

COLLANA DEL LABORATORIO  
DEI DIRITTI FONDAMENTALI

5.

## LABORATORIO DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Comitato scientifico

Pasquale De Sena, Marie-Claire Foblets, Bianca Gardella Tedeschi  
Michele Graziadei, Giorgio Malinverni, Paul Tavernier

Direttore

Vladimiro Zagrebelsky

*Il Laboratorio dei Diritti Fondamentali LDF ha iniziato la sua attività in Torino nel 2011. Il Laboratorio svolge ricerche sui diritti fondamentali, con principale attenzione alla concretezza della loro protezione nei diversi momenti, luoghi e occasioni della vita delle persone. Il Laboratorio, secondo l'insegnamento della Corte europea dei diritti umani, si cura di «diritti concreti ed effettivi e non teorici e illusori». Con le sue ricerche il Laboratorio cerca le soluzioni idonee e praticabili offerte dall'esperienza o suggerite dallo studio interdisciplinare dei diritti umani.*

*Il Laboratorio dei Diritti Fondamentali opera all'interno del*

**Collegio Carlo Alberto**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

LDF – Laboratorio dei Diritti Fondamentali – [www.labdf.eu](http://www.labdf.eu)  
Collegio Carlo Alberto, piazza Arbarello 8, 10122 Torino  
e-mail: [ldf@labdf.eu](mailto:ldf@labdf.eu)

LABORATORIO DEI DIRITTI FONDAMENTALI

NUOVE FORME DI FILIAZIONE E GENITORIALITÀ

Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà

di  
Alice Margaria

SOCIETÀ EDITRICE IL MULINO

*Ai miei genitori,  
fonte inesauribile di stimoli,  
oltre che di affetto e stima*

I lettori che desiderano informarsi sui libri e sull'insieme delle attività della Società editrice il Mulino possono consultare il sito Internet: **[www.mulino.it](http://www.mulino.it)**

ISBN 978-88-15-27797-8

---

Copyright © 2018 by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito **[www.mulino.it/edizioni/fotocopie](http://www.mulino.it/edizioni/fotocopie)**

Redazione e produzione: Edimill srl - [www.edimill.it](http://www.edimill.it)

# Indice

Prefazione, di <i>Vladimiro Zagrebelsky</i>	p. 9
Introduzione	11
PARTE PRIMA: «NUOVE FAMIGLIE» E DIRITTO	
I. «Nuove famiglie» e diritto della filiazione a confronto	15
1. Nuove modalità di procreazione e filiazione	15
2. Le «nuove famiglie»: tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale	21
3. L'inevitabile impatto delle nuove modalità di procreazione e filiazione sulle nozioni del diritto di famiglia: la determinazione dello <i>status filiationis</i>	27
4. I diritti e gli interessi in gioco nella vicenda procreativa	36
II. Il diritto CEDU: base di diritto comune	51
1. «Vita familiare»: una nozione in continua evoluzione	51
2. Un ulteriore fronte di espansione: le molteplici obbligazioni scaturenti dall'art. 8 CEDU	56
3. L'interesse del minore nella giurisprudenza CEDU	63
4. Le pronunce chiave in materia di «nuove famiglie»: la PMA	68
5. Le pronunce chiave in materia di «nuove famiglie»: l'adozione da parte di omosessuali	78
PARTE SECONDA: PMA ETEROLOGA	
III. La filiazione a seguito della PMA eterologa: profili critici	87
1. La PMA eterologa nel diritto scritto	87
2. PMA eterologa e <i>status filiationis</i> : tre scenari critici	91

IV.	La PMA eterologa all'estero	p. 97
	1. Introduzione: una questione prettamente italiana e omogenitoriale	97
	2. L'adozione del figlio del partner dello stesso sesso	99
	3. Il riconoscimento dell'atto di nascita straniero del bambino nato a seguito di PMA eterologa	112
	4. Il riconoscimento del provvedimento straniero di <i>step-child adoption</i>	122
	5. Osservazioni conclusive: la tutela giurisdizionale sopperisce al silenzio del legislatore	127
V.	Controversie tra i diversi partecipanti alla PMA eterologa	131
	1. Introduzione	131
	2. Donatore estraneo alla coppia	133
	3. Controversia tra ex partner	138
	4. Auto-inseminazione	142
	5. Osservazioni conclusive: al centro i <i>best interests of the child</i> , ma quali?	146
VI.	Scambi di materiale genetico: genitori «per errore»	149
	1. Introduzione	149
	2. Uno sguardo più ampio alle vicende di scambio	150
	3. La problematica determinazione dello <i>status filiationis</i> dei nati da errore	155
	4. Osservazioni conclusive: logiche a confronto	185
PARTE TERZA: MATERNITÀ SURROGATA		
VII.	La filiazione a seguito di maternità surrogata: profili critici	193
	1. Contestualizzare la maternità surrogata: una pratica variegata	193
	2. L'impatto della maternità surrogata sulla determinazione dello <i>status filiationis</i> : la moltiplicazione delle figure genitoriali	198
	3. La maternità surrogata nelle aule giudiziarie	201
VIII.	Maternità surrogata all'estero	207
	1. Il problema del riconoscimento dello status familiare estero	207
	2. Il problema della trascrizione: ordine pubblico <i>vs</i> interesse superiore del minore	211
	3. Osservazioni conclusive: due livelli di tutela	234

<i>Indice</i>	7
IX. Oltre il divieto: i problemi permangono	p. 237
1. Introduzione	237
2. Nel silenzio del legislatore: la pronuncia della Corte Suprema irlandese	238
3. In presenza di una disciplina <i>ad hoc</i> : giudici di fronte a comportamenti di fatto non contemplati	241
4. Osservazioni conclusive: tra timidezza e intraprendenza	248
X. Controversie tra la madre surrogata e i genitori committenti	251
1. Introduzione	251
2. La centralità dei <i>best interests of the child</i>	252
3. La rilevanza della (in)validità del contratto	262
4. Osservazioni conclusive: logiche a confronto	265
Conclusioni	267
1. L'inevitabile supplenza giurisprudenziale	267
2. Il pragmatismo prevale	269





## Prefazione

Questa ricerca si articola in due parti, separatamente pubblicate, che offrono il risultato dello studio effettuato rispettivamente da Alice Margaria e da Ilaria Bertini. La ricerca è promossa dal Laboratorio dei Diritti Fondamentali e si unisce alle precedenti nell'esplorare aspetti del variegato diritto alla salute, che interagisce in questo caso con quello al rispetto della vita privata e familiare, nel contenuto che si ricava dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, dalla Costituzione e dalla giurisprudenza costituzionale. Le vicende legate alla nascita di bambini con il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) implicano conseguenze sul piano dell'uno e dell'altro diritto. Principale oggetto di studio è qui quello che riguarda le nuove forme di genitorialità: nuove perché permesse ora dagli sviluppi della scienza medica e nuove perché corrispondenti all'evoluzione della coscienza sociale in ordine alla nozione di famiglia (anche omosessuale) e al rispetto della autodeterminazione delle persone.

È proprio delle ricerche di LDF, cercare di far emergere la vita reale dei diritti umani, metterla a confronto con l'enunciazione legale, chiarire le ragioni dello scarto che esiste tra i due piani. Secondo una felice formula adottata dalla Corte europea dei diritti umani e ripresa dal Laboratorio, occorre curare «diritti concreti ed effettivi, e non teorici e illusori». Teorici e illusori rimangono quelli assicurati dai testi normativi, se non riescono a tradursi in concreti ed effettivi nella vita delle persone.

Nel campo oggetto di questo rapporto di ricerca viene in considerazione l'assenza di leggi o la loro inadeguatezza. I rapidi avanzamenti delle possibilità offerte dagli sviluppi delle tecniche mediche e, accanto ad essi, la rapida evoluzione della società, spiegano l'arretratezza delle leggi e quindi il ruolo decisivo svolto dai giudici, siano essi costituzionali o ordinari. Il legislatore ha spesso difficoltà a intervenire per disciplinare fenomeni nuovi in veloce evoluzione. Su tale difficoltà certo incidono ragioni legate alla necessità di acquisire il consenso politico e la maggioranza in Parlamento. Ma vi è una ragione più profonda e insuperabile: il legislatore può attendere e rinviare, il giudice invece non può rifiutare di decidere. E mentre il legislatore at-

tende, la vita procede. Sorgono controversie che il giudice deve decidere. Il legislatore interverrà quando il campo sarà arato dai giudici. Nel campo che interessa diviene allora di grande interesse ricercare sintonie o divergenze nell'argomentare dei giudici di diversi sistemi nazionali per decidere vicende analoghe, per vedere se sia possibile identificare un comune sentire. In proposito in Europa è fondamentale l'apporto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

Alla prima ricerca condotta da Alice Margaria, si unisce – autonoma, ma connessa – quella di Ilaria Bertini. Come conoscono in modo particolare gli italiani, ma come è frequente anche altrove, le resistenze che emergono nella società e nel dibattito politico rispetto alle novità muovono dall'assunto che esse siano contrarie alla natura. E alla naturalità assegnano un connaturato valore etico positivo. Oggetto dello studio è la nozione di natura, nel suo svolgimento filosofico fino al suo odierno senso, unitamente alla ricerca di quale portata a essa venga attribuita da coloro che la chiamano a supporto della loro opinione negativa o positiva rispetto a quanto la realtà oggi presenta nella vita di famiglia.

Alle due ricerche che ora giungono a pubblicazione nella collana di studi del Laboratorio, farà seguito un altro studio che prenderà in esame le modalità con cui il tema si presenta quando la donna o la coppia, viventi in Europa, siano di religione e cultura islamica.

Con piacere, il Laboratorio dei Diritti Fondamentali esprime apprezzamento e un caloroso ringraziamento a Alice Margaria e a Ilaria Bertini.

VLADIMIRO ZAGREBELSKY

## Introduzione

Questo studio prende spunto dallo scarto che, a causa di un diritto scritto non sempre al passo coi tempi, viene a crearsi tra la realtà sociale concretamente vissuta dalle famiglie create ricorrendo alla procreazione medicalmente assistita (PMA) e la loro totale o parziale (in)esistenza sul piano del diritto. Oltre ad accrescere le modalità di formare la propria famiglia, l'avvento della PMA – soprattutto di quelle tecniche che coinvolgono il materiale genetico (PMA eterologa) o addirittura il contributo gestazionale (maternità surrogata) di una persona terza – ha comportato la frammentazione delle nozioni – un tempo, unitarie – di maternità e paternità, producendo quindi potenziale confusione sul versante della determinazione dello *status filiationis* del nato.

Nella storia e, talvolta, anche nella vita dei bambini nati grazie a queste tecniche, esistono infatti più di due figure potenzialmente e/o fattualmente genitoriali e, a fronte di questa molteplicità, la tendenziale rigidità del paradigma familiare bi-parentale su cui si fonda il diritto della filiazione esige una scelta. A chi spetta lo status genitoriale e/o l'affidamento del minore e/o il diritto di visita? Quale/i elemento/i – la genetica, gli affetti, la gestazione, l'intenzione – meritano un peso – marginale o decisivo – ai fini di determinare lo status e, più in generale, la situazione familiare del bambino? Che ruolo riveste l'interesse superiore del minore in questa scelta? E, ancora, in che cosa si concretizza il limite dell'ordine pubblico? Questi sono soltanto alcuni dei quesiti che le corti nazionali hanno dovuto affrontare, ricercando una soluzione nel diritto scritto, talvolta silente in materia o addirittura esplicitamente contrario alla pratica procreativa messa in atto, ma allo stesso tempo potendo contare sul prezioso contributo della Corte europea dei diritti umani.

Il presente rapporto mira pertanto a indagare il ruolo giocato dai giudici nazionali nel colmare lo scarto sopra descritto, portando alla luce le logiche, le tecniche e i principi che hanno guidato la loro opera di ricostruzione del diritto vigente, alla luce delle nuove realtà familiari. Dopo aver illustrato

il contesto socio-giuridico di riferimento e le problematiche affrontate dal presente volume (cap. 1), il capitolo 2 volge uno sguardo più approfondito al sistema CEDU, esaminando le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di PMA e famiglie omogenitoriali. I capitoli che seguono, invece, sono dedicati all'analisi della sempre più ricca giurisprudenza che proviene dalle corti nazionali. Partendo dalla constatazione che il problema di determinare lo *status filiationis* del nato da PMA si è posto ovunque (anche nei paesi in cui il legislatore è intervenuto in senso permissivo e, quindi, indipendentemente dall'approccio legislativo scelto), l'analisi non ha una copertura geografica predefinita, ma – al contrario – tende a essere più inclusiva possibile spingendosi addirittura oltre i confini europei e comprendendo decisioni statunitensi, canadesi, australiane e sudafricane. Data la sua vastità ed eterogeneità, l'analisi giurisprudenziale è stata suddivisa in 2 parti principali: mentre la prima – ovvero i capitoli da 3 a 6 – riguarda quelle controversie che si sono originate dall'impiego di tecniche eterologhe, la seconda – ovvero i capitoli da 7 a 10 – si concentra invece su quei casi che hanno fatto seguito alla pratica della maternità surrogata. Seguono, infine, alcune riflessioni conclusive individuando il principio dei *best interests of the child*, la clausola dell'ordine pubblico e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani quali elementi principali attorno ai quali si è sviluppato un trend giurisprudenziale ispirato dall'esigenza pratica di regolare un fatto che, anche se vietato o non contemplato, si è comunque verificato e ha comportato la nascita di un bambino e, spesso, anche il sorgere di relazioni affettive.

Parte prima

«Nuove famiglie» e diritto



## Capitolo primo

# «Nuove famiglie» e diritto della filiazione a confronto

### 1. *Nuove modalità di procreazione e filiazione*

Fino a tempi abbastanza recenti, lo studio della famiglia nel mondo occidentale si è prevalentemente focalizzato sul modello della famiglia nucleare composta da coppia eterosessuale coniugata e figli biologici. Oltre a rappresentare la realtà familiare statisticamente più diffusa, la famiglia nucleare è stata per lungo tempo considerata il luogo ideale per garantire la tutela dell'integrità psico-fisica del minore e per assicurare un adeguato svolgimento della funzione educativa. Il modello tradizionale di famiglia ha goduto di un trattamento privilegiato non solo sul piano sociale, ma anche su quello giuridico, in quanto ha rappresentato il punto di partenza delle legislazioni in materia di famiglia sino agli anni Settanta del secolo scorso<sup>1</sup>. Fino a quel momento (in Italia, sino alla riforma del diritto di famiglia del 1975), la famiglia fondata sul matrimonio era l'unico modello familiare accettato e riconosciuto, all'interno del quale anche la filiazione trovava pieno riconoscimento e protezione<sup>2</sup>. Evidente traccia di questa ideologia è l'art. 29, primo comma, della nostra Costituzione che definisce la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio» facendo così esplicito riferimento alla cosiddetta «famiglia legittima» ed escludendo dall'ordinamento costituzionale vigente – almeno secondo una lettura delle norme costituzionali condivisa da parte della dottrina<sup>3</sup> – quelle unioni che, pur non essendo fondate sul

*Si ringrazia Elena Campadese per l'assistenza fornita alla ricerca.*

<sup>1</sup> G.O. Cesaro, P. Lovatti e G. Mastrangelo, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 15.

<sup>2</sup> A. Di Fedè, *La famiglia legittima e i modelli familiari diversificati: luci e ombre, scenari e prospettive*, in R. Pane (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 45.

<sup>3</sup> Si veda, *inter alia*, A. Ruggeri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in «Quaderni Costituzionali», 2007, n. 4, p. 753; G. Giacobbe, *Famiglia: molteplicità di*

vincolo coniugale, sono caratterizzate da una comunione di vita stabile e duratura.

È quindi chiaro che, coerentemente alle preoccupazioni avanzate da Moro in Assemblea costituente, pur avendo una natura originariamente sociale<sup>4</sup>, la famiglia non gode di una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dell'autorità statale. Lo Stato e, in particolare, il diritto, non assistono impassibili al fenomeno famigliare; anzi, facilitano, favoriscono e, talvolta, sanzionano la formazione e la formalizzazione delle organizzazioni famigliari<sup>5</sup>. Modellandosi sull'esperienza della famiglia tradizionale e favorendo i legami affettivi a questa conformi, il diritto impone schemi di riferimento rigidi e universalmente validi, negando riconoscimento e protezione a chi si trova in situazioni «anomale» poiché non considerate dal dettato normativo. In altri termini, attribuendo diversi livelli di riconoscimento e

*modelli o unità categoriale?*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», 2006, n. 4, p. 1230. Secondo questi autori, la scelta operata dal Costituente non implica che, nella realtà sociale, non possano configurarsi modelli diversificati di famiglia, ma piuttosto che, nell'ordinamento vigente, l'unico modello costituzionalmente garantito è la famiglia naturale fondata sul matrimonio. Essi ritengono che l'esclusione di modelli diversi di aggregazione sociale dalla categoria «famiglia» opererebbe quindi sul piano della determinazione degli effetti giuridici: sebbene a questi legami non-tradizionali possano, di volta in volta, accordarsi effetti giuridici, questi ultimi non possono realizzarsi attraverso strumenti normativi che, sostanzialmente anche se non formalmente, riconducono queste aggregazioni alla «famiglia», quale emerge dal quadro costituzionale. In posizione di netto contrasto, vi è chi sostiene che, nonostante il favore espresso per la famiglia fondata sul matrimonio, se letto in combinato disposto con l'art. 2 della Costituzione, l'art. 29 Cost. non propone un modello esclusivo. Secondo tale rilettura, sono da considerarsi ugualmente protette dalla Costituzione anche quelle forme di convivenza che – seppur non esplicitamente richiamate dalla Carta costituzionale – si fondano sui caratteri della stabilità e della responsabilità civile. Si veda, *inter alia*, R. Pane, *Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione*, in Id. (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, cit., p. 25; Di Fede, *La famiglia legittima e i modelli familiari diversificati: luci e ombre, scenari e prospettive*, cit., p. 52.

<sup>4</sup> Durante i lavori preparatori per l'art. 29 della Costituzione, Moro ha sottolineato l'importanza di definire la famiglia come un fatto sociale, sostenendo la formula «la famiglia è una società naturale», allo scopo di liberarla dall'interferenza statale. Nel pensiero di Moro, l'accento sulla parola «naturale» sarebbe quindi da leggersi come un tentativo di erigere una barriera contro lo Stato, volta a preservare la famiglia come fenomeno extra-sociale e fluido, che viaggia da sé. Significativo è il seguente passaggio, tratto dalla discussione della prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione del 6 novembre 1946: «Moro dichiara di votare a favore della formula, poiché essa corrisponde a un'evidente preoccupazione di ordine politico [...] che riguarda la lotta contro il totalitarismo di Stato, il quale intacca innanzi tutto la famiglia, per potere, attraverso questa via, più facilmente intaccare la libertà della persona. Dichiarando che la famiglia è una società naturale, si intende stabilire che la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si trova di fronte a una realtà che non può menomare né mutare». I lavori preparatori sono consultabili online al sito internet [www.nascitacostituzione.it](http://www.nascitacostituzione.it) (ultimo accesso 14 febbraio 2018).

