiedono riconoscimento e tutela", non potendo prevalere "una valutazione meramente astratta, del tutto scollata dalla peculiarità del caso concreto, a discapito della continuità affettiva dei bambini nati dalla gestazione di sostituzione con i genitori sociali".

L'ordine pubblico internazionale, in altri termini, è nozione "sintetica" e "pluralistica" (in quanto comprende al suo interno una molteplicità di valori e principi, talora in concorrenza tra loro) che mal si presta ad interpretazioni "monistiche" come quella che vorrebbe esaurirla nell'ambito di un unico principio o valore, quale può essere, appunto, quello del superiore interesse del minore o della protezione dell'infanzia. Ed invece occorre rilevare come nell'ambito della surrogazione di maternità vengano in rilievo molteplici valori e beni giuridici (la dignità e l'integrità fisica e psichica della donna gestante, la non commerciabilità della gestazione, la dignità del minore che non permette di identificarlo con l'oggetto di un contratto) in relazione ai quali si pone l'esigenza di comparare l'interesse del minore, probabilmente da intendere in senso più lato rispetto a quanto fanno normalmente i sostenitori della teoria che non ci si sente di condividere appieno, i quali tendono a considerarlo unicamente dal punto di vista della continuità affettiva con i genitori sociali, omettendo di considerare altri punti di vista, ugualmente importanti, come quello inerente al legame simbiotico che inevitabilmente si instaura tra il bambino e la donna che lo porta in grembo per nove mesi e che la pratica della surrogazione di maternità più o meno irreparabilmente pregiudica, per non parlare poi dei profili – anch'essi da non sottovalutare in riferimento al *best interest of the child* – di valutazione della competenza genitoriale dei membri della coppia committente, i quali, avendone i mezzi, potrebbero ricorrere all'estero alla surrogazione di maternità proprio al fine di aggirare i limiti e i controlli imposti dalla normativa nazionale in tema di adozione⁵⁵.

D'altronde, anche l'idea per la quale l'interesse del minore deve essere sempre accertato in concreto ai fini del giudizio di conformità con l'ordine pubblico va rivisitata in senso critico se, per tale via, si pretende di attribuire al giudice il potere di disapplicare (o anche solo di ignorare), in relazione ai singoli casi, norme e istituti di diritto positivo dettati dal legislatore proprio in vista della protezione dell'infanzia. Una visione tanto "individualizzante" dell'ordine pubblico, che concentri l'attenzione esclusivamente sull'interesse di "quel" singolo minore di cui la decisione giudiziaria si occupa senza aver riguardo a quelle esigenze di carattere generale che il "filtro" dell'ordine pubblico intende comunque salvaguardare, non solo si porrebbe in tensione dialettica rispetto al principio costituzionale di soggezione del giudice alla legge⁵⁶ per gli esiti potenzialmente "disapplicativi" della normativa interna (e per di più di principi e istituti fondamentali del nostro diritto di famiglia) che questo approccio inevitabilmente determina, ma incoraggerebbe altresì il fenomeno del "turismo procreativo", minando l'effettività di quegli istituti o di quelle norme che, come l'adozione o il divieto di maternità surrogata, intendono garantire nel modo più congruo nonché prevenire situazioni di pregiudizio per i minori, con conseguente abbassamento delle garanzie di questi ultimi in una prospettiva generale.

6. Contrarietà all'ordine pubblico della maternità di sostituzione: problemi relativi allo status filiationis del nato a seguito di procedura surrogatoria realizzata all'estero

Il tema della compatibilità della surrogazione di maternità rispetto ai principi di ordine pubblico dell'ordinamento italiano dopo l'entrata in vigore della legge 40, come si ricordava, viene affrontato

⁵⁵ È questo ad esempio quanto accaduto nel caso giudiziario deciso da Cass. civ., sez. I, sent. 11 novembre 2014, n. 24001, più sopra riferito e sul quale si ritornerà nel prossimo paragrafo.

⁵⁶ Per l'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana, infatti, "I giudici sono soggetti soltanto alla legge".

dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 24001/2014. La prospettiva seguita dalla Suprema Corte nel valutare la conformità del rapporto di filiazione costituitosi all'estero coi genitori committenti è, come si è visto, quella di una indagine "in astratto" del superiore interesse del minore, distante dall'approccio "fattualistico" e "concreto" seguito dalla Corte d'Appello di Bari nel precedente del 2009 e sostenuto, anche se con argomenti non del tutto condivisibili, da una parte della dottrina.

Il caso sotteso alla pronuncia in esame si inserisce nell'ambito della più generale problematica del cosiddetto "turismo procreativo". Nella fattispecie, una coppia di coniugi italiani si era recata in Ucraina per ivi accedere alla surrogazione di maternità mediante fecondazione assistita eterologa. Nella specie, si era trattato di una surrogazione "totale" di maternità, nel senso che i gameti da cui era derivato l'embrione poi impiantato nell'utero della madre surrogata appartenevano a terze persone, diverse tanto dai membri della coppia committente quanto dalla madre uterina o portante. E ciò in violazione della stessa legge ucraina, la quale consente la surrogazione "eterologa" di maternità a condizione che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente. I coniugi, così facendo, eludevano non solo la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita (che vieta il ricorso alla surrogazione di maternità in tutte le sue forme), ma anche la disciplina nazionale sull'adozione internazionale, giacché è risultato che i coniugi in questione avevano superato già da tempo l'età in cui è consentita l'adozione di un neonato e, in passato, per ben tre volte, erano state respinte le loro domande di adozione "per grosse difficoltà nell'elaborazione di una sana genitorialità adottiva". In considerazione della mancanza di qualsiasi legame biologico con il minore (sia da parte di padre che da parte di madre) e del tentativo di elusione della legge italiana, il Tribunale per i minorenni di Brescia, dopo aver sospeso i coniugi dall'esercizio della potestà genitoriale, dichiarava lo stato di adottabilità del minore con collocamento del medesimo presso altra coppia tra quelle in lista per l'adozione nazionale. Dopo la conferma della decisione in appello i coniugi proponevano ricorso per cassazione, ma la Suprema Corte respingeva il ricorso, confermando la decisione dei giudici di merito di sottrarre il minore alle cure dei genitori "sociali" per avviarlo all'adozione.