<sup>5</sup> F. Casucci, *Elogio della famiglia (secondo una tecnica di performance e a proposito del metodo giusletterario)*, in Pane (a cura di), *Nuove frontiere della filiazione. La riforma della filiazione*, cit., 2014, p. 31.



tutela giuridica a forme familiari diversificate, il diritto svolge un ruolo coercitivo e punitivo nella vita delle persone, le cui circostanze e desideri non corrispondono alla «norma». Il riconoscimento della famiglia fondata sul matrimonio come unica formazione sociale ritenuta meritevole di protezione da parte dell'ordinamento ha infatti finito, col passare del tempo, col produrre un sistema limitativo della libertà di scegliere forme di convivenza alternative su cui fondare la propria unione, molto distante dalla realtà sociale<sup>6</sup>.

Nel corso degli ultimi anni, si è tuttavia assistito all'avvicinarsi di mutamenti di svariata natura – demografica, sociologica, culturale e scientifica – che hanno determinato la molteplice evoluzione della concezione sociale e, anche se in misura più contenuta e a un ritmo nettamente inferiore, del significato giuridico della nozione di «famiglia». Questi cambiamenti, *in primis* l'introduzione del divorzio, hanno messo in luce la fragilità del modello tradizionale e, allo stesso tempo, la pluralità delle forme e delle modalità di costituzione della famiglia. Seppur con le particolarità proprie a ogni contesto nazionale, la mutata concezione di famiglia si basa essenzialmente sul superamento del modello di famiglia fondata sul matrimonio come unico paradigma familiare rilevante per il diritto<sup>7</sup>. Non v'è dubbio che la tendenza sia quella di equiparare, almeno nella sostanza, la famiglia legittima a quella naturale. In altri termini, il matrimonio cessa – almeno, esplicitamente – di essere il requisito necessario per creare relazioni legalmente familiari. Questo implica anche il superamento del principio – contenuto nel nostro codice civile del 1942 – secondo cui, per essere conforme alla legge, la filiazione presuppone il vincolo coniugale tra i genitori.

La famiglia della società contemporanea, chiamata «famiglia al tempo delle moltitudini» dal sociologo Aldo Bonomi, è pertanto il risultato di vari processi di de-strutturazione che, dagli anni Ottanta del secolo scorso, hanno riguardato il modello della famiglia nucleare e ne hanno moltiplicato le forme, i ruoli e le culture<sup>8</sup>. Tra i vari fenomeni coinvolti in questo processo di pluralizzazione vi sono il cambiamento del ruolo della donna, all'interno della famiglia e nella sfera pubblica, il riconoscimento della facoltà di scioglimento del matrimonio, l'avvento di forme familiari «nuove»<sup>9</sup> diverse dal modello originariamente scolpito nel codice civile, come le coppie di

<sup>6</sup> M. Porcelli, *La famiglia al plurale*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», 2014, n. 3, p. 1241.

<sup>7</sup> Pane, *Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione*, cit., p. 25.

<sup>8</sup> A. Bonomi, *Le trasformazioni sociali del concetto di famiglia*, in Cesaro, Lovatti e Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, cit., p. 25.

<sup>9</sup> Queste famiglie sono da considerarsi «nuove» solo nel senso che il diritto e i giuristi si sono accorti della loro esistenza e hanno cominciato a interrogarsi sul fenomeno in tempi relativamente recenti, benché la loro esistenza nella realtà sociale sia ben più risalente.

fatto, le coppie omosessuali, le famiglie monogenitoriali e l'affermarsi di modelli etnicamente e religiosamente diversificati<sup>10</sup>.

Benché diversi tra loro, i «nuovi» modelli famigliari sono spesso accomunati dalla dissoluzione della triade sessualità-matrimonio-procreazione<sup>11</sup>. In Italia, gli anni Duemila hanno segnato un aumento esponenziale nelle nascite da famiglie non fondate sul matrimonio. Mentre nel 1999 i nati fuori dal matrimonio rappresentavano il 10% del totale delle nascite, nel 2009 hanno raggiunto il 20% e, nel 2012, addirittura il 25%<sup>12</sup>. In questo momento, dunque, un bambino su quattro è nato da genitori non uniti da vincolo coniugale<sup>13</sup>. La proliferazione di rapporti di convivenza non formalizzati e di nascite fuori dal matrimonio, accompagnata dagli alti tassi di divorzio, hanno fatto sì che si potesse discutere di procreazione al di fuori dell'istituto matrimoniale. Ancor prima, l'ampia diffusione della contraccezione negli anni Sessanta e la liberalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza – in Italia, introdotta con la legge n. 194/1978 – hanno, invece, aperto la strada a una «sessualità senza riproduzione»<sup>14</sup>.

In tempi più recenti, l'evoluzione medico-scientifica ha ulteriormente accelerato i mutamenti in ambito famigliare rendendo possibili interventi non più soltanto in negativo (tecniche anticoncezionali e aborto), ma anche in positivo sul fenomeno della riproduzione umana. In particolare, l'avvento delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) – ossia di tecniche manipolative volte a ottenere la procreazione – ha permesso una «riproduzione senza sessualità» e, ovviamente, in mancanza di un vincolo coniugale. Il rapido sviluppo della scienza medica e il crescente tasso di infertilità e/o sterilità delle coppie hanno quindi comportato l'affermarsi di una nuova forma di filiazione – la cosiddetta «filiazione assistita» – che si aggiunge alla filiazione naturale e alla filiazione adottiva<sup>15</sup>. In Italia, nel 2013, 71.741 coppie sono state trattate con tecniche di PMA e 12.187 bambini, che rappresentavano il 2,4% del totale dei nati in Italia (514.308 nati vivi, Fonte: ISTAT), sono nati grazie all'impiego di tali tecniche.

<sup>10</sup> Bonomi, *Le trasformazioni sociali del concetto di famiglia*, cit., p. 25.

<sup>11</sup> R. Collier e S. Sheldon, *Fragmenting Fatherhood: A Socio-Legal Study*, London, Hart, 2007, p. 234; A. Lorenzetti, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Ariccia, Aracne, 2015, p. 121. Si veda anche, F.D. Busnelli e M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, in «Rivista di Diritto Civile», 2013, n. 4, pp. 767-787.

<sup>12</sup> Istat, *Avere figli in Italia negli anni 2000, 2014*, p. 9, [http://www.istat.it/it/files/2015/02/Avere\\_Figli.pdf](http://www.istat.it/it/files/2015/02/Avere_Figli.pdf).

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> P. Zatti, «Natura» e «cultura» nella procreazione artificiale, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, Cedam, 1989, p. 177; G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, in Convegno Annuale del Gruppo di Pisa, Catania, 7-8 giugno 2013, p. 29, <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/05/FAMIGLIETTI.pdf>.

<sup>15</sup> G. Baldini, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, Cedam, 2013, p. 21.

La famiglia contemporanea, quindi, è anche un «luogo biopolitico»<sup>16</sup>. In tempi passati, non ci si poneva il problema della procreazione medicalmente assistita né quello delle famiglie omogenitoriali. Oggi, al contrario, parlare di «famiglia» significa necessariamente affrontare questi temi. Dinanzi a noi, c'è una realtà che non si può né evitare né cancellare: un numero crescente di coppie dello stesso sesso desiderano accedere all'esperienza della genitorialità e, qualora le norme interne non lo permettano, scelgono di recarsi all'estero, dove è possibile adottare come single o, nel caso di coppie maschili, avere figli mediante maternità surrogata. Quindi, benché l'ordinamento possa continuare a sostenere che la possibilità che un minore cresca in una famiglia omogenitoriale non è contemplata, la realtà è un'altra: tantissimi bambini già oggi sono cresciuti da coppie formate da persone dello stesso sesso o da genitori omosessuali. La famiglia diventa quindi un luogo di sperimentazione della biopolitica per i tribunali e i parlamenti, inevitabilmente coinvolti – non solo a livello nazionale – nella definizione delle forme legittime o non legittime dello stare insieme<sup>17</sup>.

Appare quindi innegabile che gli operatori del diritto sono, ogni giorno di più, chiamati a interrogarsi sugli effetti giuridici che scaturiscono dall'impiego di tecniche di PMA e, più in generale, dalla costituzione di «nuove famiglie», rivedendo le categorie tradizionali del diritto di famiglia, inapplicabili o inadeguate in quanto pensate e formulate sulla base di presupposti ben diversi. Tra questi vi è il preassunto per cui il concepimento e, pertanto, la riproduzione potesse avvenire solo per mezzi «naturali», cioè mediante l'unione sessuale. Per effetto dello sviluppo della scienza medica, si assiste a un superamento del paradigma naturalistico sul quale si è tradizionalmente fondato il fatto naturale della riproduzione<sup>18</sup>. Il rapporto sessuale ha cessato di essere il presupposto necessario per generare un essere umano. Il verificarsi dell'evento nascita appare sempre più indipendente dalla mera causalità naturalistica e sempre più la conseguenza di interventi medico-scientifici, espressione della libertà di autodeterminazione dell'individuo.

L'ampliarsi delle possibilità di scelta individuale al di fuori degli schemi «naturali» di ordine biologico, temporale e sociale, inoltre, fa venir meno un altro presupposto: quello secondo il quale, per creare una famiglia, sia necessaria la compresenza di un uomo e di una donna in età fertile. Il progresso scientifico ha infatti determinato l'autosufficienza procreativa della donna – la quale può realizzare il suo progetto genitoriale rivolgendosi a una banca del seme – e dell'uomo – il quale può diventare padre ricorrendo alla maternità surrogata<sup>19</sup>. Da un punto di vista temporale, inoltre, le

<sup>16</sup> Bonomi, *Le trasformazioni sociali del concetto di famiglia*, cit., p. 26.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Baldini, *Riflessioni di biodiritto*, cit., pp. 6-7.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 28.

tecniche riproduttive offerte dalla scienza consentono la procreazione della donna oltre l'età fertile così come la procreazione *post-mortem*, che si realizza mediante l'utilizzo del materiale genetico crioconservato del partner defunto da parte del partner superstite<sup>20</sup>.

Un altro presupposto che è stato messo in crisi dallo sviluppo scientifico in campo medico è quello dell'unitaria titolarità del fattore biologico e volontaristico<sup>21</sup>. Fino a poco tempo fa, il diritto attribuiva la responsabilità sociale della procreazione in capo al soggetto che, con il suo materiale genetico, contribuiva al concepimento e quindi alla nascita del bambino<sup>22</sup>. La rivoluzione riproduttiva ha notevolmente accentuato il ruolo dell'elemento volontaristico in ambito procreativo, facendo sorgere l'esigenza di rivisitare le definizioni giuridiche di paternità e maternità<sup>23</sup>. Infine, il progresso scientifico ha reso possibile la filiazione all'interno di una coppia a prescindere dal sesso biologico dei suoi componenti. Così, la graduale apertura delle tecniche di PMA – così come dell'adozione – alle coppie omosessuali hanno travolto un altro fondamento classico del diritto della filiazione (strettamente connesso al precedente): quello secondo il quale ogni bambino ha e, per uno sviluppo armonico, deve avere come riferimento due figure genitoriali – nello specifico, un padre e una madre.

Si assiste pertanto «non alla morte della famiglia (tradizionale), ma alla sua trasformazione in una nuova prospettiva ove appare più corretto discorrere non di famiglia, ma di modelli famigliari»<sup>24</sup>. I processi di cambiamento innescati dalle novità a cui si è fatto riferimento sopra non si sono ancora chiusi. Il modello familiare attuale è quindi in divenire. Le famiglie contemporanee sono in una fase di sospensione temporale. Utilizzando un'espressione di Bonomi, si trovano tra un «non più» e un «non ancora»<sup>25</sup>. Ossia, la famiglia di oggi non è più la famiglia patriarcale o mononucleare, tipicamente novecentesca, ma allo stesso tempo non è ancora espressione di un nuovo modello definito. Lo studio della famiglia e la regolamentazione dei rapporti di filiazione devono dunque fare i conti con l'eterogeneità di una realtà che si trasforma velocemente, che preme e prevale sul dettato normativo, che il legislatore lo voglia o meno.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>25</sup> Bonomi, *Le trasformazioni sociali del concetto di famiglia*, cit., p. 26.

## 2. Le «nuove famiglie»: tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale

La consapevolezza dell'esistenza di una «famiglia al plurale»<sup>26</sup>, costituita da una molteplicità di forme familiari sempre più multiformi che si pongono accanto alla famiglia eterosessuale unita in matrimonio, e l'impetuosità con cui la realtà sociale s'impone sul dettato normativo dovrebbero spingere il legislatore verso una nuova rilettura dei rapporti familiari. In particolare, dovrebbero spronarlo a ridisegnare la nozione di famiglia legale che, nella società odierna, non è più necessariamente fondata sul matrimonio, predisponendo dispositivi normativi più moderni ed efficaci volti a disciplinare gli effetti sociali, personali e patrimoniali della costituzione e dello scioglimento delle nuove costellazioni familiari. Molti ordinamenti europei già da qualche tempo hanno dimostrato una certa apertura a nuovi modelli familiari, quali la famiglia omogenitoriale, monoparentale, di fatto o ricostituita; in sostanza, a qualsiasi formazione sociale che, a prescindere dalla sua qualificazione giuridica, svolge funzioni familiari<sup>27</sup>. Altri ordinamenti, invece, hanno preferito intraprendere un percorso più cauto verso la modernità, osservando (più o meno) in silenzio il manifestarsi di una nuova realtà.

Gli approcci legislativi adottati, quindi, non puntano sempre nella stessa direzione. Secondo la ricostruzione proposta da d'Avack, a fronte delle problematiche poste dall'era tecnologica – e, più in generale, dal sorgere di «nuovi» modelli familiari – si sono consolidati due principali modelli etici, culturali e giuridici<sup>28</sup>. Il primo – cosiddetto «libertario» – favorisce il diritto alla *privacy* e l'autodeterminazione in ambito riproduttivo. La premessa da cui si sviluppa il modello libertario – che è più consono alle esperienze giuridiche del mondo anglo-americano – è che ogni persona ha il diritto di procreare, come pure di non procreare, e tale diritto trova il suo fondamento nella libertà individuale. Questo approccio, quindi, configura la scelta procreativa come diritto fondamentale di procreare «quando», «come» e «con chi», a prescindere da condizioni di sterilità/infertilità, favorendo gli interessi e le posizioni degli adulti, a scapito del figlio che finisce per subire le conseguenze delle scelte dei genitori. Il diritto di essere genitore – sul quale s'incentra questo modello – ha un contenuto certamente «negativo», cioè di protezione dell'individuo dall'ingerenza statale nella sua libera scelta procreativa. In un modello libertario, pertanto, lo Stato deve astenersi dal predisporre soluzioni normative che contengano giudizi di valore sulle scelte dei singoli così favorendo, e non ostacolando, nuove formazioni familiari.

<sup>26</sup> Porcelli, *La famiglia al plurale*, cit.

<sup>27</sup> Pane, *Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione*, cit., p. 26.

<sup>28</sup> L. d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 11. Sull'enfasi posta sul diritto di essere genitore, tipica della dottrina nordamericana (almeno fino agli anni Novanta), si veda L. Lenti, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, Cedam, 1993, pp. 38-49.

Il secondo modello – che è maggiormente rintracciabile sul continente – s’incentra sul principio della responsabilità che funge da limite all’assoluta autodeterminazione dell’individuo. Esempi di questo approccio – chiamato «personalista» da d’Avack – possono rinvenirsi nelle Costituzioni e in alcune convenzioni internazionali, come la Convenzione sui diritti dell’uomo e della biomedicina e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Malgrado una marcata disparità di approcci normativi, il legislatore dei diversi paesi europei ha generalmente operato un bilanciamento tra i valori fondamentali posti a garanzia della persona: da un lato, la libertà di chi ha accesso alle tecniche di PMA, giustificata prevalentemente dal diritto alla salute, e dall’altro, la tutela del nato, compreso il diritto di conoscere le proprie origini, il diritto a una famiglia e a crescere in un ambiente familiare adeguato, e il diritto all’integrità fisica e psicologica<sup>29</sup>. Da questo bilanciamento, sono scaturite scelte legislative diverse: alcune più «chiuse», che prediligono il modello tradizionale di famiglia e altre più «aperte», che non escludono la legittimità delle «nuove» forme famigliari<sup>30</sup>.

Indipendentemente dal modello seguito, non v’è dubbio che l’intervento della legge non sia sempre stato del tutto soddisfacente e convincente. Le carenze normative che caratterizzano il diritto vigente sono state spesso attribuite a una mancanza di volontà o esitazione da parte del legislatore di prendere una posizione su questioni eticamente e moralmente sensibili. Pur riconoscendo la validità di tale tesi, è importante porre l’accento sull’esistenza di almeno un altro fattore – di natura più «fisiologica» – che rende un intervento legislativo esauriente un obiettivo difficile da raggiungere: la mancanza di una piena conoscenza della vicenda scientifica, a sua volta imputabile al tecnicismo e alla rapidità con la quale avvengono progressi e scoperte nel campo scientifico e, più in generale, la difficoltà di inseguire ciò che affiora da una realtà fenomenica sempre più nuova e varia e di fornire risposte adeguate e puntuali a esigenze che si manifestano in una società che si trasforma velocemente<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> d’Avack, *Il progetto filiazione nell’era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, cit., p. 22.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>31</sup> Particolarmente emblematica della varietà dei risultati che fanno seguito all’impiego di tecniche di PMA e, soprattutto, della loro imprevedibilità è la vicenda – divenuta mediatica a fine 2017 – di Jessica Allen, madre surrogata californiana che ha dato alla luce due gemelli, uno dei quali è suo figlio biologico. Da un punto di vista scientifico, è tuttora incerto come ciò possa essere accaduto. Ci sono due possibili spiegazioni: o la donna ha avuto una seconda ovulazione in seguito all’impianto dell’embrione formato con i gameti della coppia committente oppure un suo ovocita già fecondato mediante unione sessuale dallo sperma del marito – ma, per qualche ragione, non ancora impiantato nell’utero – ha attecchito approfittando dell’ambiente uterino particolarmente accogliente creato per facilitare la gravidanza surrogata. Il fatto che i due bambini non avessero lo stesso DNA è stato scoperto solo alla nascita, a seguito di indagini svolte su iniziativa della coppia committente insospettata dalla



Un dato è certo: l'inerzia, l'indifferenza o l'incapacità del legislatore non hanno impedito all'autonomia privata di colmare il vuoto<sup>32</sup>. Pertanto, di fronte al concreto manifestarsi di nuove istanze di riconoscimento e tutela giuridica, l'arduo compito di fornire una risposta ai nuovi fenomeni familiari è spettato al giudice. Quest'ultimo, con l'aiuto delle fonti internazionali, *in primis*, la CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo, si è fatto artefice di un'intensa opera costruttiva che ha determinato l'evoluzione del diritto della filiazione per via giurisprudenziale. Si assiste pertanto alla migrazione della tutela dei diritti dalle aule parlamentari a quelle giudiziarie, nazionali e sovranazionali. In altri termini, nei paesi in cui non si è legiferato o si è legiferato in maniera incompleta o inadeguata, è stato il compito delle corti di giustizia di comporre le tensioni provocate dal ricorso a nuove modalità di procreazione e filiazione, tra i diversi diritti e interessi in gioco – dei figli, da un lato, e dei genitori sia genetici che sociali, dall'altro.

Questa mescolanza di funzioni ha preso forma anche nell'ordinamento italiano. In particolare, la storia della disciplina della PMA ha origine e, fino ai giorni nostri, è caratterizzata da una situazione di carenza legislativa. Anche in assenza di una legge che la disciplinasse, l'impiego di tecniche di PMA è una pratica diffusa sin dall'inizio degli anni Ottanta del Novecento. È quindi da quel momento che i giudici, nel silenzio del legislatore, incominciano a «tessere diritto» a partire dalle norme esistenti<sup>33</sup>. Finché, nel 1998, la Corte costituzionale, che era stata chiamata a giudicare sull'incostituzionalità dell'art. 235 del codice civile (circa l'ammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità da parte del marito che avesse dato il consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie), invita il legislatore a colmare la lacuna normativa esistente garantendo la tutela di «plurime esigenze costituzionali», tra cui «le garanzie per il nuovo nato» e i suoi «diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità»<sup>34</sup>.

marcata differenza fisica tra i due gemelli. Giunta la tanta temuta conferma, la coppia committente – oltre a chiedere il risarcimento del danno alla madre surrogata – si è detta non più interessata a crescere il bambino a loro geneticamente estraneo, dandolo in adozione. Alla fine, il bambino è tornato a vivere con Jessica Allen e il marito che sono riusciti a ottenerne l'affidamento solo al termine di una faticosa battaglia giudiziaria. Nonostante fosse il loro figlio biologico, infatti, in virtù del contratto di maternità surrogata, i genitori legali e quindi coloro che figuravano sul certificato di nascita erano i genitori committenti. Per un resoconto della vicenda, si rinvia all'intervista rilasciata da Jessica Allen: J. Ridley, *I Rented out my Womb – And they almost Took my Own Son*, in «New York Post», 25 ottobre 2017, <http://nypost.com/2017/10/25/i-rented-out-my-womb-and-they-took-my-own-son/>.

<sup>32</sup> Di Fedè, *La famiglia legittima e i modelli familiari diversificati: luci e ombre, scenari e prospettive*, cit., p. 55.

<sup>33</sup> C. Tripodina, *Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in «Rivista di BioDiritto», 2014, n. 2, p. 68.

<sup>34</sup> Corte cost. n. 347 del 26 settembre 1998.

Sei anni dopo, il Parlamento interviene approvando la legge 19 febbraio 2004, n. 40<sup>35</sup>, legge fortemente criticata sin dalla sua approvazione. A essere sotto accusa è innanzitutto la scelta del legislatore di riconoscere all'embrione (nel testo dell'art. 1, *concepito*) fin dall'istante del concepimento uno status giuridico pari a quello degli altri soggetti coinvolti nelle tecniche di PMA. Questa scelta, a sua volta, riflette la volontà del legislatore di concepire la PMA come esclusivo trattamento terapeutico per la soluzione di condizioni patologiche di sterilità e infertilità e non invece come una via alternativa, liberamente praticabile, alla procreazione che avviene per unione sessuale<sup>36</sup>.

La configurazione del concepito come soggetto di diritti spiega anche la previsione di una serie di divieti e sanzioni che finivano per creare una certa illogicità tra le finalità perseguite – o, almeno dichiarate – dalla legge n. 40 e la sua concreta attuazione. Tre le contraddizioni contestate, vi era, ad esempio, l'esclusione delle coppie non sterili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili dai soggetti legittimati ad accedere alle tecniche di PMA ma, allo stesso tempo, il divieto di fecondazione eterologa<sup>37</sup>. Questo divieto appariva ancora più discriminatorio alla luce del fatto che la stessa legge si preoccupava di disciplinare lo *status filiationis* dei figli nati da PMA eterologa e quindi le conseguenze di una pratica vietata, nella consapevolezza che le coppie dotate dei mezzi finanziari necessari si sarebbero rivolte a cliniche straniere per aggirare il divieto italiano. Queste disposizioni contraddittorie, dunque, pur apparendo *prima facie* l'operato di un legislatore distratto, costituivano un corpo normativo razionalmente e logicamente pensato al fine di garantire la tutela massima all'embrione<sup>38</sup>.

Alcune di queste antinomie sono state superate soltanto grazie all'evoluzione giurisprudenziale della legge, che ha ripristinato la coerenza della normativa eliminando alcune previsioni incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento. Dal 2004 in poi, infatti, la legge è stata sottoposta

<sup>35</sup> Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004. Il testo della legge è disponibile online: <http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm>.

<sup>36</sup> Baldini, *Riflessioni di biodiritto*, cit., p. 47.

<sup>37</sup> A. Musumeci, *La legge 40/2004 tra giudici ordinari e Corte costituzionale: un dialogo difficile ma necessario*, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Ariccia, Aracne, 2015, p. 74. In maniera interessante, Giacobbe spiega i divieti di maternità surrogata e di fecondazione eterologa – statuiti nel testo della legge n. 40 – facendo riferimento alla capacità di queste pratiche di incidere sul rapporto procreativo (e quindi sulla genitorialità), ossia sul legame tra colui che procrea e colui che è procreato, alterando il modello di famiglia riconosciuto dall'art. 29 Cost. Problema che, al contrario, non si pone in caso di fecondazione omologa, a seguito della quale il rapporto procreativo risulta invariato, essendo irrilevante sul piano del diritto la modalità con cui si è realizzato il concepimento. Si veda Giacobbe, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, cit., pp. 1236-1237.

<sup>38</sup> Baldini, *Riflessioni di biodiritto*, cit., p. 51.



a un processo di graduale smantellamento, il cui risultato è un corpo normativo profondamente diverso da quello approvato in origine. Questa differenza, tuttavia, non è attribuibile a interventi di aggiornamento da parte del legislatore bensì all'azione dei giudici di merito, della Corte costituzionale e delle corti sovranazionali, impegnati ad armonizzare alcune disposizioni del dettato normativo originario agli standard internazionali e europei in materia. Le ultime tappe di questa parziale riscrittura della legge, che non è altro che il prodotto dell'ormai acquisita consapevolezza dell'esistenza, nello scenario sociale, di modelli familiari diversificati, risalgono a tempi piuttosto recenti: nel 2014, esattamente a dieci anni dall'entrata in vigore della legge, la Corte costituzionale ha fatto cadere il divieto di ricorso a tecniche di fecondazione eterologa<sup>39</sup> e, circa un anno fa, ha dichiarato l'illegittimità dell'esclusione dalla possibilità di ricorrere alle tecniche di PMA alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico<sup>40</sup>.

La storia della PMA in Italia è dunque caratterizzata da un intreccio continuo di diritto scritto e diritto giurisprudenziale, dove quest'ultimo svolge un ruolo predominante nel determinare l'aspetto finale del tessuto<sup>41</sup>. Lo stato attuale della disciplina della PMA è, infatti, il frutto più degli interventi di corti e giudici, che di quanto inizialmente previsto dal legislatore. Questo contributo preponderante del diritto giurisprudenziale, inoltre, non contraddistingue soltanto la disciplina della PMA, ma è indicativa di un determinato modo di svilupparsi dei rapporti legislatore-giudici che è tipico della disciplina di tutti i diritti di ultima generazione<sup>42</sup>. Il legislatore italiano appare, infatti, sempre in ritardo rispetto all'evoluzione tecnologica e sociale e alle problematiche che ne derivano; e, nel momento in cui accorcia le distanze e si esprime, tende a farlo secondo un «modello impositivo» o *top-down*, ossia imponendo modelli di comportamento ispirati a una visione normativa di ciò che è considerato essere nel bene dell'individuo dalla maggioranza (parlamentare) a scapito della realizzazione della volontà di quest'ultimo<sup>43</sup>.

Quello preso in considerazione nel presente rapporto, inoltre, è indubbiamente uno degli ambiti giuridici in cui lo scarto tra proclamazione legislativa e realtà e, quindi, la tensione – identificata da Zagrebelsky – tra codificazione e diritti fondamentali della persona sono particolarmente marcati<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Corte cost. n. 162 del 10 giugno 2014.

<sup>40</sup> Corte cost. n. 96 del 5 giugno 2015, la quale si conforma alla pronuncia della Corte EDU in *Costa e Pavan c. Italia* (ricorso n. 54270/10, sentenza del 28 agosto 2012) cui si farà riferimento nel capitolo successivo.

<sup>41</sup> Tripodina, *Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., p. 83.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> V. Zagrebelsky, *Codificazione e diritti fondamentali della persona nel contesto europeo. La*

Infatti, se da un lato, vi è l'aspirazione di disciplinare in maniera minuziosa le vicende di cui si occupa il legislatore, obbligando il giudice a escludere dalla sua valutazione ciò che la fattispecie astratta non contempla, dall'altro, si pone invece l'esigenza di fornire una tutela concreta ed effettiva ai diritti dei singoli coinvolti nella vicenda in esame<sup>45</sup>. Ecco perché i giudici e le corti sono stati spesso chiamati a intervenire per colmare le lacune o per rimediare ai difetti e alle assurdità del diritto legislativo che, secondo il metodo classico della codificazione, non abbonda nell'uso di clausole generali o espressioni che rinviano a valori, ma tende piuttosto all'accorpamento di una vasta varietà di casi in categorie generali e astratte, descritte in maniera dettagliata<sup>46</sup>.

Oltre a caratterizzare la realtà delle cose, la prevalenza del diritto giurisprudenziale sul diritto scritto è considerata la strada preferibile, anche a livello teorico. Parte della dottrina ha sostenuto il superamento del diritto scritto in materia di diritti fondamentali da parte del diritto giurisprudenziale, elogiando quest'ultimo come l'unico in grado di assicurare una tutela effettiva dei diritti in una duplice maniera: da un lato, garantendo un costante dinamismo nella tutela dei diritti fondamentali e quindi favorendo l'adattabilità del diritto alle peculiarità ed esigenze del caso concreto e, più in generale, a una realtà che evolve rapidamente; dall'altro, astenendosi dall'adottare scelte definitive tra i valori e gli interessi in gioco e, dunque, prendendo decisioni applicabili a casi specifici<sup>47</sup>. È da queste considerazioni che nasce il desiderio, espresso da parte della dottrina, di un rafforzamento e intensificazione del già attivo «dialogo» tra le corti, ossia dei processi d'interazione e cooperazione tra giudici nazionali, europei e internazionali e della conseguente mutua alimentazione semantica e transito di valori giurisprudenziali tra di esse.

Il ruolo decisivo giocato dal diritto giurisprudenziale in materia di «nuove famiglie», inoltre, non è un *unicum* del nostro ordinamento, ma è divenuto un fenomeno più o meno diffuso anche in altri sistemi giuridici. La giurisprudenza, che sarà analizzata in dettaglio nei capitoli che seguono, è dimostrazione di un generale ritardo e affanno con cui i legislatori nazionali arrivano a regolare le molteplici questioni giuridiche aperte dall'evoluzione scientifica e sociale, in un'epoca di profondi e repentini cambiamenti come la nostra. Tuttavia, la via giudiziaria alle «nuove famiglie» non è sem-

*difficile convivenza*, in L. Vacca (a cura di), *Il codice civile ha 70 anni ma non li dimostra*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 15-24.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Si veda, *inter alia*, L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. Rodotà e M. Tallacchini (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2010, p. 231; S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2009, p. 9.

pre lineare, priva di esiti giudiziari antitetici, ma il frutto di un percorso determinato dal caso e dalla necessità<sup>48</sup>. Le vicende che saranno esaminate nei capitoli successivi sono indicative di una certa schizofrenia del sistema e dell'attribuzione di un considerevole potere discrezionale – da alcuni definito addirittura «arbitrario» – ai giudici e agli operatori del diritto, esercitato in base al loro sistema di valori e principi, alle circostanze della singola vicenda, con un elevato tasso di occasionalità<sup>49</sup>. In alcuni casi, questo potere discrezionale ha finito per dare spazio a giudizi valoriali allo scopo di «punire» o almeno disincentivare scelte individuali non condivise, spesso innescate dalla necessità di eludere divieti di legge riguardanti il ricorso a determinate tecniche procreative e/o l'accessibilità dell'esperienza genitoriale a determinate categorie di soggetti.

Questo intreccio continuo tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale costituisce la premessa dell'analisi condotta nei capitoli che seguono, analisi che mira essenzialmente a esaminare il ruolo giocato dai giudici nazionali nel colmare lo scarto esistente tra la realtà normativa e la realtà sociale delle «nuove famiglie» e, pertanto, nel gestire realtà famigliari nuove avendo a disposizione forme di diritto che non le consideravano<sup>50</sup>.

### 3. *L'inevitabile impatto delle nuove modalità di procreazione e filiazione sulle nozioni del diritto di famiglia: la determinazione dello «status filiationis»*

L'evoluzione scientifico-tecnologica e il mutamento socio-culturale, cui si è fatto riferimento sopra, hanno profondamente trasformato alcuni istituti giuridici tradizionali, impegnando gli operatori del diritto e la dottrina a confrontarsi su temi nuovi o non ancora esplorati. Tra i settori giuridici maggiormente esposti all'esigenza di attenti ripensamenti e continui adattamenti ai nuovi fenomeni famigliari vi è, indubbiamente, il diritto di famiglia e, in particolare, la disciplina della filiazione. Quando si parla di «nuove famiglie», infatti, l'attribuzione della genitorialità – su cui si concentrerà questo volume – è una questione di non immediata soluzione perché la realtà sociale dei legami famigliari generati dal ricorso a nuove forme di filiazione

<sup>48</sup> Musumeci, *La legge 40/2004 tra giudici ordinari e Corte costituzionale: un dialogo difficile ma necessario*, cit., p. 76; Lorenzetti, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, cit., p. 117.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>50</sup> In questa direzione anche se in un contesto differente, merita segnalare la recentissima pronuncia della Corte costituzionale tedesca che ha riconosciuto il diritto ad appartenere a un terzo sesso e quindi a non essere registrati come maschio o femmina sul certificato di nascita. Si rinvia a *Civil Status Law Must Allow a Third Gender Option*, Press Release n. 95/2017 della Corte costituzionale, 8 novembre 2017, [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/bvg17-095.html;jsessionid=25A9208786F4914C045F5686D1BF613C.1\\_cid361](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/bvg17-095.html;jsessionid=25A9208786F4914C045F5686D1BF613C.1_cid361).

e procreazione non corrisponde al modello tradizionale di famiglia disegnato dal diritto della filiazione (incluso il nostro codice civile, ma non solo).

I sistemi giuridici tendono, da tempo immemorabile, a indicare il dato genetico-biologico come criterio basilare della determinazione dello *status filiationis*. In altri termini, partono dal presupposto che il rapporto giuridico di filiazione debba riflettere la realtà naturale, in armonia col cosiddetto «principio di verità»<sup>51</sup>. Anche se quest'ultimo costituisce il punto di partenza del diritto della filiazione, non è l'unico principio che lo regola. Nella storia della civiltà europea, la regola che gli ha posto il maggior numero di limiti è quella del *favor legitimationis*. Soprattutto prima dell'affievolirsi dell'attenzione rivolta alla famiglia fondata sul matrimonio, infatti, sacrificare la verità biologica era considerato accettabile se giustificato dall'esigenza di tutelare la famiglia legittima. Quando si parla di «nuove famiglie», tuttavia, queste due regole cessano di essere gli unici criteri potenzialmente decisivi ai fini della determinazione dello *status filiationis*. Nel contesto della PMA, così come nella vicenda adottiva, la volontà umana assume, infatti, un ruolo innegabile, almeno sul piano fattuale<sup>52</sup>. Si pone quindi l'interrogativo se la volontà umana, oltre a influenzare la realtà concretamente vissuta da queste famiglie, è in grado di produrre conseguenze giuridiche e, in particolare, se assume alcun rilievo nella costituzione del rapporto di filiazione.

Ma prima di addentrarci nella delicata questione della determinazione dello *status filiationis*, una panoramica, rapida quanto sintetica, sulle diverse tecniche riproduttive può essere utile per meglio comprendere il sostrato medico-scientifico dei problemi giuridici che emergono nel campo del diritto della filiazione. Le tecniche di PMA comprendono «tutti quei trattamenti o procedure di laboratorio che includono la manipolazione in vitro di ovociti e spermatozoi o embrioni allo scopo di avviare una gravidanza»<sup>53</sup>. Si tratta quindi di procedimenti medico-strumentali che suppliscono all'unione sessuale tra un uomo e una donna al fine di giungere al concepimento di un essere umano, mediante l'utilizzo di materiale genetico proprio (tecniche omologhe) o altrui (tecniche eterologhe)<sup>54</sup>. Mentre la finalità perseguita – ossia la nascita di un figlio – è quindi identica a quella cui mira la filiazione che avviene per natura, i mezzi impiegati per raggiungerla sono diversi.

Le forme di PMA possono essere suddivise in tre distinte metodiche: la procreazione omologa, la procreazione eterologa e la maternità surrogata<sup>55</sup>. La procreazione omologa si realizza all'interno della coppia mediante l'uti-

<sup>51</sup> Lenti, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, cit., p. 50.

<sup>52</sup> d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, cit., p. 26.

<sup>53</sup> Istituto Superiore di Sanità, *Glossario*, <http://www.iss.it/binary/rpma/cont/Glossario.pdf> (ultimo accesso 9 marzo 2018).

<sup>54</sup> Baldini, *Riflessioni di biodiritto*, cit., p. 23.

<sup>55</sup> Questa classificazione è proposta da Baldini, *ibidem*, p. 24.

lizzo del materiale genetico di entrambi i partner, con l'aiuto di un operatore sanitario. Il concepimento può avvenire *in vivo* – ossia nell'ambiente naturale – o *in vitro* – ossia in provetta. Questa tecnica tende a non suscitare problemi né di ordine giuridico né di ordine morale perché la derivazione biologico-genetica e, quindi, la filiazione del nato è riconducibile a entrambi i genitori<sup>56</sup>. Nel caso di tecniche eterologhe, invece, la fecondazione e il concepimento si realizzano grazie all'apporto genetico di un/a donatore/trice, estraneo/a alla coppia genitoriale e, quindi, potrà avvenire solo *in vitro*. L'utilizzo di materiale genetico proveniente da terzi dà vita a scenari che presentano un maggior grado di complessità. Infatti, oltre a consentire la dissociazione tra sessualità e procreazione (binomio sul quale si basa la famiglia tradizionale), la fecondazione eterologa comporta un'ulteriore scissione di aspetti della vicenda riproduttiva, dal momento in cui il patrimonio genetico del figlio non è il frutto dell'incontro dei gameti dell'aspirante madre e dell'aspirante padre. In casi di fecondazione eterologa, quindi, i genitori genetici sono persone diverse dai genitori sociali, ossia da chi intende assumere tale ruolo dinanzi alla società e, di conseguenza, si pone la questione di scegliere a quale legame attribuire rilevanza giuridica<sup>57</sup>.