Nel motivare la propria decisione, la Cassazione, dopo aver precisato il significato della nozione di ordine pubblico ai fini del riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di rapporti di famiglia, esamina con accuratezza le ragioni della contrarietà dell'istituto della maternità surrogata con i principi fondamentali del nostro sistema giuridico, mettendo in evidenza come, nel nostro ordinamento, madre è colei che ha condotto la gravidanza e poi partorito secondo il chiaro disposto dell'art. 269, comma 3 c.c. e che il divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12 della legge 40 tende a rafforzare questo principio, da ritenersi di ordine pubblico in quanto in primo luogo il divieto di *surrogacy* è assistito dalla previsione di una sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali, e poi perché "Vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole 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". Inoltre, secondo il giudice della nomofilachia, un problema di compatibilità del divieto di maternità surrogata col principio del superiore interesse del minore sancito dall'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia neppure si pone, poiché "Il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che

tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando, come detto, all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo della parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto".

La Suprema Corte mette così in risalto il carattere "sintetico" e "pluralistico" della nozione di ordine pubblico, tale da non esaurirsi nella pura e semplice esigenza di tutela del minore isolata dal complesso degli altri valori e interessi di pari rango che vengono in considerazione nella fattispecie esaminata e con i quali si rende necessario un equo temperamento, ed inoltre prospetta l'insostenibilità sul piano teorico di soluzioni ermeneutiche che in nome dell'interesse "in concreto" del minore (ossia, dell'interesse particolare alla continuità affettiva del singolo minore della cui decisione si tratta) finiscono con l'attribuire al giudice il potere di "disapplicare" in relazione a singoli casi norme e istituti che il legislatore, nell'esercizio non arbitrario della sua discrezionalità, ha introdotto in via generale proprio a tutela della prole.

Nonostante la correttezza delle considerazioni circa la contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e circa l'impossibilità di dare ingresso nel nostro ordinamento al rapporto di filiazione con la madre "committente" priva di qualsivoglia legame biologico con il nato, la soluzione cui perviene la Corte di Cassazione nel ritenere il minore in stato di abbandono, e quindi adottabile, lascia perplessi per due ordini di ragioni.

In primo luogo, tale soluzione appare non in sintonia con i principi enunciati in materia dalla Corte Edu. Se, da un lato, stante la mancanza di un legame biologico, nel caso di specie, tra il bambino ed ambedue i genitori "sociali", non poteva dirsi leso il diritto del minore al rispetto della propria vita privata (comprendente il diritto all'identità personale sotto il profilo del legame di filiazione alla luce di quanto statuito dal giudice europeo dei diritti umani con le sentenze *Menesson e Labassee c. Francia*), dall'altro lato non si può non considerare che, in una ipotesi come quella decisa dalla Suprema Corte, un profilo di possibile violazione dell'art. 8 CEDU si poneva con riferimento non tanto al diritto all'identità personale del minore quanto piuttosto rispetto al diritto dei genitori "sociali" al rispetto della loro vita familiare, diritto che è stato sicuramente vulnerato da una interpretazione del diritto interno che conduce alla conseguenza pratica di privare i medesimi della prole generata attraverso procedura surrogatoria all'estero⁵⁷. Conclusione, quest'ultima, confermata dalla successiva pronuncia *Paradiso e Campanelli c. Italia*, che rileva una violazione dell'art. 8 CEDU in un caso di surrogazione "totale" di maternità realizzata all'estero del tutto analogo a quello deciso dalla Suprema Corte con la sentenza n. 24001/14.

⁵⁷ Infatti, occorre ricordare che la Corte EDU, nelle citate pronunce *Menesson e Labassee c. Francia*, ha escluso il superamento, da parte dello Stato francese, del margine di apprezzamento consentito dall'art. 8 CEDU in riferimento al rispetto della vita familiare dei genitori "sociali", in dipendenza del fatto che il mancato riconoscimento del rapporto di parentela da parte delle autorità francesi non aveva impedito, di fatto, ai ricorrenti di trasferirsi in Francia poco dopo la nascita dei bambini e lì vivere assieme a loro in condizioni paragonabili, in linea di massima, a quelle che vivono le altre famiglie, senza pericolo per i bambini di essere separati dai loro genitori in ragione della loro posizione giuridica in Francia. Nel caso dei coniugi italiani, invece, si è addivenuti proprio alla separazione dei bambini (di cui il Tribunale per i minorenni dichiarava lo stato di adottabilità) dai loro "genitori" di sempre con conseguente interruzione di ogni relazione affettiva tra questi ultimi e il minore.

In secondo luogo, manca nella pronuncia della Cassazione qualsivoglia approfondimento della questione inerente alla riconoscibilità del rapporto di filiazione dal lato paterno. Infatti, la ritenuta contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata, se da un parte impedisce di dare ingresso nel nostro Paese al legame di filiazione instauratosi all'estero con la madre committente, dall'altra – come esattamente colto da una parte della giurisprudenza di merito⁵⁸ – non comporta di per sé anche il mancato riconoscimento della relazione filiale con il padre “sociale”. A tal proposito bisogna osservare che, mentre con riferimento alla maternità non si può prescindere dal legame di tipo naturale tra madre e figlio dato dalla gestazione (a ciò ostando il principio di tutela della maternità sancito dall'art. 31, comma 2 Cost.⁵⁹), il concetto di paternità, come abbiamo visto, nel nostro ordinamento può sussistere anche in mancanza di un legame biologico con il nato, specialmente dopo che è venuto meno nel nostro sistema giuridico il divieto di fecondazione eterologa.

Ne segue che il riconoscimento del rapporto di filiazione con il padre sociale nell'ambito di una surrogazione “eterologa” di maternità realizzata all'estero, sia essa totale o parziale, non è tale da pregiudicare la coerenza interna dell'ordinamento (come lo sarebbe invece il riconoscimento di una maternità, genetica o puramente intenzionale, sganciata da ogni legame biologico con il nato), ma al contrario si armonizza con il principio della responsabilità procreativa, che nell'ambito della PMA (anche eterologa) determina un'assunzione volontaria di paternità per effetto del consenso ritualmente espresso a tali tecniche⁶⁰.