Tra le tecniche di fecondazione eterologa, la donazione di seme è un processo ampiamente utilizzato perché si rivolge e permette di avere figli a diverse categorie di soggetti, quali, per esempio, le coppie con grave infertilità maschile o rischio di trasmissione di malattie da parte dell'uomo, le donne che desiderano diventare madri nubili e le coppie lesbiche. La fecondazione eterologa può anche riguardare la linea materna e, in questo caso, si parla di donazione di ovociti che saranno fecondati con seme del partner maschile per poi essere trasferiti nel grembo della partner femminile. Complice l'evoluzione medico-scientifica, il novero delle tecniche di tipo eterologo comprende anche la donazione mitocondriale, che prevede l'unione in laboratorio dei gameti di padre e madre con l'apporto extra di un'altra donna (donatrice) che offre una porzione di DNA mitocondriale per sostituire quello difettoso della madre naturale. Si tratta di uno dei metodi più recentemente messi a punto per prevenire e sradicare malattie geneticamente trasmissibili per via materna. Con una nuova legge, approvata nel febbraio 2015, il Regno Unito è quindi divenuto il primo paese al mondo ad autorizzare la creazione di bambini con tre genitori biologici.

<sup>56</sup> Tuttavia, l'esperienza ci insegna che anche l'impiego di tecniche omologhe può fare sorgere il dilemma «genitorialità sociale *versus* genitorialità genetica». I casi di «errore», di «scambio» di materiale genetico e di embrioni, come quello avvenuto all'Ospedale Pertini di Roma (esaminato nel capitolo 6), dimostrano che la casistica di più problematica risoluzione non deriva necessariamente dai casi di fecondazione eterologa.

<sup>57</sup> G. Capizzi, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in «Rivista di BioDiritto», 2014, n. 2, p. 114.

La terza forma di procreazione assistita – la cosiddetta maternità surrogata – è di gran lunga la più controversa in quanto costituisce una delle ipotesi più significative del sovvertimento della percezione convenzionale della maternità, in cui la partoriente è allo stesso tempo la madre genetica e la madre sociale del nato<sup>58</sup>. Rispetto alle ordinarie procedure di fecondazione assistita (omologa o eterologa) sopra indicate, questa pratica richiede la collaborazione di una donna estranea alla coppia di aspiranti genitori (o, nel caso di single, dell'aspirante genitore), che mette a disposizione il proprio utero e si impegna a portare a termine la gravidanza e a consegnare il bambino, una volta nato, alla coppia o al genitore che intende assumersi la responsabilità genitoriale. A seconda che la madre surrogata si limiti ad accogliere in grembo un embrione a lei geneticamente estraneo o, viceversa, contribuisca al concepimento offrendo i propri gameti, si distingue tra surrogazione gestazionale e surrogazione tradizionale. Ne consegue quindi che le molteplici dimensioni della maternità possono essere scisse e fare capo a tre donne diverse: la madre gestazionale, ossia colei che ha portato a termine la gravidanza, la madre genetica, a cui appartiene l'ovocita fecondato, e la madre sociale, ossia colei dalla quale si è originato il progetto procreativo, che mira a ottenere la responsabilità genitoriale e instaura un legame affettivo con il nato.

Com'è reso evidente dall'esperienza della maternità surrogata, una delle conseguenze inevitabili dell'impiego di tecniche di PMA è la molteplicità di figure parentali. Le funzioni di maternità e paternità – un tempo unitarie – si frammentano in varie componenti astrattamente riconducibili a soggetti diversi. La figura del genitore sociale, quindi, emerge come figura distinta da quella del genitore biologico. Davanti al fenomeno della procreazione realizzata mediante PMA, uno dei compiti più complessi che spetta al giurista è, quindi, di stabilire se si formano rapporti di paternità, di maternità o di filiazione e, soprattutto, fra quali dei vari partecipanti al processo procreativo. In altri termini, è quello di fornire una risposta alle seguenti domande: chi sono i genitori? Chi ha il «diritto» (ammesso che si possa parlare di «diritto») di essere considerato genitore, in virtù di quale circostanza, di quali comportamenti da lui/lei tenuti e di quali intenzioni dichiarate? O, se affrontati dal punto di vista del figlio, i quesiti saranno: qual è lo status familiare del nato? Sulla base di quali circostanze, un minore riceve lo status di figlio di determinate persone?

Queste questioni assumono toni ancora più problematici laddove sorga un conflitto fra i vari soggetti che hanno preso parte al progetto procreativo. In alcuni casi, quindi, oltre a dover risolvere la di per sé travagliata questione dello *status filiationis* (occupandosi, quindi, del rapporto genitore/i-figlio), il giurista è anche chiamato a districare i complessi rapporti tra le

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 125.



molteplici e concorrenti figure genitoriali o aspiranti tali. Come emergerà dalla giurisprudenza oggetto di analisi nei prossimi capitoli, non sono, infatti, rare le situazioni in cui il/la donatore/trice o la madre surrogata cambino idea e intendano giocare un ruolo sociale – che vada oltre al loro contributo biologico o genetico – nella vita del nato o, semplicemente, la diversità di vedute sulla gestione della vicenda produca tensioni tra le diverse parti interessate, titolari di interessi contrapposti.

La frammentazione della genitorialità che deriva da queste nuove forme di procreazione continua a cogliere gli operatori del diritto impreparati. L'effetto sorpresa è all'ordine del giorno: la scoperta di nuove tecniche riproduttive o, semplicemente, il verificarsi di vicende umane non contemplate dal dettato normativo generano situazioni e richieste, rispetto alle quali il diritto manca di soluzioni o di soluzioni adeguate in quanto basato su schemi e presupposti diversi. Anche se la questione della determinazione dello *status filiationis* è emersa con maggiore evidenza nel contesto della PMA, è importante rilevare che lo stesso problema si pone rispetto alle famiglie omogenitoriali adottive. Pur rimanendo due vicende marcatamente distinte, sia l'adozione sia la PMA eterologa realizzano la filiazione mediante un «innesto» – in un caso sociale e affettivo e nell'altro fisico<sup>59</sup> – e, di conseguenza, producono una genitorialità sociale che non corrisponde *in toto* alla genitorialità genetica.

Ma andiamo al dunque. Quando si affronta la questione della determinazione dello *status filiationis*, il problema di fondo è il seguente. Il diritto ha tradizionalmente ancorato la definizione dello *status filiationis* a due regole principali, plasmate sull'immagine della famiglia tradizionale e quindi di problematica interpretazione e applicazione al fenomeno delle «nuove famiglie». Queste due regole attribuiscono lo status familiare per effetto di alcuni automatismi. La maternità è determinata come conseguenza immediata dell'evento naturale del parto, in armonia con il principio *mater semper certa est*. Non potendosi accertare sulla base di un fatto naturale e pertanto non potendosi stabilire con uguale certezza, l'attribuzione dello status paterno avviene, invece, per effetto delle presunzioni legali, di paternità e di concepimento durante il matrimonio, riassumibili nel brocardo *pater est quem nuptiae demonstrant*<sup>60</sup>. Mentre la presunzione di paternità è la soluzione adottata per far fronte all'impossibilità di determinare con accettabile certezza chi è il padre di un determinato bambino, la presunzione di concepimento in costanza di matrimonio è stata creata per governare un'altra incertezza, quella dovuta all'impossibilità di determinare con accettabile precisione la durata di ogni singola gravidanza.

<sup>59</sup> Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, cit., p. 57.

<sup>60</sup> Art. 231 del codice civile: «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio».

Queste presunzioni trovavano spazio in un'era in cui le circostanze di fatto cui davano risposta erano effettivamente incerte<sup>61</sup>. Oggi, tuttavia, la possibilità di stabilire con certezza la paternità genetica e la durata di ogni singola gravidanza esiste. Dinanzi al progresso scientifico che offre soluzioni più precise agli stessi quesiti e quindi ci mette di fronte a numerose ipotesi in cui alla *fiction iuris* non corrisponde una parallela realtà naturale, il meccanismo delle presunzioni viene quindi a perdere la sua *raison d'être* e la sua indispensabilità. In altri termini, poiché la certezza assoluta, oggi, può essere raggiunta mediante semplici esami di laboratorio (si pensi, per esempio, ai test genetici), divenuti realtà quotidiana, non vi è più la necessità né l'opportunità di affidarsi ciecamente alle presunzioni legali.

È quindi chiaro che, benché siano spesso le uniche utilizzabili in modo diretto, le regole attributive degli status offerte dal diritto della filiazione possono risultare obsolete rispetto alle esigenze delle nuove realtà familiari in quanto fingono di non conoscerle, trascurando aspetti importanti delle nuove acquisizioni medico-scientifiche e dell'evoluzione sociale. Come emergerà dalla giurisprudenza analizzata nei capitoli successivi, la mancanza di una disciplina normativa concepita appositamente per regolare i nuovi fenomeni familiari porta a una conseguenza scontata: l'applicazione di un sistema normativo che è stato pensato e scritto senza tenerne alcun conto<sup>62</sup>. Il giurista si trova quindi, con una certa frequenza, a doversi arrabattare per trovare una soluzione applicabile a fenomeni non disciplinati (in quanto non ancora presi in considerazione dal legislatore), facendo uso degli strumenti, limitati o inadeguati, messi a disposizione dal diritto vigente<sup>63</sup>, con il rischio di comportare un'ingiustificata compressione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti<sup>64</sup>.

A questo punto, un paio di esempi possono servire a illustrare – seppur sommariamente – alcune delle vicende umane in cui le regole tecniche sopra esposte sono destinate a intervenire. Tanto per iniziare, si prenda in considerazione il caso di una coppia coniugata che faccia ricorso alla donazione di sperma. Nell'ambito di tale metodica, come accennato in precedenza, l'apporto genetico è offerto da un soggetto diverso dal coniuge della madre, che partecipa al progetto procreativo in maniera del tutto «irresponsabile», ossia senza l'intenzione di assumersi la paternità sociale del nato<sup>65</sup>. Il ricorso a questa tecnica, perciò, comporta la scissione della nozione di paternità, potendosi individuare un padre genetico (donatore) – ossia l'uomo i cui spermatozoi sono impiegati per il concepimento – e un padre sociale – ossia

<sup>61</sup> Lenti, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, cit., p. 261.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>65</sup> Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, cit., p. 21.



l'uomo che intende svolgere la funzione di genitore nei confronti del nato, come se si trattasse di un bambino geneticamente proprio. Questa scomposizione pone il fondamentale problema dell'attribuzione della paternità: se essa debba essere ascritta al padre genetico oppure al padre sociale<sup>66</sup>.

Supponendo che non esistano regole *ad hoc* in materia di donazione di sperma, è il marito della madre e padre sociale del minore che figurerà sul certificato di nascita, anche se privo di alcun legame genetico, in armonia con la regola *pater est quem nuptiae demonstrant*. Nella vicenda in esame, dunque, l'applicazione delle consuete regole attributive degli status finirebbe per riconoscere la volontà delle parti – ossia, l'intenzione della coppia di diventare genitori e quella del donatore di facilitare la realizzazione del progetto parentale della coppia senza incorrere in alcuna responsabilità genitoriale – e attribuirebbe rilevanza giuridica a legami già concretamente esistenti o, altrimenti, destinati a consolidarsi. Se ci si fermasse qui, quindi, l'applicazione delle regole tradizionali non desterebbe, in genere, alcuna preoccupazione. Tuttavia, l'operatività delle presunzioni legali mostra anche risvolti problematici in quanto implica la totale ignoranza del «dettaglio» della donazione e, così facendo, ostacola l'accertamento della verità biologica a danno dell'interesse e diritto del nato a conoscere le proprie origini genetiche.

L'applicazione delle regole tecniche a casi difforni dagli schemi da esse presupposti, tuttavia, può sfociare in decisioni ben più pregiudizievoli per il benessere del minore, nonché per gli interessi degli adulti coinvolti. In altre situazioni, infatti, attribuire lo *status filiationis* in conformità alle regole tradizionali del diritto della filiazione significa certificare l'esistenza di rapporti famigliari che non corrispondono né alle intenzioni delle parti né alla realtà da loro vissuta e, allo stesso tempo, privare quei legami effettivamente dotati di una dimensione emotiva e sociale di riconoscimento giuridico. In altre parole, può comportare la prevalenza, sul piano giuridico, di rapporti di «forma» – in quanto corrispondenti al modello della famiglia tradizionale – a danno di rapporti di «sostanza». Il ricorso alla maternità surrogata in ordinamenti in cui non è disciplinata può sfociare in vicende che sono esemplificative di questo secondo scenario, ancora più complesso del precedente.

Come anticipato sopra, il quesito principale che pone la maternità surrogata è chi debba considerarsi madre e secondo quali criteri. In particolare, l'interrogativo giuridico cui si deve fornire una risposta è se occorre riconoscere un maggiore peso all'apporto gestazionale, valorizzando il le-

<sup>66</sup> Ovviamente, questo è solo uno dei vari problemi posti dal ricorso a donazione di sperma. Altri punti critici riguardano, per esempio, l'azione di disconoscimento, la sua ammissibilità sulla base del dato genetico, nel caso in cui il partner della madre abbia acconsentito al trattamento. Vedi Lenti, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, cit., pp. 216-217.

game intrauterino tra madre e feto, oppure privilegiare il dato genetico o ancora dare prevalenza al ruolo sociale e al progetto procreativo iniziale, intesi come espressione della volontà di assumersi la responsabilità genitoriale indipendentemente dal dato genetico e biologico. In assenza di norme che consentano e regolino questa pratica per quella che è, il ricorso alla maternità surrogata dà luogo a situazioni in cui l'applicazione delle regole tecniche attributive degli status porta a risultati di elevata problematicità.

Il principio *mater semper certa est* (valido per la procreazione derivante da unione sessuale) determina, infatti, l'attribuzione della maternità in capo a una donna che, benché partecipi al processo procreativo come madre gestazionale, non ha alcun interesse verso il nato e, probabilmente, neppure alcun legame genetico. Non solo: la presunzione di maternità in capo alla partoriente finisce anche per privare colei che, se non geneticamente legata al nato, sicuramente costituisce la *conditio sine qua non* il bambino non sarebbe mai nato e, soprattutto, intende assumersi il compito di madre nei suoi confronti. L'applicazione della regola *mater semper certa est* crea perciò uno scarto tra la realtà giuridica e quella sociale effettivamente vissuta dalle persone coinvolte, compromettendo innanzitutto l'interesse del nato, che viene a trovarsi nella paradossale situazione di essere considerato figlio di una donna sconosciuta e non interessata al progetto procreativo che l'ha generato.

Come emerge da un rapporto del Consiglio d'Europa, il benessere dei minori nati e cresciuti in «nuove famiglie» non dipende soltanto dal nucleo familiare stesso e, quindi, dall'intensità dei legami instauratisi tra i genitori e i figli, bensì anche – e soprattutto – dal regime giuridico applicabile, a seconda che sostenga o limiti la continuità e lo sviluppo di tali rapporti e, quindi, a seconda del livello di tutela e riconoscimento giuridico che attribuisce loro<sup>67</sup>. Il mancato riconoscimento dei rapporti familiari di fatto esistenti tra i genitori sociali e il nato da maternità surrogata, infatti, dà luogo a numerose difficoltà in termini di esercizio della responsabilità genitoriale, mantenimento e diritti successori, difficoltà che incidono sulla quotidianità dei soggetti coinvolti. Basti pensare che, in assenza di riconoscimento, i genitori sociali sono privati della facoltà di prendere decisioni che riguardano aspetti fondamentali della vita dei loro figli, quali la salute o l'istruzione. L'irrilevanza per il diritto dei loro legami può inoltre significare l'esclusione da sussidi statali e benefici fiscali, specificamente pensati a sostegno delle famiglie. Ulteriori incertezze sorgerebbero in caso di conflitto e separazione genitoriale, in quanto al minore non sarebbe automaticamente accordata la protezione prevista dalla disciplina della separazione o del divorzio e, di

<sup>67</sup> N. Lowe, *A Study into the Rights and Legal Status of Children Being Brought Up in Various Forms of Marital or Non-Marital Partnerships and Cohabitation*, Strasbourg, Secretariat of the Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, 2009, p. 3, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Other\\_documents\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Other_documents_en.asp)

conseguenza, la posizione di ogni genitore in relazione all'affidamento, al mantenimento e al diritto di visita al figlio risulterebbe totalmente indefinita.

Naturalmente, queste sono soltanto alcune delle contraddizioni che può presentare il sistema del diritto della filiazione, qualora si debba applicare a fenomeni famigliari non contemplati dal legislatore. Seppure la casistica esistente sia ben più ampia e variegata, gli esempi sopra riportati costituiscono una buona e valida dimostrazione che la «scissione tra corpi e menti» – ossia tra coloro che sono portatori del desiderio di avere un figlio e coloro che offrono il loro materiale genetico – fa sì che il meccanismo di quelle che fino a poco tempo fa rappresentavano valide regole di riferimento secondo cui disciplinare la vicenda riproduttiva si inceppa<sup>68</sup>: come dimostrato sopra, la validità dell'antico brocardo *mater semper certa est* è stata messa in dubbio dalla possibilità di procreare facendo ricorso alla maternità surrogata e, in maniera analoga, la donazione di sperma ha messo in questione l'accuratezza della presunzione di paternità. Sorge quindi l'esigenza di superare la tensione che si crea tra la realtà sociale, vissuta dagli individui coinvolti, e la realtà giuridica, ad essi attribuita, trovando una soluzione adeguata al caso concreto – compito che, nella maggior parte dei casi, è toccato al giudice.

Infine, appare importante evidenziare che tale esigenza non si pone soltanto qualora l'ordinamento manchi di regole *ad hoc* per regolare i nuovi fenomeni famigliari, ma anche nel caso in cui esistano regole che vietano espressamente il ricorso a queste forme di filiazione. La giurisprudenza a cui si farà accenno già nel paragrafo successivo (e verrà poi esaminata in profondità nei capitoli che seguono) è, infatti, emblematica della difficoltà o addirittura dell'impossibilità di impedire che certe vicende, anche se oggetto di una proibizione interna, accadano e producano effetti giuridici<sup>69</sup>. Seppure la normativa vigente vieti certe forme di filiazione, infatti, rappresenta un dato di fatto che un numero non esiguo di persone faccia ricorso a queste stesse tecniche all'estero – laddove sono permesse e regolate – chiedendo successivamente il riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione validamente perfezionatosi altrove.