In conclusione, va detto che il limite dell'ordine pubblico, che pure impedisce di dare ingresso nel nostro ordinamento al rapporto di filiazione con la madre committente in caso di surrogazione di maternità realizzata al di fuori del territorio nazionale, non impedisce invece il riconoscimento del rap-

⁵⁸ Cfr. Trib. Napoli, decr. 1 luglio 2011, annotata su *Il Corriere del merito*, n. 1/2012 e Trib. Forlì, 25 ottobre 2011, riportata in *Dir. fam.* 2013, 2, 532.

⁵⁹ Secondo Trib. Forlì precitato, “corrisponde a un principio di diritto naturale insito anche nel nostro ordinamento e rientrante nell'ambito dell'art. 31, 2° c., Cost., oltre che alla realtà del processo naturale di procreazione, il fatto che la madre debba essere individuata nella donna che ha permesso, tramite la gestazione, che l'iniziale fecondazione progredisce fino al punto di consentire la nascita di un essere umano. Per contro non pare si possa parlare di maternità nel caso in cui non esista un legame naturale di gestazione fra madre e figlio, in virtù del mero iniziale atto di fecondazione, che costituisce atto necessario ma non sufficiente a donare la vita, o, tanto meno, del mero desiderio di una donna di fungere da madre a un bambino generato con il seme del proprio compagno”.

⁶⁰ Al riguardo Trib. Napoli, decr. 1/07/2011, rileva come il principio di responsabilità nella procreazione di cui all'art. 30, comma 1 Cost., il quale costituisce il principio guida in materia di rapporto di filiazione, “si attegga in maniera differente nella procreazione naturale rispetto a quella medicalmente assistita. Nella prima, infatti, la paternità è attribuita sulla base del mero dato biologico senza dare peso alla componente volitiva che accompagna l'atto sessuale, nella seconda il consenso ritualmente espresso al ricorso a tali tecniche determina un'assunzione volontaria di paternità”. Da qui l'ordine, rivolto all'Ufficiale di stato civile, di trascrivere i certificati di nascita statunitensi attestanti il rapporto di parentela con il ricorrente, padre “sociale” dei minori nati con ricorso a surrogazione eterologa di maternità negli Stati Uniti (Colorado). Alla stessa conclusione, con argomenti ampiamente sovrapponibili, perviene il Trib. di Forlì, il quale con la pronuncia del 25 ottobre 2011 sopra citata, se da un lato rifiuta la trascrizione del certificato di nascita straniero (per contrarietà all'ordine pubblico) nella parte in cui riconosce la donna committente (ma priva di ogni legame genetico o biologico con la prole) quale madre dei nati da surrogazione eterologa parziale all'estero (nella specie due gemelli generati a Mumbai dal seme del marito della donna e ovociti di donatrice ignota con gestazione ad opera di una terza donna), dall'altro ordina all'Ufficiale di stato civile di trascrivere il predetto certificato nella parte in cui riconosce il rapporto di filiazione con il marito, padre biologico dei minori.

porto di filiazione instauratosi all'estero con il padre committente, sia egli o meno genitore biologico del nato.

Una volta riconosciuto il rapporto di filiazione dal lato paterno, sarà poi possibile anche un "recupero" del rapporto di filiazione con la donna committente in virtù dell'art. 44, comma 1, lett. b) della l. 184/1983, allorché la donna, unita da vincolo di coniugio con il padre legale del bambino, chieda di adottare il figlio del coniuge, oppure in virtù dell'art. 44, comma 1, lett. a) allorché, rimasto il minore orfano di padre, la madre "sociale" faccia valere il "preesistente rapporto stabile e duraturo" instaurato (di diritto nell'ordinamento straniero, ma solo di fatto nell'ordinamento italiano) con il primo al fine di ottenerne l'adozione. In ogni caso, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte di Cassazione, è da escludere, in quanto contrario ai principi fondamentali del nostro sistema giuridico (soprattutto il principio del *best interest of the child* e poi il principio di responsabilità nella procreazione) e alla giurisprudenza della Corte Edu, che il mancato riconoscimento giuridico degli effetti di una maternità surrogata eseguita in Stato estero, possa condurre di per sé solo e in via automatica alla dichiarazione dello stato di adottabilità del minore con conseguente allontanamento dello stesso dalla famiglia costituita dai genitori "committenti".

7. Dalla surrogazione di maternità alla "doppia maternità" in una recente pronuncia della Corte d'Appello di Torino

Con decreto del 29 ottobre 2014⁶¹, la Corte d'Appello di Torino ha riconosciuto la possibilità di ottenere la trascrizione in Italia dell'atto di nascita di un minore nato in Spagna da una coppia "same sex" formata da due donne mediante il ricorso alla fecondazione eterologa. Nella specie, una donna italiana e una spagnola, unitesi in matrimonio in Spagna nel 2009, avevano avuto un bambino a Barcellona: la donna italiana aveva messo a disposizione il proprio ovulo, il quale, dopo essere stato fecondato con il seme di un donatore, veniva trasferito nell'utero dell'altra donna, che portava a termine la gravidanza. Abbiamo, quindi, sia la fecondazione eterologa mediante la donazione di seme da un soggetto esterno alla coppia sia la scissione fra la madre genetica (la donna italiana cui risale l'ovocita fecondato) e la madre biologica (la donna spagnola che ha condotto la gestazione).

Quest'ultimo aspetto ripropone nel contesto della fecondazione eterologa qui praticata, sebbene di maternità surrogata in senso stretto non possa parlarsi⁶², il problema – ricorrente nell'ambito delle tecniche surrogatorie – della duplicazione/disarticolazione della figura materna e della connessa necessità di individuare la donna alla quale attribuire la qualifica legale di "madre". Ed è per questo che

⁶¹ Corte App. Torino, sez. famiglia, decr. 29 ottobre 2014, con nota di M. GATTUSO, *Minore nato da due donne in Spagna: l'atto di nascita può essere trascritto in Italia*, in *Articolo29* (www.articolo29.it). Vedi anche nota di G. NOTO LA DIEGA, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio di coniugi "same sex". Filiazione omogenitoriale, ordine pubblico internazionale e interesse del minore nella recente giurisprudenza torinese*, in *Dir. civ. cont.*, 19 gennaio 2015 (www.dirittocivilecontemporaneo.com). Si segnala peraltro che attualmente pende avverso il citato decreto un ricorso straordinario per cassazione, proposto su iniziativa della Procura Generale presso il Tribunale di Torino con provvedimento del 5 marzo 2015.

⁶² Rispetto alla surrogazione di maternità manca nella fattispecie l'elemento dell'estraneità della donna gestante rispetto alla coppia "genitoriale", con la conseguenza che non vi è qui una "cessione" del nato a terzi e, quindi, un allontanamento del bimbo dalla madre che l'ha portato in grembo con tutti i problemi che ne derivano dal punto di vista etico-giuridico.

ce ne occupiamo, seppure succintamente, all'interno di questo saggio dedicato alla surrogazione di maternità.

D'altro canto, si pongono nella fattispecie considerata problematiche ulteriori, dal punto di vista sia etico che giuridico, derivanti dalla atipicità del contesto familiare in cui il minore si trova ad essere inserito, caratterizzato da legami parentali di tipo "omogenitoriale" in cui, alla mancanza della figura paterna, si affianca la presenza di due "madri", di cui una in senso biologico e l'altra in senso genetico, compartecipi di un progetto di "genitorialità" condivisa.

Nel caso deciso dalla Corte d'Appello di Torino la questione che si poneva era dunque quella della trascrivibilità nei registri di stato civile italiano del certificato di nascita spagnolo attestante il rapporto di genitura con la madre genetica del bambino. Mentre il giudice di primo grado aveva escluso la trascrivibilità dell'atto di nascita estero per contrarietà con l'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18 d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, rilevando che tra i principi fondanti il nostro assetto ordinamentale vi sono "le norme in materia di filiazione che fanno espresso riferimento ai concetti di padre, madre, marito e moglie", la Corte d'Appello è pervenuta alla soluzione opposta (favorevole alla trascrizione), valorizzando l'interesse del minore a vedersi riconosciuto il legame con la madre genetica sotto il profilo dell'identità personale e dello *status* del bambino nello Stato italiano⁶³, tanto più che, dopo il divorzio delle due co-madri, la mancata trascrizione del certificato di nascita avrebbe comportato conseguenze rilevanti in ordine alla libera circolazione del minore e della donna italiana, la quale in Italia non avrebbe avuto titolo per spostarsi e tenere con sé il bambino.

La verifica di compatibilità dell'atto di nascita estero con l'ordine pubblico internazionale viene condotta dal giudice torinese con esclusivo riferimento all'interesse del minore, valorizzando nella fattispecie, nel contesto di una interpretazione conforme alla CEDU, i principi affermati da Corte Edu, *Mennesson e Labassee c. Francia*, in ordine al diritto al rispetto della vita privata, comportante per gli Stati parte – come si è già visto – l'obbligo di riconoscere legalmente il rapporto di filiazione della prole generata mediante *surrogacy* con il genitore biologico a tutela del diritto all'identità personale del nato. Vengono richiamate altresì le sentenze del giudice europeo (in particolare, Corte Edu 19/02/2013, *X e altri c. Austria*) che estendono la nozione di "vita familiare" ai sensi dell'art. 8 CEDU alle unioni stabili tra persone dello stesso sesso e alla prole convivente con esse; ma il principio è evocato in via puramente teorica, a mo' di *obiter dictum*, dal momento che la Corte d'Appello non si sofferma sul fatto se in concreto vi sia stata violazione (anche) del diritto del minore e delle co-madri al rispetto della loro vita familiare, circoscrivendo invece il suo ambito d'indagine al solo diritto al rispetto della vita privata del minore, la cui ritenuta violazione costituisce, invero, la *ratio essendi* della decisione. Inoltre, con formulazione poco chiara, il giudice torinese ricorda che la sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di PMA eterologa posto dalla legge 40 (Corte cost. n. 162/2014) "ha ribadito, sotto il profilo sostanziale dei valori e dei principi,

⁶³ Al riguardo la Corte torinese rileva come in caso di mancato riconoscimento il minore non avrebbe in Italia "un esercente la responsabilità genitoriale e nessuno potrebbe esercitarne la rappresentanza con riferimento a problematiche sanitarie, scolastiche, ricreative; oltre all'incertezza giuridica in cui si troverebbe nella società italiana il minore verrebbe anche privato dei rapporti successivi" con la madre genetica.

l'estensione del confine della 'vita familiare' che sinora riguardava la coppia eterosessuale, ai figli generati sia naturalmente sia con la procreazione assistita anche eterologa"⁶⁴.

La Corte torinese fa dipendere la (ritenuta) conformità con l'ordine pubblico del certificato di nascita straniero, nella parte in cui riconosce il rapporto di filiazione (anche) con la madre genetica, dalla semplice verifica del migliore interesse del minore nel caso concreto. In tal modo, finisce con il seguire un approccio "monistico" che sostanzialmente identifica l'ordine pubblico internazionale con il *best interest of the child* senza considerare che, nella fattispecie, per effetto della trascrizione, si sarebbe dato ingresso nell'ordinamento ad una doppia maternità in contrasto con principi fondamentali del sistema interno quali sono appunto quello della maternità naturale legata al parto (che – come visto – trova il suo fondamento legislativo nell'art. 269 c.c. e, a livello costituzionale, nell'art. 31 Cost.) nonché con il principio di bigenitorialità (desumibile anch'esso da una pluralità di norme di rango tanto ordinario quanto costituzionale), il quale implica come necessario corollario che ciascun bambino debba avere legalmente una e una sola madre e analogamente uno ed un solo padre⁶⁵.

⁶⁴ In realtà, la citata pronuncia del giudice delle leggi non solo non si occupa della questione relativa alla estensione della nozione costituzionale di "famiglia" al di là dei confini della coppia eterosessuale coniugata, ma nel dichiarare l'incostituzionalità del divieto di eterologa di cui all'art. 4, comma 3 della legge 40 ribadisce espressamente la sussistenza di tutti gli altri limiti (sia oggettivi che soggettivi) di accesso alle tecniche di PMA (riferibili quindi adesso anche alle tecniche eterologhe), previsti dagli artt. 4, 5 e 6 della legge 40, fra i quali – per quanto qui rileva – la presenza di una patologia causa di sterilità e infertilità medicalmente accertata non altrimenti eliminabile (art. 4, comma 1) e il requisito della diversità di sesso dei membri della coppia (art. 5): condizioni e limiti che impediscono in tutta evidenza e tuttora l'accesso alle tecniche di PMA eterologa alle coppie "same sex". Da ciò deriva anche che il consenso espresso da una coppia "same sex" alla fecondazione artificiale eterologa è da ritenersi nullo in quanto promanante da soggetti per legge non legittimati ad esprimerlo e, pertanto, analogamente a quanto messo già in risalto a proposito della surrogazione di maternità, non idoneo a consentire l'instaurazione del rapporto di genitura ai sensi dell'art. 8 della legge 40.