Questo fenomeno non interessa soltanto le coppie che si rivolgono a cliniche straniere al fine di avere un figlio tramite fecondazione eterologa o maternità surrogata. Il ricorso al cosiddetto «turismo procreativo», infatti, costituisce un'opzione anche per le persone single e le coppie omosessuali che scelgono l'adozione quale mezzo per attuare il loro progetto genitoriale. In Italia, ad esempio, la legge sull'adozione si fonda sul paradigma coniugale eterosessuale<sup>70</sup>. La necessità di un vincolo matrimoniale tra gli aspiranti ge-

<sup>68</sup> Baldini, *Riflessioni di biodiritto*, cit., p. 31.

<sup>69</sup> Lorenzetti, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, cit., p. 128.

<sup>70</sup> Art. 6, comma 1 della legge n. 149/2001: «L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni».

nitori implica quindi che, per realizzare il loro desiderio di genitorialità, le coppie gay e lesbiche dovranno recarsi all'estero, dove il panorama appare ben più aperto e diversificato e, in un crescente numero di ordinamenti, la via dell'adozione è stata aperta anche agli omosessuali, single o in coppia.

Ne consegue quindi che, pur non potendo accedere all'esperienza della genitorialità, esiste una vasta categoria di persone che, di fatto, hanno esperienza di genitorialità perché hanno costituito – da soli o con il partner – rapporti di filiazione all'estero, approfittando di un quadro legislativo maggiormente permissivo. Negli ultimi anni, quindi, la questione del riconoscimento delle «nuove famiglie» – siano esse omogenitoriali e/o create mediante tecniche di PMA – è emersa anche negli ordinamenti, come l'Italia, in cui sia l'adozione che la PMA rimangono una possibilità riservata alle coppie eterosessuali e la maternità surrogata è esplicitamente vietata. *Vis-à-vis* l'impossibilità di eludere o rimuovere un fatto, specialmente se da esso è nato un essere umano, il giudice non può quindi esimersi dall'arduo compito di sopperire alle carenze del diritto vigente al fine di superare le contraddizioni che vengono a crearsi, posta la necessità di garantire una tutela adeguata degli interessi in gioco, *in primis* quelli del figlio.

#### 4. I diritti e gli interessi in gioco nella vicenda procreativa

##### 4.1. Un diritto alla genitorialità?

Una delle questioni giuridiche sollevate dall'avvento delle «nuove famiglie» è se si possa individuare, tra le maglie dell'ordinamento nazionale e internazionale, un diritto fondamentale a procreare e, in generale, a diventare genitori. Fino a cinquant'anni fa, parlare di procreazione come oggetto di un diritto avrebbe destato stupore e forse sconcerto. La procreazione era considerata un accadimento naturale e quindi si procreava se e solo se la natura lo permetteva<sup>71</sup>. La nascita, quindi, era vista come «un dono della Provvidenza»<sup>72</sup>. Solo in seguito, con l'ufficializzazione statale della possibilità di controllare il fenomeno procreativo facendo ricorso alla contraccezione e all'interruzione volontaria di gravidanza, la relazione tra procreatori e figli è cambiata, imponendo sui primi il dovere di pianificare la creazione di una nuova vita e di soddisfare le esigenze del nato e quindi anche la responsabi-

<sup>71</sup> Tripodina, *Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., p. 67; P. Serra, *Maternità e paternità negli ultimi 50 anni: dalla nascita come dono della Provvidenza, alla nascita pianificata dei genitori, alla nascita come diritto dei genitori*, in «Minorigiustizia», 2015, n. 2, p. 115.

<sup>72</sup> Serra, *Maternità e paternità negli ultimi 50 anni: dalla nascita come dono della Provvidenza, alla nascita pianificata dei genitori, alla nascita come diritto dei genitori*, cit., p. 113.

lità di non far nascere figli qualora manchino le risorse necessarie per dare risposta ai loro bisogni<sup>73</sup>.

Ai giorni nostri, è in corso un'altra rivoluzione. Le nuove tecniche riproduttive originarie dalle più recenti applicazioni della ricerca bio-medica permettono il concepimento di un figlio laddove questo non sarebbe stato possibile per mezzo di unione sessuale tra uomo e donna, accrescendo le opportunità di realizzare il proprio desiderio di genitorialità. Ne consegue quindi che, oltre a ricadere tra gli eventi naturali, la procreazione è divenuta oggetto di artifici scientifici e, quindi, di scelta<sup>74</sup>. Questi cambiamenti hanno fatto sì che la procreazione viene sempre più estesamente intesa come un diritto e, considerato che questa sua ridefinizione è frutto delle acquisizioni medico-scientifiche, il diritto a procreare «artificialmente» è stato definito un tipico «diritto dell'età della tecnica»<sup>75</sup>.

Non v'è dubbio che la procreazione e, in generale, la genitorialità si possano ascrivere all'identità individuale dei soggetti e, perciò, costituiscano manifestazioni significative della dignità umana e della libera esplicazione della personalità. L'emergere della rilevanza della procreazione in sé come diritto ha due principali implicazioni<sup>76</sup>. *In primis*, la scelta o il fatto di diventare genitori non può né imporsi né vietarsi<sup>77</sup>. Questo significa che lo Stato non può attuare misure o politiche che abbiano un impatto, anche solo indiretto, sul diritto alla libertà procreativa – per esempio, sanzioni dovute al numero di figli o strategie di pianificazione familiare – o puniscano chi non desidera avere figli. La seconda proiezione di questo diritto concerne la sua dimensione positiva ed è di più controversa definizione perché attiene ai limiti – ammesso che ce ne siano – che possono essere posti al suo esercizio.

La rivendicazione di un «diritto fondamentale al figlio» ha suscitato timori in coloro che la ritengono espressione di una visione unilaterale del progetto parentale, tale da trasformare il desiderio di procreare in un diritto assoluto e, quindi, da subordinare gli interessi del nascituro all'attuazione delle uniche pretese-aspettative che prende in considerazione, ossia quelle dell'aspirante genitore<sup>78</sup>. In altri termini, impostare la questione in termini di spettanza di diritti, e più precisamente di un diritto ad avere un figlio, rischierebbe di assecondare quelle pressioni che mirano a garantire la tu-

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>74</sup> *Ibidem*; C. Piciocchi, *Bioethics and Law: Between Values and Rules*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 2005, n. 2, pp. 471-482.

<sup>75</sup> Tripodina, *Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., p. 67.

<sup>76</sup> A. D'Aloia e P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzone, S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1342.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, cit., p. 33.

tela di un desiderio senza limiti, da realizzare ad ogni costo, non importa con quali mezzi<sup>79</sup>, antepoendo il diritto degli adulti a quello dei minori<sup>80</sup>. Si correrebbe quindi il rischio di creare una sorta di nesso di causalità, con rilevanza sul piano giuridico, tra l'intenzione di procreare e i comportamenti tenuti a tal fine (causa), da un lato, e il fatto di avere un figlio e di crescerlo come proprio (effetto), dall'altro<sup>81</sup>.

È per questo motivo che parte della dottrina, consapevole delle possibili rischiose proiezioni sostanziali che la configurabilità della procreazione come diritto può assumere, preferisce distinguere tra il diritto a procreare e un diritto alla libertà procreativa, rimarcando l'esigenza di porre dei limiti ai modi e ai tempi della procreazione e quindi la pericolosità di una visione che riduce la libertà procreativa a una scelta personale senza confini<sup>82</sup>. Eugenio Lecaldano, noto filosofo attivo nel campo della bioetica, definisce il diritto a procreare come quello ad avere una propria discendenza genetica<sup>83</sup>. Il diritto alla libertà procreativa, invece, consiste nella discrezionalità dell'individuo di scegliere a quali tecniche e pratiche ricorrere per soddisfare il proprio desiderio procreativo. Sulla base di questa ricostruzione, l'interruzione volontaria della gravidanza costituisce quindi una dimensione centrale del diritto alla libertà procreativa, inteso anche come scelta di non procreare<sup>84</sup>.

Nel dibattito circa la possibilità di configurare la procreazione e, quindi, la genitorialità quale diritto fondamentale dell'individuo, è significativo anche quanto affermato dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 162 del 10 giugno 2014<sup>85</sup>. Nel dichiarare l'incostituzionalità del divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo previsto dalla legge n. 40/2004, la Corte chiarisce che «la scelta [...] di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi [...] che non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo»<sup>86</sup>.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> L. Spina, *Tra nuove forme di genitorialità e nuovi interventi normativi, non perdiamo di vista i diritti del minore*, in «Minorigiustizia», 2015, n. 2, p. 11.

<sup>81</sup> Lenti, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, cit., p. 73.

<sup>82</sup> Famiglietti, *Filiazione e Procreazione*, cit., p. 132; D'Aloia e Torretta, *La Procreazione come diritto della persona*, cit., p. 1342.

<sup>83</sup> E. Lecaldano, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 137-138.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> Il testo della sentenza è disponibile online: <https://www.cortecostituzionale.it/action-SchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=162>.

<sup>86</sup> Corte cost., sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, § 6. La definizione della scelta di diventare genitori quale libertà incoercibile avanzata dalla Corte costituzionale trova riscontro anche nella giurisprudenza CEDU relativa a operazioni di sterilizzazione coattiva o praticate



Tale libertà, tuttavia, non è senza limiti, aggiunge la Corte. La PMA, infatti, incide su una molteplicità d'interessi di rango costituzionale e questi interessi esigono un «bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno»<sup>87</sup>. Ne consegue quindi che, così come la protezione riconosciuta dalla legge all'embrione nell'ambito delle procedure di PMA, la tutela delle esigenze di procreazione – cui la legge n. 40 è finalizzata – non può considerarsi assoluta ma deve temperarsi con altri valori costituzionali ai fini dell'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze contrapposte. Le limitazioni poste alla libertà procreativa, tuttavia, non dovrebbero mai concretizzarsi – a parere della Corte costituzionale – nel divieto assoluto di accesso a una tecnica, a meno che «lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale», quali gli interessi del nato<sup>88</sup>.

La procreazione sembra dunque «identificarsi più alla stregua di un contenitore complesso, un crocevia di diritti e interessi, anche conflittuali, di principi e valutazioni oggettive, di “funzioni” e responsabilità, di doveri»<sup>89</sup>. Infatti, anche qualora si ammetta l'esistenza di un diritto alla genitorialità e/o alla procreazione, come ogni altro diritto (o forse più di ogni altro diritto), la sua attuazione deve confrontarsi con quella di altri diritti e interessi coesistendo in una dimensione relazionale di reciproco riconoscimento<sup>90</sup>. È proprio in questo frangente che l'intervento del giudice diviene indispensabile in virtù della sua esclusiva capacità di procedere a un'attenta valutazione e operazione di bilanciamento tra diritti e interessi a confronto, così per come si atteggiavano nella vicenda concreta, al fine di adottare la misura più consona al caso concreto<sup>91</sup>.

in assenza del consenso pieno e informato delle donne interessate. Sono numerose le pronunce contro la Slovacchia (*V. c. Slovacchia*, ricorso n. 18968/07, sentenza dell'8 novembre 2011; *N.B. c. Slovacchia*, ricorso n. 29518/10, sentenza del 12 giugno 2012; *I.G. e altri c. Slovacchia*, ricorso n. 15966/04, sentenza del 13 novembre 2012), in cui i giudici di Strasburgo hanno ravvisato una violazione, non solo dell'art. 3 CEDU, ma anche degli obblighi positivi di tutela discendenti dall'art. 8 CEDU, ritenendo che le autorità slovacche non avessero garantito una tutela effettiva della capacità riproduttiva delle ricorrenti, donne di etnia rom.

<sup>87</sup> Corte cost., sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, § 6.

<sup>88</sup> *Ibidem*. Com'è noto, questa pronuncia non beneficia le coppie omosessuali, alle quali è tuttora precluso l'accesso *ex novo* all'esperienza della genitorialità sia tramite PMA che adozione piena.

<sup>89</sup> D'Aloia e Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit., p. 1341.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 1343.

<sup>91</sup> Lorenzetti, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, cit., p. 125.

#### 4.2. *L'interesse superiore del minore: due letture principali*

Tra i vari interessi che vengono in rilievo nella vicenda procreativa, con cui ponderare le ragioni riposte nel principio dell'autodeterminazione del singolo, si devono tenere in particolare considerazione i diritti del minore e la ricerca del suo interesse superiore. A fronte di un quadro normativo sopranazionale di ampia tutela, appare infatti indiscussa la tendenza a porre l'interesse superiore del minore al centro dei valori da proteggere in ogni questione di vita familiare che lo riguardi. Considerata la posizione preminente riservatagli dall'ordinamento, non stupisce quindi che l'interesse superiore del minore – concepito o già nato – possa agire da limite alla piena attuazione del diritto di procreare<sup>92</sup>.

Questo, ovviamente, è vero per le forme di filiazione che non si realizzano mediante unione sessuale, ossia per l'adozione e per la PMA. Nelle procedure di adozione, è infatti l'interesse superiore del minore ad avere una famiglia ad assumere il ruolo di criterio-guida nella realizzazione di questo modello familiare, finendo inevitabilmente per incidere sul contenuto degli interessi e delle posizioni giuridiche degli aspiranti genitori. In maniera analoga, nella PMA, il diritto di diventare genitori s'inserisce in un contesto plurilaterale e si raffronta innanzitutto con il diritto alla vita del concepito e il rispetto della sua dignità di persona *in fieri*<sup>93</sup>.

La legge n. 40/2004 è, sul punto, ancora una volta esemplificativa. Come anticipato sopra, il legislatore ha scelto di introdurre uno schema normativo piuttosto rigido che, oltre a vietare il ricorso alla maternità surrogata e – fino al 2014 – anche alla fecondazione eterologa, definisce un catalogo chiuso di soggetti autorizzati ad accedere alla PMA: «le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»<sup>94</sup>. Questo insieme di requisiti soggettivi sembra tendere a una finalità ben precisa: quella di assicurare che il soggetto concepito a mezzo di queste tecniche possa comunque godere del diritto ad avere una famiglia per quanto possibile corrispondente al modello tradizionale, ossia composta da due figure genitoriali di sesso opposto, considerate più idonee a soddisfare l'interesse educativo e formativo del nato<sup>95</sup>.

Nonostante la nozione di *best interests of the child* abbia ricevuto una crescente considerazione e, col passare del tempo, abbia assunto rango e rilevanza di clausola generale, rimane aperto l'interrogativo fondamentale su che cosa sia questo interesse superiore e in che cosa consista la sua valu-

<sup>92</sup> D'Aloia e Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit., p. 1352.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 1344.

<sup>94</sup> Legge n. 40/2004, cit., art. 5.

<sup>95</sup> F. Santassuoso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 47.



tazione. Quali sono i parametri – culturali, etici, psicologici, religiosi e medici – rispetto ai quali un giudice stabilisce cosa è davvero meglio per un minore in una determinata situazione? Sono le conseguenze a breve termine della decisione e quindi gli interessi contingenti del minore oppure quelli orientati al futuro che devono essere privilegiati?<sup>96</sup>. È la qualità delle relazioni familiari oppure la loro continuità, anche se create illecitamente, che merita maggior attenzione? Sono numerose, se non infinite, le domande ragionevoli che, in proposito, si possono porre e le risposte ragionevoli che si possono avanzare<sup>97</sup>. Non fornendo criteri decisionali precisi e articolati, ma trattandosi piuttosto di un «contenitore vuoto [che] dev'essere riempito di contenuti dall'esterno»<sup>98</sup>, non stupisce che l'applicazione pratica di questo principio abbia prodotto esiti diametralmente opposti e difficilmente controllabili.

Ciò che rende l'individuazione dell'interesse superiore del minore un'operazione particolarmente complessa è la polivalenza della nozione, che – come affermato da Lamarque – «ne fa un abito buono per tutte le stagioni e per tutte le occasioni»<sup>99</sup>. L'ambiguità insita nella nozione di *best interests* può essere un'arma a doppio taglio. Se è vero che la sua indeterminatezza rappresenta un punto di forza (o comunque un male necessario) in quanto consente al giudice di ritagliare una soluzione su misura del bambino il cui destino è in gioco in quel momento, è anche vero che questa sua fluidità può consentire l'arbitrio dei giudici. In particolare, può aprire la via a valutazioni di matrice ideologica, che lasciano spazio al pensiero dominante, ossia alla percezione condivisa dalla maggioranza degli individui nella società di riferimento (o del giudice decidente) e, quindi, può fungere da *escamotage* volto a mascherare altri valori, altri principi e scelte di politica del diritto<sup>100</sup>. Può anche fare da *passpartout*, offrendo un fondamento oggettivo a qualsiasi determinazione del giudice che, sebbene carente di una motivazione chiara e adeguata, lo invochi esplicitamente<sup>101</sup>. È quindi una nozione che si presta a una diffusione omnidirezionale, con l'ovvio pericolo che il suo riferimento divenga una mera clausola di stile<sup>102</sup>.

<sup>96</sup> L. Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata», 2016, n. 1, p. 149.

<sup>97</sup> E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016, p. 75.

<sup>98</sup> L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in «Rivista di Diritto Civile», 62, 2016, n. 1, p. 105.

<sup>99</sup> Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 64.

<sup>100</sup> Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., pp. 106-107.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, cit., p. 148.

Viaggiando da un contesto nazionale a un contesto europeo e internazionale e viceversa nonché adattandosi alle diverse tradizioni giuridiche e ai soggetti utilizzatori del principio – legislatori o giudici, pubblici o privati – il principio dei *best interests* – pur senza mai cambiare nome – ha sviluppato anime diverse e assunto molteplici accezioni e significati<sup>103</sup>. Tra questi, la dottrina italiana ha posto l'enfasi su due versioni principali del principio riassumibili nelle seguenti espressioni: interesse del minore o *best interests of the child*, al singolare, e interessi dei minori o *best interests of children*, al plurale<sup>104</sup>. Nel suo primo significato, il principio in esame si presenta come «finalità prioritaria sul piano della politica del diritto» e, in quanto tale, stabilisce l'orientamento cui devono conformarsi sia il legislatore, nel suo ruolo di redattore delle norme, che il giudice, il quale dovrebbe costantemente proporre un'interpretazione volta a privilegiarlo<sup>105</sup>. Nella sua seconda veste, invece, è invocato dal giudice al fine di disapplicare singole regole del sistema legislativo – formulate come corrispondenti all'interesse dei minori, in generale – in nome dell'esigenza di rendere giustizia nel caso concreto, nel proclamato interesse di un determinato minore<sup>106</sup>.

A seconda del significato attribuitogli, quindi, l'interesse superiore del minore svolge le due differenti funzioni menzionate sopra che, come emergerà dalla giurisprudenza analizzata nei capitoli che seguono, possono facilmente porsi in contrasto tra loro. Mentre, se inteso al plurale, questo principio – in applicazione della logica *one-size-fits-all* – esprime la necessità (generalpreventiva) di individuare una misura che sia in grado di proteggere in maniera efficace qualsiasi minore che si trovi in una particolare situazione di vulnerabilità, se inteso al singolare, persegue invece l'esigenza di «confezionare» una soluzione personalizzata, formulata tenendo conto delle specificità della situazione in concreto vissuta dal minore coinvolto<sup>107</sup>. Se per un verso, quindi, è il benessere dei minori intesi come categoria generale e astratta, per un altro verso, è la specifica condizione del singolo minore coinvolto nel caso di specie a informare il comportamento dell'operatore di diritto<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 72.