⁶⁵ Il medesimo procedimento argomentativo – incentrato sulla valorizzazione dell'interesse della prole nel caso concreto, letto alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Edu e con espresso richiamo alle pronunce del giudice europeo in tema di maternità surrogata, ma perveniente ad una soluzione ancora una volta in contrasto col menzionato principio costituzionale di bigenitorialità – viene seguito anche dalle pronunce con le quali, di recente, la Corte d'appello di Milano (sentenza del 16 ottobre 2015) e la Corte d'appello di Napoli (ordinanza del 30 marzo 2016) hanno ordinato all'ufficiale di stato civile italiano la trascrizione di alcuni provvedimenti giurisdizionali stranieri di adozione piena e legittimante del figlio biologico – ottenuto a mezzo di fecondazione eterologa – di una donna in favore della convivente dello stesso sesso con la quale aveva contratto matrimonio all'estero. Sebbene nell'ambito di una fattispecie – quella del riconoscimento nell'ordinamento interno degli effetti giuridici di una adozione legittimante coparentale realizzatasi nell'ambito di ordinamenti giuridici stranieri (nella specie, quello spagnolo nel caso deciso dalla Corte milanese e quello francese nel caso deciso dalla Corte d'appello napoletana) – obiettivamente diversa rispetto a quella presa in esame dalla Corte d'appello di Torino nella pronuncia in commento, le due Corti di merito, nel "valutare se l'adozione con effetti legittimanti da parte di persone, ritenute coniugate per lo Stato [straniero], della figlia della partner dello stesso sesso, pronunciata legittimamente in uno Stato europeo, in base alle leggi di quel paese, debba ritenersi contraria all'ordine pubblico, inteso quest'ultimo come ordine pubblico internazionale", hanno posto in rilievo come "ogni situazione deve essere valutata singolarmente, tenuto conto del preminente interesse del minore rispetto alle figure genitoriali e al suo diritto di convivere e/o mantenere regolari rapporti significativi con le figure adulte di riferimento, indipendentemente dalle loro tendenze sessuali, ritenute in concreto adeguate ad assicurargli l'affetto e la cura indispensabili per la sua armoniosa crescita. La Corte EDU ha più volte sottolineato l'obbligo per l'autorità giudiziaria di uno Stato aderente alla Convenzione, di assumere decisioni riguardanti minori, tenendo prioritariamente conto del superiore interesse del minore, valutato in concreto, al mantenimento della propria vita familiare ex art. 8 CEDU e alle relazioni instaurate con le figure

Il principio di bigenitorialità costituisce invero l'ossatura delle disposizioni del codice civile dedicate alla filiazione (artt. 231 ss.); queste muovono, a ben vedere, tutte dal presupposto che il figlio abbia un padre e una madre. Eloquente, sotto questo aspetto, l'art. 250 c.c., il quale, nel disporre al primo comma che "Il figlio nato fuori dal matrimonio può essere riconosciuto, nei modi previsti dall'art. 254, dalla madre e dal padre, anche se uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento", dichiara espressamente che il figlio non può che avere un padre e una madre. L'art. 269, comma 3 c.c., a sua volta, nel dichiarare che la donna che ha partorito "si assume essere madre", conferma che di madre per l'ordinamento giuridico italiano non può che essercene una sola e da identificare nella gestante. Lo stesso principio trova conferma nella legislazione speciale, e precisamente nella legge sulla procreazione medicalmente assistita, la quale, nell'affermare che "... possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi" (art. 5), esprime una chiara opzione contraria all'omogenitorialità nell'ambito delle tecniche riproduttive artificiali⁶⁶.

Nella stessa direzione si muovono, d'altronde, le disposizioni costituzionali in materia di matrimonio e di famiglia (artt. 29, 30, 31 Cost.). In particolare, si osserva che la nozione di "genitori" ricorrente nei primi due commi dell'art. 30 Cost., lungi dall'essere una nozione *gender neutral*, trova specificazione nei due concetti di "paternità" e di "maternità" richiamati rispettivamente dall'art. 30, u. c. e dall'art. 31 Cost. Anche l'art. 37 Cost., sancendo a proposito dei diritti della donna lavoratrice che "Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione", conferma il principio di bigenitorialità insieme con il principio dell'unicità della madre. Altri indici costituzionali importanti a conferma del principio di bigenitorialità si ricavano, ancora, dal primo e dal secondo comma dell'art. 29 Cost. A questo proposito bisogna, infatti, ricordare che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 138/2010, ha chiarito che la nozione di matrimonio assunta dai costituenti nell'elaborazione dell'art. 29 Cost. (per cui "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare") non poteva che essere quella del codice civile del 1942 che "stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi devono essere persone di sesso diverso", rilevando come "In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione, che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti [rispetto all'uomo, *n. d. A.*] nel rapporto coniugale" (cfr. punto 9 del *Considerato in diritto*). Ebbene, se la nozione di matrimonio, per la nostra Costituzione,

genitoriali di riferimento, ribadendo il principio che anche le relazioni omosessuali rientrano nella nozione di vita familiare, e ciò ha fatto anche nelle sentenze in cui si è occupata di riconoscimento della sussistenza di una vita familiare tra il minore e le figure genitoriali nelle ipotesi di maternità 'surrogate' non consentite dagli ordinamenti nazionali (vedi le sentenze *Menesson c. Francia*, ric. n. 65192, *Labassee c. Francia* ric. n. 65941, emesse nel 2014; *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 27 gennaio 2015)" (in questi termini, Corte app. Napoli, ord. 30 marzo 2016, che ripropone pedissequamente il corrispondente punto di motivazione utilizzato da Corte app. Milano, sent. 16 ottobre 2015).