<sup>104</sup> Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 93. Si veda anche L. Lenti, «*Best interest of the child*» o «*best interest of children*», in «La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata», 26, 2010, n. 3, pp. 1157-1165. Questa duplicità di significato è presente anche nel testo dell'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (1989), che sancisce la priorità dell'interesse del minore da applicarsi sia alle azioni e decisioni delle autorità amministrative e giurisdizionali che alle scelte del legislatore.

<sup>105</sup> Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 87.

<sup>106</sup> *Ibidem*, pp. 87 e 93-94.

<sup>107</sup> Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 65.

<sup>108</sup> Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 93.

Qualora impiegata nel suo primo significato, la regola dell'interesse superiore del minore si è a volte tradotta in forme estreme – a mio avviso, irragionevoli – di tutela. Alcuni giudici hanno, per esempio, ritenuto – senza adeguati riscontri scientifici – che la procreazione solitaria o la crescita all'interno di una famiglia omogenitoriale possa comportare gravi disturbi alla personalità del minore e che, quindi, queste unioni familiari siano *a priori* incapaci di garantire la tutela del suo interesse superiore<sup>109</sup>. Com'è chiaro, simili interpretazioni finiscono inevitabilmente per penalizzare e stigmatizzare quei rapporti di filiazione ritenuti «anomali» in quanto non conformi al modello della famiglia tradizionale, riaffermando quest'ultima come luogo ideale per garantire al minore una crescita adeguata<sup>110</sup>.

In senso opposto, si colloca invece l'interpretazione adottata dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 601 dell'11 gennaio 2013, in cui si riconosce – per la prima volta – la legittimità dell'affidamento del minore a una madre separata e alla sua compagna. Nel rigettare il ricorso del padre, che lamentava l'inidoneità sotto il profilo educativo della nuova famiglia (composta da due donne in una relazione omosessuale) in cui era stato inserito il minore, la Suprema Corte ha affermato che costituisce un «mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale»<sup>111</sup>. Se si considerano simili argomentazioni (fondate né su certezze scientifiche né su dati di esperienza) decisive ai fini della determinazione dell'affidamento del minore – aggiungono i giudici – «si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino»<sup>112</sup>. Con questa decisione, la Corte chiarisce quindi che l'orientamento sessuale dei genitori non può determinare *a priori* la risoluzione di un caso di affidamento di minore ma, al contrario, l'interesse del minore deve essere oggetto di una valutazione specifica caso per caso.

Secondo parte della dottrina, tuttavia, anche questa lettura implicherebbe dei rischi. Se utilizzato in questa seconda accezione, infatti, il principio dei *best interests* può – e la casistica lo dimostra – entrare in conflitto con il principio di legalità<sup>113</sup> e produrre conseguenze paradossali per cui la tutela del minore si risolve nella conservazione di situazioni di fatto conso-

<sup>109</sup> Le stesse ragioni furono avanzate dall'on. Dorina Bianchi nella relazione al disegno di legge (26 marzo 2002), che indicava i rischi di natura psicologica per il minore, privato della relazione con i suoi genitori naturali, a giustificazione del divieto della PMA eterologa.

<sup>110</sup> A. Lorenzetti, *Bilanciamento di interessi e garanzie per i minori nella filiazione da fecondazione eterologa e da maternità surrogata*, in Cesaro, Lovatti e Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, cit., p. 97.

<sup>111</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 601 dell'11 gennaio 2013, § 3.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 87.

litate, poste in essere dalla condotta illegale di un adulto e, quindi, nella tutela di fattispecie proibite dall'ordinamento, come la mercificazione dei bambini<sup>114</sup>. In questi casi, dunque, l'eccezione fatta nell'interesse del singolo minore tende a essere conforme anche all'interesse degli adulti, proprio in virtù del rapporto affettivo instauratosi tra loro<sup>115</sup>. Allo scopo di mostrare le possibili ricadute dell'applicazione del principio inteso al singolare, Lenti faceva riferimento a casi – divenuti mediatici alla fine degli anni Ottanta – di tentativi di usucapire minori acquistati sul mercato. È tuttavia innegabile che, anche in tempi più recenti, sopravvenga lo stesso pericolo rispetto ai nati a seguito di maternità surrogata o fecondazione eterologa avvenute all'estero in violazione di un divieto interno.

Facendo riferimento a casi di compravendita, Lenti osservava che la valutazione del superiore interesse del minore coinvolto, se compiuta su un breve periodo, ovvero secondo la percezione del tempo che è tipica di un minore, può condurre alla discutibile decisione di lasciarlo presso gli acquirenti<sup>116</sup>. Infatti, se il minore ha vissuto con gli acquirenti per un periodo abbastanza lungo da poter instaurare con loro legami affettivi, l'attuazione del suo interesse superiore potrebbe imporre la decisione di non alterare lo *status quo* in virtù del fatto che la sua ricollocazione presso un'altra famiglia potrebbe costituire per lui un trauma psicologico. Anche se valutato alla luce del caso specifico (lungi da interpretazioni soggettive), quindi, il principio dei *best interests* può finire per promuovere la legalizzazione di azioni ritenute illecite dall'ordinamento, costituendo un pericolo futuro per tutti quei minori che potrebbero venirsi a trovare in una situazione analoga<sup>117</sup>.

#### 4.3. *Il limite dell'ordine pubblico e la sua declinazione rispetto all'interesse superiore del minore*

I casi di maternità surrogata e fecondazione eterologa avvenute all'estero in violazione della proibizione interna sono esemplificativi di un altro conflitto che può emergere tra contrapposte esigenze di tutela nella vicenda procreativa: quello tra l'interesse superiore del minore e la clausola generale dell'ordine pubblico, il cui fine è di impedire tanto l'applicazione di norme straniere quanto il riconoscimento e l'attuazione di sentenze rese all'estero, quando ne deriverebbero effetti incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento interno. Superata ormai la distinzione tra le nozioni di or-

<sup>114</sup> Lenti, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, cit., pp. 269-270.

<sup>115</sup> Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 95.

<sup>116</sup> Lenti, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, cit., pp. 269-270.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

dine pubblico interno e ordine pubblico internazionale, l'ordine pubblico è costituito non da qualsiasi norma imperativa dell'ordinamento civile, bensì dai soli principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico.

Periodo storico, quello attuale, in cui il nostro ordinamento giuridico – ma non solo – si trova in una situazione piuttosto delicata, essendo chiamato a confrontarsi con legislazioni di altri Stati nella compagine europea che ammettono soluzioni innovative in materia familiare e, peraltro, non potendo prescindere dalla salvaguardia di alcuni principi universali, tra i quali figura il rispetto dei diritti fondamentali<sup>118</sup>. L'ordine pubblico, oggi, rappresenta quindi una sorta di *playfield* dove valori domestici e obblighi derivanti da fonti europee – *in primis*, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la giurisprudenza CEDU – si incontrano e si mescolano<sup>119</sup>. L'appartenenza del nostro ordinamento a una comunità internazionale ha quindi comportato un'evoluzione del concetto di ordine pubblico sul piano dei contenuti, evoluzione che ha condotto a un duplice risultato: da un lato, all'ampliamento della nozione dovuto all'inserimento di principi di derivazione internazionale e, dall'altro, a una riflessione sull'importanza da attribuire ad alcuni principi originariamente considerati fondanti, fino a determinarne, in alcuni casi, il loro superamento<sup>120</sup>.

A fronte di richieste di trascrizione di un provvedimento estero – sia esso un certificato di nascita a seguito di maternità surrogata o un provvedimento di adozione a favore di una coppia omosessuale – nel paese di origine, il quesito che si pone è se il limite dell'ordine pubblico osti o no al riconoscimento del rapporto di filiazione instauratosi all'estero tra i genitori sociali e il minore. In tali situazioni, il giudice nazionale è quindi tenuto a valutare in concreto se la coerenza dell'ordinamento sarebbe minata dal riconoscimento dell'atto straniero e, più in particolare, se l'effetto prodotto – ovvero, l'attribuzione di un rapporto di filiazione, privo di un legame biologico o altrimenti al di fuori delle ipotesi di adozione e PMA consentite dalla normativa nazionale – sia o meno incompatibile con i principi etici, economici e politici dell'ordinamento stesso. Ne consegue quindi che, prima di invocare il limite dell'ordine pubblico, le corti nazionali devono

<sup>118</sup> P. Franzina, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, in «Diritti Umani e Diritto Internazionale», 2011, n. 3, p. 615; F. Bilotta, *Affidamento e adozione per le coppie formate da persone dello stesso sesso*, in Cesaro, Lovatti e Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, cit., p. 116; C. Campiglio, *Ordine pubblico*, [http://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico-dir-int-priv\\_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico-dir-int-priv_(Diritto-on-line)/) (ultimo accesso 12 settembre 2016).

<sup>119</sup> Franzina, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, cit., p. 615.

<sup>120</sup> C. Irti, *Digressioni attorno al mutevole concetto di ordine pubblico*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata», 2016, n. 3, p. 490.

«definirne o ridefinirne il contenuto»<sup>121</sup> e, come menzionato sopra, nell'individuare quali principi in quel determinato momento storico fondano l'ordinamento, devono tenere conto anche di quelle regole e principi che sono entrati a far parte del nostro sistema giuridico per effetto dell'assunzione di obblighi di diritto internazionale.

Tuttavia, quest'obbligo del giudice si è spesso tradotto nel conferimento a favore di quest'ultimo di margini piuttosto ampi di discrezionalità quanto all'accertamento degli elementi che configurano il contrasto e la potenziale rottura della coerenza interna del nostro sistema giuridico. Questo, a sua volta, spiega la propensione, riscontrata sia dal legislatore sia dalla dottrina, a invocare con troppa facilità e frequenza la clausola dell'ordine pubblico per ostacolare il riconoscimento di legami famigliari non fondati sui canoni tradizionali. È rappresentativa di questa tendenza la sentenza n. 24001 dell'11 novembre 2014, la prima resa dalla Corte di Cassazione in materia di maternità surrogata<sup>122</sup>.

Il caso riguardava una coppia di coniugi italiani che si era recata in Ucraina per accedere alla maternità surrogata gestazionale (con ovociti provenienti da una donatrice). In considerazione dell'assenza di qualsiasi legame biologico con il minore e del tentativo di eludere il divieto di maternità surrogata imposto dalla legge n. 40, il Tribunale per i Minorenni di Brescia aveva dichiarato lo stato di adottabilità del minore e disposto il suo collocamento presso un'altra famiglia. Dopo la conferma della sentenza di primo grado da parte della Corte d'Appello di Brescia, i coniugi presentavano ricorso per Cassazione rilevando, tra le altre cose, che i giudici avrebbero dovuto, nel valutare la conformità dell'atto straniero all'ordine pubblico, verificare se l'allontanamento del minore dal nucleo familiare, in cui era stato allevato sin dalla nascita e col quale aveva stretto rapporti affettivi, rispondesse effettivamente al suo interesse superiore.

Nel rigettare il ricorso, la Suprema Corte riconosce che le decisioni riguardanti minori debbano ispirarsi al superiore interesse del minore, quale elemento integrante dell'ordine pubblico internazionale, ma poi finisce per compierne una valutazione del tutto astratta e disancorata dal caso concreto<sup>123</sup>. Questa pronuncia rientra, dunque, in quella categoria di casi in cui il principio dell'interesse superiore del minore gioca in funzione estensiva dell'ordine pubblico, spingendo a considerare norme di ordine pubblico quasi tutte le norme di diritto minorile<sup>124</sup>. La Corte, infatti, afferma che: «il

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 491.

<sup>122</sup> Il testo della decisione è disponibile online: <http://www.sentenze-cassazione.com/sentenze-cassazione-2014/testo-sentenza-fecondazione-eterologa-surrogazione-maternita/>.

<sup>123</sup> B. Salone, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in «Diritto Civile Contemporaneo», 7 dicembre 2004.

<sup>124</sup> J. Long e M. Naldini, «Turismo» matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, in «Genius», 2015, n. 2, p. 164.



legislatore italiano, invero, ha considerato non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando [...] all'istituto dell'adozione realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico»<sup>125</sup>. In questo caso, pertanto, la prevalenza della clausola dell'ordine pubblico è frutto di una scelta effettuata a monte dal legislatore, scelta che – non attribuendo al giudice alcuna discrezionalità da esercitare nel caso concreto – non tiene minimamente conto degli effetti pregiudizievoli che, nella situazione particolare, il mancato riconoscimento del provvedimento straniero su cui si fonda il legame familiare avrebbe avuto sul minore.

Nonostante il rischio di un eccessivo ricorso al limite dell'ordine pubblico, non mancano i casi in cui la tensione tra i due principi si sia risolta in maniera diametralmente opposta e il principio dei *best interests* abbia, invece, comportato una lettura restrittiva dell'ordine pubblico evidenziando la necessità di tenere in considerazione le conseguenze del mancato riconoscimento dell'atto straniero sul minore interessato. Basti pensare alla sentenza resa il 13 febbraio del 2009 dalla Corte d'Appello di Bari, a fronte della richiesta di trascrizione di due *parental orders* britannici che attribuivano la maternità alla madre sociale e non alla partoriente, in esecuzione di un contratto di maternità surrogata<sup>126</sup>.

Nel riconoscere lo status di figlio acquisito all'estero, la Corte ha ritenuto che la prevalenza della maternità biologica su quella sociale non è di per sé contraria all'ordine pubblico internazionale e che la mera presenza del solo divieto di maternità surrogata in Italia (previsto dalla legge n. 40/2004) non è quindi di ostacolo al riconoscimento. Pur ammettendo la presenza di un principio fondamentale da tutelare, la Corte aggiunge, la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico degli effetti del provvedimento straniero deve essere formulata avendosi prioritario riguardo all'interesse superiore del minore, da ritenersi prevalente su qualsiasi altra indicazione normativa. Avendo riguardo alle circostanze del caso in esame, il giudice barese osserva quindi che il riconoscimento dei *parental orders* è pienamente conforme al superiore interesse dei minori, essendo quest'ultimi (di 11 e 8 anni) stati accuditi sin dalla nascita dalla madre sociale come suoi figli ed essendo riconosciuti come tali dal diritto inglese. È pertanto indispensabile, a parere del giudice, provvedere alla trascrizione degli atti stranieri al fine di garantire la certezza formale dello *status filiationis* validamente formatosi nel Regno Unito, così consentendo ai minori e alla loro madre l'esercizio del diritto fondamentale alla libertà di circolazione riconosciuto ai cittadini europei.

<sup>125</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 24001 dell'11 novembre 2014, § 3.1.

<sup>126</sup> Sulla sentenza, si veda, *inter alia*, M. Castellaneta, *Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo*, in «Guida al Diritto», maggio 2009, p. 66.

Questo orientamento ha di recente ricevuto l'autorevole conferma della Corte di Cassazione che, con l'importante sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016, ha articolato quella che può definirsi la posizione attuale sul rapporto tra la clausola dell'ordine pubblico e il principio dell'interesse superiore del minore<sup>127</sup>. In un caso di omogenitorialità, i giudici di legittimità hanno ribadito la crucialità dei *best interests of the child* come parametro guida al fine di stabilire se disporre o meno la trascrizione dell'atto di nascita straniero di un bambino concepito mediante PMA eterologa in Spagna, recante l'indicazione di due madri. Dopo aver chiarito che – ai fini del giudizio di non contrarietà all'ordine pubblico – il giudice è chiamato a valutare se il provvedimento estero contrasti, non con la normativa interna di per sé, bensì con le esigenze di tutela dei diritti umani sanciti nella Costituzione e negli strumenti di tutela europea e internazionali, la Corte di Cassazione ha specificato che, nel caso di specie e altre vicende analoghe, l'interesse superiore del minore corrisponde al diritto del minore coinvolto a mantenere il suo status familiare validamente acquisito all'estero, in conformità alla *lex loci* che consente e regola pratiche procreative vietate in Italia.

Del resto, anche nella giurisprudenza della Corte EDU, la clausola generale dei *best interests of the child* ha agito quale «contro-limite» rispetto ai divieti imposti dalla legislazione nazionale in materia di *status filiationis* formati all'estero. Basti pensare alle pronunce in materia di riconoscimento di sentenze di adozione rese all'estero – in particolare *Wagner c. Lussemburgo*<sup>128</sup> e *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*<sup>129</sup> – che, a loro volta, hanno avuto un seguito nella più recente giurisprudenza in materia di maternità surrogata, esaminata nelle sezioni che seguono. Questi ricorsi traggono origine dal mancato riconoscimento di due provvedimenti stranieri di adozione, uno a favore di una donna single e l'altro a favore di un monaco, per contrarietà all'ordine pubblico<sup>130</sup>. In entrambi i casi, la Corte ha riconosciuto la continuità degli status individuali e familiari, purché essi siano stati costituiti validamente all'estero e corrispondano a una realtà familiare effettiva, riscontrando quindi una violazione dell'art. 8 CEDU. Secondo la Corte, quindi, il rispetto per la vita privata e familiare richiede che situazioni «zoppicanti», in cui un legame familiare è riconosciuto nello stato X ma non nello stato Y, siano il più possibile evitate, affinché il minore possa sentirsi pienamente integrato nella sua famiglia<sup>131</sup>.

<sup>127</sup> Questa pronuncia sarà analizzata in dettaglio nella seconda parte del presente rapporto, dedicata alla PMA eterologa, in particolare nel capitolo 3 che analizza la giurisprudenza (italiana) scaturita dal ricorso a tecniche eterologhe all'estero.

<sup>128</sup> *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01, sentenza del 28 giugno 2007.

<sup>129</sup> *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, ricorso n. 56759/08, sentenza del 3 maggio 2011.

<sup>130</sup> Le legislazioni lussemburghese e greca escludevano, infatti, l'adozione a favore di persone single e di monaci, rispettivamente.

<sup>131</sup> M.M. Winkler, *Adozione legittimante del single, step-child adoption e famiglia monoparentale: aspetti internazionalprivatistici*, in Cesaro, Lovatti e Mastrangelo (a cura di), *La fami-*



Oltre a dimostrare l'impossibilità del diritto di impedire *tout court* l'accesso a certe pratiche, queste due pronunce, pur offrendo soluzioni opposte alla medesima questione, mettono in luce alcuni punti fondamentali in merito alla definizione dei rapporti di filiazione nell'ambito delle «nuove famiglie». Dimostrano innanzitutto che, oltre a sollevare questioni prettamente giuridiche, le «nuove» forme di procreazione e filiazione danno adito a valutazioni ideologiche e riflessioni etico-morali, riguardo al significato dei concetti di maternità e paternità e, ancor prima di famiglia, alla funzione procreativa e alla possibile commercializzazione dei corpi e delle emozioni dei soggetti coinvolti<sup>132</sup>.

Queste sentenze e, ancora di più, gli episodi di vita vissuta da cui traggono origine illustrano inoltre la dimensione plurilaterale della vicenda procreativa. Si tratta, infatti, sempre di situazioni in cui la scelta di avviare un progetto genitoriale e quindi l'esercizio del diritto di libertà procreativa si pone in una posizione di potenziale conflittualità sia con l'interesse del minore, sia con l'esigenza statale di tutelare i principi dell'ordinamento. Gli esempi sopra riportati documentano, infine, il ruolo decisivo svolto dal principio dei *best interests* nella risoluzione di casi che riguardano minori. Questo ruolo, tuttavia, non si deve soltanto alla generale tendenza giurisprudenziale a riconoscere l'interesse superiore del minore come considerazione preminente, ma soprattutto al contenuto che gli viene attribuito e, quindi, alla natura della valutazione operata del giudice, se ispirata alle circostanze del caso concreto o astratta e inevitabilmente intrisa di pregiudizi.

*glia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, cit., p. 115; Franzina, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, cit., p. 612.

<sup>132</sup> Lorenzetti, *Bilanciamento di interessi e garanzie per i minori nella filiazione da fecondazione eterologa e da maternità surrogata*, cit., p. 84.



## Capitolo secondo

# Il diritto CEDU: base di diritto comune

### 1. «Vita familiare»: una nozione in continua evoluzione

Nel tentativo di tenere il passo con le trasformazioni della famiglia, il diritto interno e, in particolare, i giudici trovano un importante alleato nella Convenzione europea sui diritti umani (CEDU), come interpretata dalla Corte di Strasburgo<sup>1</sup>. La tutela dei diritti fondamentali incidenti sulle relazioni di famiglia ha assunto una posizione di crescente rilievo nell'ambito della giurisprudenza CEDU. Non può, infatti, sfuggire che, specialmente negli ultimi due decenni, la Corte europea sia stata spesso chiamata a valutare la sussistenza di violazioni del diritto al rispetto della vita privata e familiare, protetto dall'art. 8 della Convenzione. Prova della dimensione internazionale che il tema delle «nuove famiglie» ha assunto, l'incremento dei ricorsi presentati a Strasburgo ha offerto alla Corte europea l'occasione di stabilire alcuni punti fermi relativi all'estensione della nozione di «vita familiare» e alla portata del diritto a ottenerne il rispetto, offrendo così il suo prezioso contributo alla graduale ridefinizione di un concetto giuridico di famiglia adeguato ai tempi.

A fronte dei rapidi mutamenti avvenuti nel campo scientifico, sociale e dei rapporti interpersonali (cui si è fatto riferimento nel capitolo precedente), la nozione di «vita familiare» e, più in generale, l'art. 8 sono stati sottoposti a un incessante processo di rielaborazione critica, al fine di adattarli alle realtà sociali in cui sono chiamati a operare e alle esigenze che esse pongono, pena la loro mancanza di effettività. Il risultato è una nozione giuridica di famiglia che va ben oltre i confini del paradigma tradizionale e che equipara l'esistenza di una vita familiare a una «situazione di mero fatto», consistente nei legami affettivi stretti tra i componenti del nucleo, indipendentemente dalle loro eventuali relazioni giuridiche<sup>2</sup>. Sono essenzialmente

<sup>1</sup> A. Nocco, *Il diritto a essere figlio di due mamme: come la CEDU aiuta i giudici a (in) seguire le trasformazioni della famiglia*, in «Minorigiustizia», 2015, n. 2, p. 129.

<sup>2</sup> L. Lenti, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in «Quaderni Costituzionali», 2015, n. 2, p. 474.

due i fattori che hanno comportato, agendo in maniera congiunta, il progressivo ampliamento delle forme familiari considerate meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 8 CEDU: la lettura della Convenzione quale *living instrument* che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali e la crescente attenzione rivolta al vissuto dei soggetti coinvolti.

I giudici di Strasburgo hanno, infatti, chiarito che le nozioni di «famiglia» e «vita familiare» non possono ritenersi cristallizzate con riferimento al periodo storico in cui la Convenzione europea fu redatta e adottata. Al contrario, la formulazione deliberatamente vaga e generica che caratterizza l'art. 8 (così come gli altri beni giuridici tutelati dalla Convenzione) consente o, addirittura, richiede un'interpretazione dinamica del concetto di «famiglia», che tenga conto dell'evoluzione sociale e, in particolare, delle molteplici esperienze di vita familiare che si manifestano nell'odierna realtà sociale. Ciò si rivela necessario – a detta della Corte – al fine di rendere i diritti tutelati dalla Convenzione «concreti e effettivi, non teorici e illusori», esigenza particolarmente sentita nel contesto familiare, considerata la rapidità con cui le forme e le relazioni familiari si trasformano.

Oltre a riflettere la crescente accettazione sociale e culturale del diritto di ciascuno a plasmare la propria vita familiare in base alle proprie inclinazioni, l'interpretazione della nozione di «vita familiare» è ancorata all'esperienza di vita delle persone<sup>3</sup>. Per parlar più chiaro, l'accertamento dell'esistenza di una vita familiare dipende dall'esame del caso concreto e, nella valutazione di queste circostanze, il criterio guida è quello delle intenzioni perseguite dai soggetti coinvolti<sup>4</sup>. In particolare, la Corte ritiene che un legame meriti la qualifica di «vita familiare» qualora sia possibile riscontrare la sussistenza in capo alle persone interessate della volontà di creare una famiglia<sup>5</sup>.

La prova più evidente di siffatta volontà si rinviene – ad avviso della Corte – nella decisione della coppia di formalizzare la loro relazione, sposandosi o registrando la loro unione<sup>6</sup>. La famiglia giuridicamente formalizzata, dunque, rimane in un certo senso la forma familiare privilegiata, rispetto cui l'attribuzione della qualifica di «vita familiare» scatta quasi automaticamente, in virtù del mero rapporto giuridico. Pur rappresentando il primo indice rivelatore della volontà di creare una famiglia, tuttavia, la forma non esaurisce gli elementi rilevanti ai fini dell'accertamento dell'esistenza di una vita familiare. Sembra, infatti, che la Corte abbia vo-

<sup>3</sup> C. Fatta e M.M. Winkler, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata», 2013, n. 6, p. 527.

<sup>4</sup> S. Choudhry e J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2010, p. 170.

<sup>5</sup> *Ibidem.*

<sup>6</sup> *Ibidem.*

luto accordare dignità e meritevolezza ai legami di fatto, riconoscendo la nascita di rapporti e status giuridici tra i suoi membri indipendentemente dalla presenza di un vincolo giuridico, attribuendo rilevanza all'effettività dei rapporti. Ne consegue quindi che la nozione di «vita familiare» – così come declinata dalla giurisprudenza di Strasburgo – non si limita solo alle relazioni giuridicamente istituzionalizzate (famiglia legittima), bensì include anche quelle fondate sul dato biologico (famiglia naturale) e quelle che costituiscono «famiglia» in senso sociale, a condizione che sussistano legami personali stretti<sup>7</sup>.

Qualora si trovi a operare al di fuori delle ipotesi più «tradizionali» ossia in mancanza dei requisiti di forma, la Corte accerterà quindi l'esistenza di una vita familiare attribuendo rilievo esclusivo all'effettività dei rapporti. In altri termini, muovendo dalla premessa che le funzioni familiari possono essere svolte altrettanto bene da qualsiasi formazione sociale che si ponga le stesse finalità, a prescindere dal fatto che alla base vi sia un atto giuridico o semplicemente il consenso dei partner, la Corte compirà una valutazione dell'intenzione di creare una famiglia muovendosi da una prospettiva più pragmatica, volta ad accentuare il carattere funzionale della compagine familiare<sup>8</sup>. Ne consegue quindi che, alla presenza di alcuni indici fattuali, quali la coabitazione, la durata della relazione o la presenza di figli, sarà possibile stabilire l'esistenza di una vita familiare anche tra partner di fatto.

Questo allargamento della nozione di «vita familiare», tuttavia, non ha beneficiato tutte le relazioni di fatto allo stesso tempo. Fino al 2010, infatti, la Corte ha ritenuto che la protezione della vita familiare riguardasse solo le coppie eterosessuali. A differenza delle relazioni tra partner di sesso opposto, i rapporti affettivi tra persone dello stesso sesso sono stati per lungo tempo considerati mera espressione della vita privata dei soggetti coinvolti e, quindi, non equiparabili alla convivenza eterosessuale<sup>9</sup>. Soltanto in occasione della nota pronuncia *Shalk e Kopf c. Austria*<sup>10</sup>, la Corte ha affermato che, alla luce della rapida evoluzione dell'atteggiamento sociale nei confronti delle coppie omosessuali e delle modifiche legislative che ne hanno fatto seguito in un considerevole numero di Stati contraenti, all'interno del concetto di «vita familiare» devono potersi ricondurre anche le relazioni stabili e durature tra persone dello stesso sesso. Sebbene la Corte non tragga conseguenze concrete da questa affermazione (respingendo l'argomento secondo

<sup>7</sup> S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, p. 300.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Mata Estevez c. Spagna*, ricorso n. 56501/00, sentenza del 10 maggio 2001. L'unico spazio di tutela familiare dedicato alla persona omosessuale era circoscritto alla residuale ipotesi di filiazione naturale. Si veda il caso *Salgueiro de Silva Mouta c. Portogallo*, ricorso n. 33290/96, sentenza del 21 dicembre 1999.

<sup>10</sup> *Shalk e Kopf c. Austria*, ricorso n. 30141/04, sentenza del 22 novembre 2010.

cui dall'art. 8 discenderebbe l'obbligo per gli Stati di allargare l'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso)<sup>11</sup>, questa decisione, senza dubbio, svela l'attivismo interpretativo di un giudice internazionale sempre più attento alle dinamiche sociali europee e alla circolazione degli argomenti tra corti e ordinamenti.

Il parametro dell'effettività dei rapporti mantiene un ruolo determinante anche ai fini dell'accertamento dell'esistenza di una vita familiare tra genitore e figlio. Secondo la giurisprudenza CEDU, infatti, la nozione di vita familiare deve essere estesa sia alla discendenza biologica accompagnata dalla presenza di legami personali stretti, sia al rapporto meramente sociale di filiazione che crea, rispetto ai terzi, l'apparenza di una famiglia<sup>12</sup>. Merita quindi la tutela dell'art. 8 la cosiddetta filiazione legittima, ossia il rapporto del genitore con il figlio concepito durante il matrimonio, anche se al momento della nascita o successivamente, l'unione familiare e, quindi, la convivenza coniugale viene meno<sup>13</sup>. È ugualmente costitutivo di «vita familiare» il legame tra il figlio e ciascuno dei genitori naturali: con la madre, in virtù della nascita<sup>14</sup> e col padre, per effetto di indici di effettività – tra cui, la convivenza, l'esistenza di una relazione stabile e duratura con la madre e il suo interessamento e partecipazione nella vita del figlio<sup>15</sup>. La Corte ha addirittura ritenuto qualificabile come «vita familiare» la relazione che avrebbe potuto crearsi tra un figlio e il padre biologico, relazione il cui mancato sviluppo non è dipendente dalla volontà degli interessati ma

<sup>11</sup> Benché abbia dichiarato l'applicabilità dell'art. 12 CEDU al caso concreto stabilendo quindi che il diritto di sposarsi non possa più essere limitato alle persone di sesso diverso, la Corte ha anche affermato che la previsione o meno di una forma di riconoscimento giuridico per le coppie dello stesso sesso e, ancor più, del matrimonio omosessuale rientra nella discrezionalità nazionale. Inoltre, sembra interessante rilevare che, nell'avanzare un'interpretazione evolutiva dell'art. 12 CEDU, la Corte si è servita della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare dell'art. 9 che – non alludendo al sesso degli aspiranti sposi – recita: «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Anche la Carta, quindi, come il sistema CEDU, demanda la disciplina dell'istituto matrimoniale ai legislatori nazionali, realizzando così la pericolosa dicotomia tra riconoscimento del diritto e sua concreta attuazione da parte degli Stati. Sul ruolo della Carta nell'interpretazione della CEDU, si veda C. Campiglio, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia familiare*, in «Diritti Umani e Diritto Internazionale», 2015, n. 2, pp. 292-295. La pronuncia *Shalk e Kopf* è stata in parte superata dalla giurisprudenza più recente – si veda, *Vallianatos e altri c. Grecia* (ricorsi n. 29381/09 e 32684/09, sentenza del 7 novembre 2013) e *Oliari e altri c. Italia* (ricorsi n. 18766/11 e 36030/11, sentenza del 21 luglio 2015) – in cui la Corte, pur ribadendo il largo margine di apprezzamento concesso agli Stati in materia di matrimonio, ha stabilito che l'art. 8 implica l'obbligo per le autorità nazionali di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex*.

<sup>12</sup> Sudre, citato da Bartole *et al.*, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 300.

<sup>13</sup> *Berrehab c. Paesi Bassi*, ricorso n. 10730/84, sentenza del 21 giugno 1988.

<sup>14</sup> *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74, sentenza del 13 giugno 1979.

<sup>15</sup> *Lebbink c. Paesi Bassi*, ricorso n. 45582/99, sentenza del 1° giugno 2004.

si deve a circostanze ad essi non imputabili<sup>16</sup>. Il requisito dell'effettività dei rapporti sembrerebbe dunque sostituibile da quello della «volontà frustrata» di stabilire un legame familiare effettivo<sup>17</sup>.

La nozione di «vita familiare», secondo l'interpretazione fornita dalla Corte, include inoltre la filiazione derivante dall'utilizzo di tecniche di PMA, ancora una volta, a condizione che, tra il genitore che faccia ricorso a tali metodiche e il figlio, sussistano rapporti personali effettivi. Infatti, come affermato nella sentenza *J.R.M. c. Paesi Bassi*, il mero dato biologico non è sufficiente a far sorgere un legame di vita familiare, degno della protezione dell'art. 8, tra il donatore di sperma e il nato da PMA. È invece da considerarsi costitutivo di «vita familiare» il legame di fatto instauratosi tra un individuo che si è sottoposto a un intervento di mutamento di sesso e il figlio nato dal partner di sesso biologicamente uguale, concepito mediante donazione di seme<sup>18</sup>. Pur non ritenendo che dall'art. 8 discendesse l'obbligo per lo Stato di riconoscere giuridicamente il legame di fatto esistente tra il figlio e il partner transessuale della madre, la Corte ha tuttavia riconosciuto la genitorialità sociale come forma di vita familiare tutelata dall'art. 8, dando rilievo, in mancanza del dato biologico, alla concretezza dei legami e all'apparenza di famiglia.

Concludendo, l'accertamento dell'effettiva esistenza di una famiglia, quale necessario presupposto per invocare la protezione offerta dall'art. 8 CEDU, è questione di fatto, che attiene alla sussistenza e all'effettività dei legami personali esistenti tra i ricorrenti, indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica alla luce della legislazione del paese interessato<sup>19</sup>. Questa visione pluralista eleva al rango di pari dignità e giustifica l'applicazione di trattamenti omogenei e, in particolare, il conferimento di uguali diritti a rapporti familiari di diversa natura. È tuttavia importante rilevare che, nonostante la crescente enfasi posta sulla sostanza dei rapporti, la forma rimane il primo indice della volontà di creare una famiglia che la Corte ricerca e le funzioni concretamente svolte dal nucleo familiare sono prese in considerazione solo in assenza dei requisiti formali<sup>20</sup>.

Questo atteggiamento è, peraltro, indicativo della più generale tendenza degli organi di Strasburgo a riconoscere la possibilità per gli Stati di riservare un trattamento di favore all'unione fondata sul vincolo coniugale<sup>21</sup>. Pur riconoscendo il pluralismo dei modelli di coppia, la Corte ha, infatti,

<sup>16</sup> *Schneider c. Germania*, ricorso n. 17080/07, sentenza del 15 settembre 2011.

<sup>17</sup> Bartole *et al.*, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 300.

<sup>18</sup> *X, Y and Z c. UK*, ricorso n. 21830/93, sentenza del 22 aprile 1997.

<sup>19</sup> *Marckx c. Belgio*, cit.

<sup>20</sup> Choudhry e Herring, *European Human Rights and Family Law*, cit., p. 170.

<sup>21</sup> Bartole *et al.*, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 331.

escluso la totale assimilazione della tutela della famiglia fondata sul matrimonio – cui si equipara, invece, la *partnership* registrata – al trattamento giuridico delle coppie di fatto, siano esse eterosessuali o omosessuali. Come emergerà dall'analisi della giurisprudenza in materia di adozione co-parentale da parte di omosessuali, i giudici di Strasburgo considerano il matrimonio una situazione particolare, che conferisce ai soggetti coinvolti uno «status speciale»<sup>22</sup> e, quindi, legittima l'introduzione di regimi giuridici che accordano una tutela privilegiata a coloro che scelgono consapevolmente di assumersi le conseguenze che ne derivano.

## 2. *Un ulteriore fronte di espansione: le molteplici obbligazioni scaturenti dall'art. 8 CEDU*

Oltre ad arricchire il novero delle relazioni interpersonali qualificabili come «vita familiare», la Corte ha progressivamente ampliato l'ambito di applicazione dell'art. 8 imponendo agli Stati contraenti nuovi obblighi, per lo più di carattere positivo, volti a rendere effettivo l'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare da parte dell'individuo.

È ormai noto come l'art. 8 racchiuda al suo interno un duplice contenuto prescrittivo. Da un lato, infatti, la funzione primaria di questa disposizione è di proteggere i singoli da ogni arbitraria ingerenza da parte dei pubblici poteri, ossia da ogni interferenza nella sfera dell'individuo e dei suoi legami familiari<sup>23</sup>. L'art. 8, quindi, esprime innanzitutto un'obbligazione negativa per lo Stato: quella di astenersi dal porre in essere comportamenti intrusivi che abbiano l'effetto di limitare l'esercizio dei diritti garantiti.

La protezione dell'individuo contro l'azione delle autorità pubbliche, tuttavia, non ha carattere assoluto. L'interferenza statale nel godimento del diritto al rispetto della vita privata o familiare delle persone, infatti, è giustificata e, quindi, non integra una violazione della Convenzione quando soddisfa le tre condizioni di legalità, finalità legittima e necessità in una società democratica, indicate nel secondo paragrafo dell'art. 8<sup>24</sup>. In breve, l'ingerenza, per essere conforme al dettato convenzionale, deve innanzitutto essere prevista da una norma di diritto interno, che possieda i caratteri di

<sup>22</sup> *Gas e Dubois c. Francia*, ricorso n. 25951/07, sentenza del 15 marzo 2012.

<sup>23</sup> F. Pesce, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in «Diritti Umani e Diritto Internazionale», 2016, n. 1, p. 11; Bartole *et al.*, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 303.