⁶⁶ Cfr. più diffusamente in argomento E. BILOTTI, *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di "stepchild adoption" da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: il Tribunale per i Minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983*, in *Dir. civ. cont.*, I, III, ottobre/dicembre 2014.

presuppone la diversità di sesso dei coniugi, anche in considerazione della sua basilare funzione familiare comportante la generazione della prole (come emerge dall'art. 30, comma 1 Cost. secondo cui "E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio"), è giocoforza ritenere che nella famiglia (la quale nel matrimonio fra persone di sesso diverso rinviene il suo momento fondativo ai sensi dell'art. 29, comma 1 Cost.), i figli debbano avere, ove possibile, un padre e una madre⁶⁷.

Merita a questo punto mettere in rilievo che i citati principi di bigenitorialità e della maternità naturale legata al parto – che costituiscono il fulcro attorno al quale è costruita l'intera disciplina della filiazione, sia naturale che *artificiale* – sono stati definiti dal legislatore ordinario e inseriti in Costituzione proprio a garanzia del superiore interesse del fanciullo e, pertanto, non sono suscettibili di essere rimessi in discussione dall'interprete in relazione ai casi particolari sulla base di una valutazione dell'interesse "in concreto" del minore medesimo del tutto "libera", in quanto sganciata dai criteri valutativi offerti dall'ordinamento.

La verifica di compatibilità con l'ordine pubblico avrebbe, quindi, dovuto condurre la Corte d'Appello (come era stato fatto dal giudice di prima istanza) a negare la trascrizione dell'atto di nascita spagnolo nella parte in cui riconosce il rapporto di filiazione del minore con la madre genetica, dal momento che il nostro ordinamento – con principio di carattere generale sottratto alla "discrezionalità" del giudicante nella sua applicazione ai casi concreti – identifica nella donna gestante la madre quale soluzione meglio rispondente all'interesse del nato. A diversa conclusione non avrebbe potuto orientare, sotto altro aspetto, la giurisprudenza della Corte Edu, non solo per l'inconferenza del precedente richiamato (relativo ad un caso di maternità surrogata) rispetto al caso di specie (che è quello di una PMA eterologa da parte di una coppia "same sex" femminile)⁶⁸, ma ancor prima per l'assorbente considerazione che un'interpretazione dell'art. 8 CEDU quale è quella prospettata dalla Corte d'appello di Torino (che, pur in mancanza di un precedente specifico del giudice europeo dei diritti dell'uomo, ha ritenuto che il diritto all'identità del minore, in quanto manifestazione del diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art. 8 CEDU, imponga il riconoscimento giuridico ad opera degli Stati contraenti del rapporto di filiazione instauratosi all'estero tra il minore e la co-madre genetica nel contesto di una relazione omogenitoriale), si pone obiettivamente in contrasto con i principi costituzionali in materia di rapporti di filiazione e di famiglia, anch'essi integranti la nozione di ordine pubblico, al punto da non consentire alla norma CEDU suddetta di integrare, quale norma interposta, il parametro costituzionale di cui all'art. 117, comma 1 Cost.⁶⁹. La mancata integrazione del parame-

⁶⁷ Sul fondamento legislativo e costituzionale del principio di bigenitorialità cfr. P. CAVANA, *Questione del "genere", diritti del minore e procreatica*, in F. FACCHINI (a cura di), *Natura e cultura nella questione del genere*, Bologna, 2015.

⁶⁸ E difatti, le sentenze *Mennesson* e *Labasse c. Francia* avevano affermato il principio secondo cui lo Stato ha l'obbligo – pena la violazione dell'art. 8 CEDU sotto il profilo del rispetto alla vita privata del minore – di riconoscere il rapporto di filiazione con il padre biologico nell'ambito di una fattispecie sensibilmente diversa (quella della surrogazione di maternità), in cui non si poneva un problema di doppia paternità o, come nella specie, di doppia maternità, che ricorre invece nei casi di fecondazione artificiale eterologa a cui abbiano avuto accesso coppie omosessuali.

⁶⁹ A questo proposito non sarà inutile ricordare come la Corte costituzionale, a partire dalle sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007, ha precisato che le disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte Edu, concorrono ad integrare quali fonti interposte di diritto internazionale pattizio, per il tramite dell'art. 117,

tro di costituzionalità ad opera della norma convenzionale evocata, nel caso di specie, avrebbe dovuto impedire al giudice di porsi, a monte, la questione della praticabilità di una interpretazione conforme, rispetto all'art. 8 CEDU, del limite dell'ordine pubblico ai fini della trascrizione del certificato di nascita e, alla luce dei principi di bigenitorialità e della maternità naturale legata al parto, confermare il provvedimento del Tribunale di Torino, che all'esito del giudizio di primo grado si era giustamente rifiutato di riconoscere il rapporto di filiazione con la madre genetica e aveva conseguentemente negato la trascrizione dell'atto di nascita⁷⁰.

comma 1 Cost., il parametro del giudizio di legittimità costituzionale a condizione che esse stesse siano a loro volta conformi a Costituzione. Invece, "nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo nei modi rituali ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano" (così, Corte cost. n. 348/2007, punto 4.7 del *Considerato in diritto*). Se la norma CEDU non dovesse integrare il parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, comma 1 Cost. poiché a sua volta in contrasto con norme della Costituzione, verrebbe correlativamente meno per il giudice l'obbligo di interpretazione conforme della disciplina nazionale alla CEDU, risolvendosi tale obbligo – ove per assurdo lo si ritenesse anche in questa specifica ipotesi sussistente – in una interpretazione della normativa interna *contra Constitutionem*. Per un commento sul tema del rapporto tra CEDU e Costituzione nel sistema delle fonti del diritto e, più in generale, sul modo di operare della teoria dei "controlimiti" rispetto alle fonti interposte di diritto internazionale, v. M. BRANCA, *Il punto sui "controlimiti"*, in *Giur. Cost.*, 5, 2014, p. 3899.

⁷⁰ Un approccio analogo a quello seguito dalla Corte d'Appello di Torino, seppur con riferimento ad una fattispecie sensibilmente diversa, si riscontra in una recente pronuncia del Tribunale di Palermo (Trib. Palermo, sez. I civ., decr. 13/04/2015, con nota di G. CASABURI, *Luci ed ombre di un recente provvedimento del Tribunale di Palermo*, pubblicata il 14 maggio 2015 su *Articolo29*, www.articolo29.it). Il Tribunale di Palermo, nella specie, ha riconosciuto il diritto di due minori, generati nel contesto di una unione affettiva tra due donne mediante il ricorso alla PMA eterologa, di mantenere un rapporto stabile e significativo con la madre sociale, priva di legame biologico e genetico con gli stessi, prevedendo in caso di separazione dei "genitori" dello stesso sesso un calendario preciso che consenta a questa di tenere con sé i figli alcuni giorni alla settimana. A questa soluzione il giudice palermitano è pervenuto sulla base di una interpretazione dell'art. 337 ter c.c. (che riconosce al figlio minore "il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori") conforme all'art. 8 CEDU, volta ad estendere l'ambito applicativo della disposizione codicistica "sino a delineare un concetto allargato di bigenitorialità e di famiglia, ricomprendendo per tale via anche la figura del genitore sociale, ossia di quel soggetto che ha instaurato con il minore un legame familiare *de facto* significativo e duraturo". Tale interpretazione, secondo il Tribunale palermitano, si impone anche per il caso della "separazione personale della coppia omosessuale che ha convissuto con i figli minori di uno dei due, instaurando un rapporto di genitorialità sociale con l'altro", dovendo essere garantito anche nel contesto di una famiglia "same sex" il diritto del minore alla "doppia figura genitoriale" in caso di crisi della coppia. Nel provvedimento del giudice palermitano, pur ampiamente motivato, manca, però, come in quello della Corte d'Appello di Torino, ogni indagine sulla compatibilità della norma CEDU invocata rispetto ai principi costituzionali al fine di verificarne l'attitudine ad integrare il parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, comma 1 Cost. E per di più la pretesa interpretazione evolutiva del concetto di bigenitorialità e di famiglia proposta dal giudice palermitano (comprensiva del genitore sociale "same sex") si traduce nei fatti in uno svuotamento del contenuto assiologico dello stesso, risolvendosi il principio di bigenitorialità, così inteso, nel suo esatto opposto, vale a dire nel principio dell'omogenitorialità, e contraddicendo, in tal modo, la concezione dei legami familiari e dei rapporti di parentela risultante e dalla legislazione ordinaria e dalla trama delle disposizioni costituzionali in tema di famiglia e di genitorialità (avuto riguardo in particolare agli artt. 29, 30, 31 e 37 Cost.). Si segnala, infine, che, investita del gravame proposto avverso il provvedimento del Tribunale, la Corte d'Appello di Palermo, con ordinanza depositata il 31 agosto 2015, ritenendo di non poter interpretare in senso costituzionalmente e convenzionalmente orientato l'art. 337 ter c.c. "a causa dell'univocità del dato testuale, a fronte del quale, fra i soggetti con i quali il minore ha diritto a mantenere un rapporto stabile e

Ma al di là degli aspetti più propriamente giuridici, occorre considerare che la presente vicenda suscita molteplici e delicati interrogativi intorno al potenziale “manipolativo” insito nelle tecniche eterologhe, in quanto tecniche capaci di determinare artificialmente situazioni che non esistono in natura (quale è appunto quella di una madre che è tale in senso genetico, ma non anche biologico, o viceversa) e, in tal modo, di incidere sulla concezione stessa dei rapporti di filiazione, contribuendo a conferire legittimazione culturale a modelli familiari “atipici” – come quelli omogenitoriali – che, oltre ad essere disancorati dal dato naturale, risultano forse non del tutto funzionali a garantire il pieno ed equilibrato sviluppo della prole⁷¹.

8. Considerazioni conclusive

Era inevitabile che lo sviluppo delle tecniche di fecondazione artificiale portasse prima o poi a ripensare le stesse nozioni di maternità e di paternità. Il fenomeno della surrogazione di maternità o, come preferiscono dire altri, della “gestazione per altri”, chiama in causa proprio il senso di questa essenzialissima esperienza di relazione su base biologico-affettiva rappresentata appunto dalla gravidanza e senza la quale sarebbe stato arduo fino a qualche tempo fa concepire l’evento stesso della maternità. Da qui la difficoltà nel delineare già sul piano definitorio il fenomeno in questione, perché, se da un lato, la dizione di “maternità surrogata” sembra presupporre un concetto di maternità che ad alcuni pare ancora troppo ancorato a riferimenti biologici, dall’altro la dizione “gestazione per altri” sembra sminuire, viceversa, l’importanza che la gestazione riveste nella costruzione del legame madre-figlio che, come è noto, comincia ad instaurarsi nella fase prenatale.

È indubbio che la pratica della surrogazione di maternità comporta una prima esperienza di distacco e di abbandono, che per la donna gestante e partoriente potrebbe anche non essere (troppo) dolorosa nella misura in cui è concordata ed eventualmente compensata, ma che per il bambino può risultare traumatica in quanto da lui appunto sempre subita e mai accettata. Questo peculiare aspetto della vicenda, si riflette senz’altro sulla definizione civilistica dell’accordo di *surrogacy*, che alla coscienza giuridica moderna ripugna certamente di qualificare come un contratto, non potendo evidentemente un essere umano divenire oggetto di cessione fosse anche a titolo gratuito, ma che d’altro canto non è più agevole inquadrare nella più indistinta categoria dei negozi giuridici non patrimoniali (nella specie, di diritto familiare), atteso il principio di tipicità che tradizionalmente governa la materia dei rapporti familiari e l’impossibilità, nel nostro ordinamento, di negoziare lo *status* di figlio.

Quando, dunque, si discute di quale possa essere il superiore interesse del minore, bisogna essere consapevoli che la gestazione per altri per il bambino è già in sé un male per l’esperienza del distacco

significativo, non rientra l’ex partner del genitore biologico”, alla luce degli stessi parametri di costituzionalità evocati dal giudice di primo grado, ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale, perché valuti la fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 337 ter c.c. “nella parte in cui – in violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma primo (sub specie in violazione dell’art. 8 CEDU, quale norma interposta), della Costituzione – non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all’interesse del minore conservare rapporti significativi con l’ex partner del genitore biologico”.

⁷¹ Per un approfondimento, sul terreno della psicologia, della tematica dell’omogenitorialità in relazione all’interesse della prole, anche alla luce dei recenti studi sulle famiglie omogenitoriali, cfr. V. CIGOLI, E. SCABINI, *Sul paradosso dell’omogenitorialità*, in *Vita e Pensiero*, 3, 2013.

dalla partoriente (per lui prima madre) a cui è costretto, per il pericolo di mercificazione di cui può diventare oggetto nonché per la possibilità di trovarsi al centro di conflitti, anche violenti, tra madre sostituta e genitori committenti sulla spettanza della potestà genitoriale. Il divieto di maternità surrogata posto dal legislatore costituisce quindi in sé una prima forma di tutela dell'interesse del minore; tuttavia, in un contesto, come quello attuale, di società globale e interconnessa in cui è sempre più agevole varcare i confini nazionali, il divieto sancito dalla legislazione domestica finisce col rivelarsi sovente una misura insufficiente.

Una volta che il divieto di maternità surrogata sia stato violato ovvero aggirato nelle forme del turismo procreativo, si pone allora il problema di evitare ulteriori ingiustizie in danno del minore, cercando un punto di equilibrio tra l'esigenza di reprimere le condotte illecite poste in essere dagli adulti (ovviamente in funzione della prevenzione di futuri abusi) e la necessità di difendere il minore nato da surrogazione di maternità dal trauma di un ulteriore distacco. Si tratta, in altri termini, di trovare un punto di equilibrio tra l'interesse generale e astratto dei minori a non nascere da una maternità surrogata e l'interesse particolare e concreto del bambino nato, suo malgrado, da maternità surrogata a non essere discriminato rispetto agli altri bambini nel godimento dei propri diritti fondamentali a motivo delle peculiari circostanze del suo concepimento.

Trovare un punto di equilibrio tra queste due esigenze non è affatto semplice e, forse, è in questo ambito che, più che in ogni altro, si presenta ineludibile l'intervento chiarificatore del legislatore. Bisogna invece osservare che quest'ultimo finora ha inteso affidare la risoluzione del problema ad un mero divieto – quello contenuto nell'art. 12, comma 6 della legge 40 – della cui violazione non si è preoccupato di precisare tuttavia le conseguenze sul piano civilistico, rimettendo all'interprete la risoluzione delle conseguenti questioni ermeneutiche e applicative.

Se sul piano del diritto interno, può dirsi ormai raggiunto un certo consenso sulla soluzione intesa a riconoscere lo *status* di madre in capo alla partoriente, quale soluzione che per una specifica opzione espressa dal legislatore nazionale viene reputata come la più consona ad assicurare l'interesse del minore in uno con quello della madre gestante, molta incertezza permane invece sul versante del diritto internazionale privato tutte le volte in cui la coppia di potenziali genitori decida di recarsi all'estero al fine di dare luogo ad una pratica surrogatoria vietata nel territorio nazionale. La fattispecie surrogatoria perfezionatasi all'estero pone, infatti, non pochi problemi di regolamentazione giuridica per l'ordinamento nazionale, involgendo delicate questioni inerenti al rapporto tra ordinamenti sovrani che, sulla specifica materia della surrogazione di maternità, possono aver compiuto legittimamente scelte differenti, e costringe l'operatore giuridico interno ad operare scelte il più possibile coerenti con l'interesse del minore, riguardato attraverso il prisma dell'ordine pubblico.

Conciliare le esigenze di legalità con quelle dell'interesse particolare del minore concepito con modalità non ammesse dalla legge non è questione di poco momento, come è stato significativamente posto in risalto, fra l'altro, nella loro opinione dissenziente dai giudici europei Raimondi e Spano nell'ambito della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* della Corte Edu. I giudici di minoranza, in quella occasione, nel contestare la decisione della maggioranza, rilevarono che, nel valutare la legittimità della scelta di uno Stato di non riconoscere effetti giuridici ad una maternità surrogata realizzata all'estero, non si possa non tener conto delle circostanze nelle quali il minore è stato dato in custodia alle persone interessate nel momento in cui si deve stabilire se si sia sviluppata o meno una vi-

ta familiare *de facto*⁷². Si tratta di una considerazione che, sebbene non condivisa dalla maggioranza dei giudici europei nel caso giudiziario che si concluse – come si è visto – con la condanna del nostro Paese ad opera della Corte Edu, va al cuore del problema inerente la interrelazione e, direi addirittura, la coimplicanza, sul piano logico-giuridico, tra rispetto dell'ordine pubblico e interesse del minore e che potrebbe indurre a rivedere certe posizioni dottrinali le quali tendono invece a contrapporre i due termini della questione, come se al di fuori del perimetro della legalità possa esservi un'autentica tutela del *best interest of the child*. E' forse questo l'equivoco di fondo che porta una parte della dottrina e della giurisprudenza nostrane a distinguere e talora a contrapporre ordine pubblico in astratto e ordine pubblico in concreto, con riferimento precipuo alla questione del superiore interesse del minore.

⁷² Sostengono a questo riguardo i giudici di minoranza: “Sottolineiamo che l’articolo 8 § 1 [della CEDU, n.d.A.] non può, secondo noi, essere interpretato nel senso di sancire una «vita familiare» tra un minore e delle persone prive di qualsiasi legame biologico con lo stesso quando i fatti, ragionevolmente chiariti, suggeriscono che alla base della custodia vi è un atto illegale con cui si è contravvenuto all’ordine pubblico” per indi concludere “la posizione della maggioranza equivale, in sostanza, a negare la legittimità della scelta dello Stato di non riconoscere alcun effetto alla gestazione surrogata. Se è sufficiente creare illegalmente un legame con il minore all’estero perché le autorità nazionali siano obbligate a riconoscere l’esistenza di una «vita familiare», è evidente che la libertà degli Stati di non riconoscere effetti giuridici alla gestazione surrogata, libertà comunque riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte (*Menesson c. Francia*, (n. 65192/11), 26 giugno 2014, § 79, e *Labassee c. Francia*, (n. 65941/11), 2 giugno 2014, § 58), viene annientata” (v. § 8 dell’opinione dissenziente allegata alla sentenza della Corte Edu sul caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*).