<sup>24</sup> Art. 8(2): «Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».



accessibilità e prevedibilità<sup>25</sup>; deve altresì aspirare alla realizzazione di interessi particolarmente meritevoli di tutela, tassativamente elencati nel secondo paragrafo dell'art. 8, quali sono la sicurezza nazionale, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della morale e della salute pubbliche e la protezione dei diritti e delle libertà altrui; e, infine, deve rispondere a un «bisogno sociale imperativo»<sup>26</sup> ed essere proporzionale allo scopo legittimo perseguito.

A titolo esemplificativo, non è stata giudicata compatibile con la Convenzione per mancanza di proporzionalità e ragionevolezza, la legislazione italiana in tema di diritto alla riservatezza spettante alla madre che abbia deciso di partorire in anonimato e di dare il proprio figlio in adozione. Nella celebre pronuncia *Godelli c. Italia*<sup>27</sup>, i giudici di Strasburgo hanno stabilito che, benché previste da una precisa disciplina normativa e finalizzate a prevenire eventi tragici (ad esempio, aborti illegali, infanticidi e parti in condizioni medico-sanitarie precarie) che potrebbero mettere a repentaglio la vita della donna e del nascituro, l'impossibilità per il figlio naturale non riconosciuto alla nascita di accedere a informazioni non identificanti sulla madre e l'irrevocabilità del segreto si pongono in contrasto con l'art. 8 in quanto compromettono la realizzazione di un equo bilanciamento tra il diritto della madre a mantenere l'anonimato – unico a essere oggetto di tutela nell'ordinamento italiano – e il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini, aspetto della vita privata protetto dall'art. 8<sup>28</sup>.

Questa sentenza, peraltro, chiarisce che, oltre a tutelare gli individui contro azioni statali potenzialmente invasive della sfera personale in cui si sviluppano, tra l'altro, le relazioni familiari, l'art. 8 determina l'insorgere in capo agli Stati contraenti di obblighi di carattere positivo<sup>29</sup>. In altri termini, le pubbliche autorità sono chiamate ad adempiere obblighi «di fare», ossia ad adottare tutte quelle misure finalizzate a garantire il godimento effettivo del diritto al rispetto della vita privata e familiare dei singoli, ovvero volte

<sup>25</sup> Bartole *et al.*, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 305; G. Sergio, *Potestà versus responsabilità genitoriale: la sofferta evoluzione della regolamentazione giuridica dei rapporti tra genitori e figli*, in R. Pane (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 100.

<sup>26</sup> *Odièvre c. Francia*, ricorso n. 42326/98, sentenza del 13 febbraio 2003, § 40.

<sup>27</sup> *Godelli c. Italia*, ricorso n. 33783/09, sentenza del 25 settembre 2012.

<sup>28</sup> Questa sentenza ha fatto seguito a un'altra pronuncia in tema di parto anonimo e accesso alle origini, che aveva però riguardato la normativa francese. Nel caso *Odièvre c. Francia* (cit.), la Corte europea aveva ritenuto che il legislatore francese, consentendo al figlio nato da parto anonimo di accedere a informazioni non identificanti e prevedendo la possibilità di interpellare un'autorità indipendente al fine di sollecitare la revoca del segreto sulla nascita, avesse realizzato un bilanciamento adeguato tra le contrapposte esigenze di tutela.

<sup>29</sup> Appare tuttavia importante rilevare che la distinzione tra obblighi negativi e obblighi positivi, specialmente in relazione all'art. 8, non si presta a una netta identificazione.

a proteggerlo da interferenze poste in essere da terzi<sup>30</sup>. In materia familiare, la dottrina delle obbligazioni positive è servita essenzialmente a due scopi: ad assicurare il riconoscimento giuridico di legami familiari esistenti tra genitori e figli, a prescindere dal rapporto di filiazione «legittima» o «naturale», e a proteggere la loro integrità<sup>31</sup>.

In nome dell'interesse superiore del minore, la Corte si è sempre schierata a favore dell'uguaglianza di status tra figli nati in costanza di matrimonio e figli nati fuori dal matrimonio e ha, a tal proposito, affermato che il rispetto effettivo della vita familiare impone alle autorità statali di riconoscere rilevanza giuridica all'esistenza di legami di fatto. È esemplificativa, a tal riguardo, la nota decisione *Marckx c. Belgio*, in cui la Corte ha chiarito che, nel determinare la disciplina applicabile a rapporti di filiazione naturale, lo Stato è tenuto ad «agire in una maniera finalizzata a consentire ai soggetti coinvolti di condurre una vita familiare normale»<sup>32</sup>. In particolare, la Corte aggiunge, l'art. 8 genera l'obbligo positivo per le autorità statali di predisporre forme di tutela in grado di garantire, sin dalla nascita, l'integrazione del minore nella sua famiglia. Ne consegue quindi che, nel caso specifico, l'impossibilità di costituire il rapporto di filiazione tra madre naturale e figlio mediante la mera indicazione del nome della donna sul certificato di nascita e, quindi, la necessità prevista dalla legislazione belga di iniziare un procedimento per il riconoscimento di fronte al giudice, non è stato ritenuto conforme al dettato convenzionale poiché ostacolava il regolare sviluppo del legame familiare di fatto, sottoponendolo a un regime giuridico restrittivo e discriminatorio rispetto a quello previsto per la filiazione legittima.

Per quanto riguarda la seconda dimensione «positiva» del diritto al rispetto della vita familiare, la Corte ha sempre ribadito con fermezza il principio per cui dall'art. 8 discende il dovere dello Stato di adottare provvedimenti idonei a salvaguardare il mantenimento dei legami familiari tra genitori e figli e/o a facilitare la ripresa di quelli interrotti, previa compatibilità con il superiore interesse del minore. Sono chiarificatrici, a tal riguardo, una serie di pronunce in cui i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che riservare alla madre la possibilità di dare il figlio in adozione e/o in affidamento extra-familiare all'insaputa o contro la volontà del padre naturale, qualora quest'ultimo sia legato al figlio non solo dal dato genetico ma anche da rapporti familiari effettivi, integri una violazione dell'art. 8<sup>33</sup>. Posto

<sup>30</sup> Bartole *et al.*, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 304.

<sup>31</sup> U. Kilkelly, *Protecting Children's Rights under the ECHR: The Role of Positive Obligations*, in «Northern Ireland Legal Quarterly», 61, 2010, n. 3, pp. 245-261.

<sup>32</sup> *Marckx c. Belgio*, cit., § 31, traduzione dell'autrice, testo originale: «it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life».

<sup>33</sup> Si veda, ad esempio, *Keegan c. Irlanda*, ricorso n. 16969/90, sentenza del 26 maggio 1994; *Görgülü c. Germania*, ricorso n. 74969/01, 26 maggio 2004.

che un'interruzione prolungata dei rapporti tra genitori e figli rischierebbe di mettere a repentaglio la solidità del legame, le autorità nazionali devono quindi astenersi dal disporre la collocazione del minore al di fuori della sua famiglia di origine, salvo che tale misura sia necessaria a salvaguardare il suo superiore interesse. Anche qualora l'allontanamento del minore fosse giustificato da questa esigenza (unica giustificazione ammessa), prima di predisporre tale misura, le pubbliche autorità sono tenute a valutare la possibilità di adottare soluzioni meno radicali. E, nel caso in cui siano disposte, la sospensione della potestà genitoriale e l'affidamento extra-famigliare sono sempre da considerarsi misure temporanee, da cui discende l'obbligo positivo per le autorità nazionali di revocarle e garantire il ricongiungimento del minore con i genitori non appena le circostanze lo permettano.

Nella stessa prospettiva, la Corte ritiene che l'art. 8, nel garantire a ognuno il rispetto della propria vita privata e familiare, tuteli anche il diritto dei genitori e dei figli – ma anche dei minori con i nonni<sup>34</sup> – a mantenere stabili relazioni in caso di crisi coniugale o rottura dell'unità familiare di fatto. In materia di affidamento di un minore figlio di genitori separati, gli Stati hanno pertanto l'obbligo positivo di adottare misure idonee a garantire la conservazione di rapporti equilibrati e continuativi tra il minore e ciascun genitore, indipendentemente dal fatto che l'unione tra i genitori sia venuta meno. A parere della Corte, dunque, il piano orizzontale dei rapporti di coppia va tenuto distinto da quello verticale dei legami tra genitore e figli<sup>35</sup>. Ciò detto, la natura e l'ampiezza dei provvedimenti che lo Stato è tenuto a porre in essere dipendono necessariamente dalle circostanze del caso concreto e, quindi, situazioni di forte conflittualità o in cui il genitore si sia reso responsabile di abusi e violenze nei confronti del partner (o ex partner) o della sua stessa prole costituiranno un importante fattore di giudizio. Così, nel caso in cui i contatti siano chiesti da uno dei genitori ma rifiutati dall'altro, spetterà alle autorità nazionali far sì che si raggiunga un giusto equilibrio tra gli opposti interessi e diritti e, qualora siano coinvolti minori, saranno gli interessi di questi ultimi a prevalere su quelli degli altri familiari.

Ad esempio, non è stata considerata conforme alla Convenzione la decisione delle autorità nazionali di negare il diritto di visita al padre non affidatario a motivo di considerazioni generali e stereotipate sull'inadeguatezza dei padri naturali a garantire il benessere del figlio, non attinenti la valutazione concreta dell'interesse superiore del minore interessato<sup>36</sup>. In maniera ana-

<sup>34</sup> *Scozzari e Giunta c. Italia*, ricorsi n. 39221/98 e 41963/98, sentenza del 13 luglio 2000.

<sup>35</sup> Nocco, *Il diritto a essere figlio di due mamme: come la CEDU aiuta i giudici a (in)seguire le trasformazioni della famiglia*, cit., p. 133.

<sup>36</sup> *Sabin c. Germania*, ricorso n. 30943/96, sentenza dell'8 luglio 2003. Vedi anche le sentenze *Schneider c. Germania* (ricorso n. 17080/07, sentenza del 15 settembre 2011) e *Anayo*

loga, è stato ritenuto in violazione del diritto al rispetto della vita familiare il diniego dell'affidamento della figlia esclusivamente fondato sull'orientamento sessuale del padre<sup>37</sup>. In ipotesi di scioglimento o allentamento della relazione tra i genitori, pertanto, le pubbliche autorità, anche se considerate le meglio attrezzate per gestire situazioni di conflitto familiare<sup>38</sup>, devono astenersi dal formulare valutazioni astratte circa la possibile incidenza negativa di particolari scelte di vita e qualità personali del genitore sul benessere del figlio; al contrario, hanno l'obbligo positivo di predisporre misure idonee a facilitare la frequentazione tra il genitore non affidatario e la prole, nel rispetto dell'interesse superiore del minore.

Il metodo adottato dalla Corte per valutare l'esistenza e il rispetto di un obbligo positivo in capo agli Stati si basa sugli stessi principi applicabili alla determinazione della legittimità di un'ingerenza<sup>39</sup>. In entrambi i casi, quindi, l'operazione spesso decisiva consiste nella ricerca del corretto bilanciamento tra gli interessi concorrenti dell'individuo e le esigenze della comunità nel suo complesso. Considerato che, anche nel rispetto della diversità delle tradizioni culturali e giuridiche dei vari Stati, la CEDU non impone un'uniformità assoluta nella sua applicazione<sup>40</sup>, lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento nell'adempimento dei propri obblighi – sia negativi che positivi – ossia di una certa discrezionalità nel determinare il punto di equilibrio tra le esigenze contrapposte e nel valutare la proporzionalità di una misura. Com'è noto, il conferimento di un margine nazionale di apprezzamento si deve, tra l'altro, al carattere sovranazionale del controllo operato dalla Corte e, quindi, risponde al principio di sussidiarietà, il quale prevede che la responsabilità del corretto bilanciamento grava *in primis* sulle autorità nazio-

*c. Germania* (ricorso n. 20578/07, sentenza del 21 dicembre 2010). Nella prima, la Corte ha affermato che: «Having regard to the realities of family life in the 21st century, revealed, *inter alia*, in the context of its own comparative law research, (it) is not convinced that the best interests of children living with their legal father but having a different biological father can be truly determined by a general legal assumption. Consideration of what lie in the best interests of the child concerned is, however, of paramount importance in every case of this kind. Having regard to the great variety of family situations possibly concerned, the Court therefore considers that a fair balancing of the rights of all persons involved necessitates an examination of the particular circumstances of the case» (§ 100).

<sup>37</sup> *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, ricorso n. 33290/96, sentenza del 21 dicembre 1999.

<sup>38</sup> *Sabin c. Germania*, cit., § 64.

<sup>39</sup> Sebbene il metodo utilizzato sia lo stesso, è importante rilevare che, quando oggetto di indagine è il rispetto di un obbligo positivo, il principio di legalità non trova una rigida applicazione come nella determinazione della legittimità di un'ingerenza. In maniera analoga, le finalità elencate nel secondo paragrafo dell'art. 8, pur orientando il controllo della Corte, non sono tassativamente prese in considerazione nel valutare l'esistenza di un obbligo positivo. Si veda, *inter alia*, Bartole *et al.*, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 306-307.

<sup>40</sup> *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, ricorso n. 6538/74, sentenza del 26 aprile 1979, § 61.

nali, le quali, in virtù del contatto diretto con le forze vive del loro paese, sono meglio situate di una Corte internazionale per valutare la rilevanza dei vari fattori in gioco. In altri termini, questo strumento si preoccupa di delimitare i confini che sono propri a decisioni di natura giudiziaria – a maggior ragione se adottate da una Corte internazionale – rispetto a quelle politiche degli Stati<sup>41</sup>.

L'ambito di discrezionalità così riconosciuto agli Stati non è illimitato. Infatti, l'operato statale è sottoposto al sindacato della Corte, la quale, pur non sostituendosi alle valutazioni delle autorità nazionali, deve assicurare che tutti gli interessi coinvolti siano stati adeguatamente presi in considerazione, nel rispetto del principio di proporzionalità. Il controllo operato dalla Corte, a sua volta, assume un'intensità differente in funzione dell'ampiezza della discrezionalità di volta in volta riconosciuta allo Stato<sup>42</sup>. Di regola, la valutazione di proporzionalità effettuata dalla Corte sarà più stringente quando il margine di apprezzamento concesso è limitato.

L'estensione di quest'ultimo, inoltre, varia in ragione di diversi fattori, *in primis* la presenza o l'assenza di un denominatore comune negli ordinamenti giuridici degli Stati membri del Consiglio d'Europa nella materia oggetto di esame. Mentre l'esistenza di un consenso europeo – determinato sulla base di un'indagine comparativa – tendenzialmente riduce l'ambito di discrezionalità concesso agli Stati e rende l'adozione di misure nazionali divergenti incompatibili con la Convenzione, l'assenza di un approccio comune, al contrario, fa sì che le autorità nazionali godano di una maggiore libertà nella valutazione del peso relativo degli interessi in gioco e nell'individuazione dei mezzi più appropriati per proteggerli<sup>43</sup>.

L'ampiezza del margine di apprezzamento statale dipende anche dalla materia del ricorso e dalla natura degli interessi in gioco. Nelle decisioni che concernono la protezione dell'infanzia, ad esempio, la Corte tende ad attribuire un'ampia discrezionalità alle autorità nazionali, in virtù della loro vicinanza ai soggetti coinvolti. Tuttavia, nel caso in cui si tratti di misure che incidono sul diritto di visita e, quindi, sulla continuità e stabilità dei rapporti tra genitori e figli, il margine di apprezzamento concesso allo Stato è decisamente meno esteso. La discrezionalità statale è sensibilmente più limitata anche laddove sia in gioco un aspetto essenziale e particolarmente intimo dell'esistenza o dell'identità dell'individuo<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> V. Zagrebelsky, R. Chenal e L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 43.

<sup>42</sup> Bartole *et al.*, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 307.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 311.

<sup>44</sup> *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia*, ricorsi n. 65192/11 e 65941/11, sentenza del 26 giugno 2014.

Allo stesso tempo, però, qualora il ricorso sollevi delicate questioni morali o etiche – quali, per esempio, la PMA o l'adozione di minore da parte di coppie e individui omosessuali – agli Stati è generalmente concesso un considerevole margine di manovra<sup>45</sup>. Ma si può in proposito osservare che, molto spesso, i temi morali emergono proprio quando sono in gioco aspetti fondamentali dell'esistenza e dell'identità dei ricorrenti, ragione per cui non sarebbe chiaro se il margine di apprezzamento debba essere ampio o limitato<sup>46</sup>. Al di là di questi esempi, è comunque importante osservare che i numerosi e concorrenti elementi di cui la Corte tiene conto non si prestano a un'applicazione isolata e meccanica; la loro incidenza sull'ampiezza del margine, al contrario, dipende essenzialmente dall'interazione tra loro e dalle circostanze del caso concreto<sup>47</sup>.

A causa dell'indeterminatezza di questi fattori, il riconoscimento del margine di apprezzamento ha condotto a risultati imprevedibili e, addirittura, alla protezione dei diritti umani secondo una geometria variabile<sup>48</sup>. Questo, a sua volta, ha attirato una serie di critiche che, seppur non sintetizzabili in questa sede, essenzialmente insistono sulla necessità di un'applicazione più coerente e sistematica e di una più esauriente motivazione delle decisioni da parte della Corte a sostegno di una maggiore legittimità dello strumento del margine di apprezzamento e, più in generale, dell'operato della Corte stessa.

Sebbene la nozione di margine di apprezzamento sia inizialmente comparsa in casi marginali e eccezionali, col passare del tempo, si è dilatata oltre misura tanto da essere considerata una vera e propria «dottrina»<sup>49</sup>. La Corte si è, infatti, mostrata sempre più permissiva e disposta a riconoscere agli Stati un certo margine di discrezionalità in un numero crescente di ambiti e con maggiore facilità<sup>50</sup>. Questa tendenza ha interessato anche la giurisprudenza inerente al diritto al rispetto della vita privata e familiare, ca-

<sup>45</sup> *Evans c. UK*, ricorso n. 6338/05, sentenza del 10 aprile 2007.

<sup>46</sup> La questione è menzionata (ma senza soluzione) in *Oliari e altri c. Italia*, § 177.

<sup>47</sup> Bartole *et al.*, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 309; O. Arnardóttir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, The Hague-London-New York, Martinus Nijhoff, 2003, pp. 63-67.

<sup>48</sup> Si veda, *inter alia*, Lord Lester of Herne Hill, QC, *The European Convention of Human Rights in the New Architecture of Europe*, in *Proceedings of the 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1995, p. 236; Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine: A Theoretical Analysis of Strasbourg's Variable Geometry*, in G. Ulfstein, A. Follesdal e B. Peters (a cura di), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

<sup>49</sup> Zagrebelsky *et al.*, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 43.

<sup>50</sup> V. Zagrebelsky, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in «Diritti Umani e Diritto Internazionale», 2015, n. 3, p. 612.



ratterizzata da un ricorso sempre più frequente alla nozione di margine di apprezzamento, tanto da renderla un «principio fondamentale» più che «un'eccezione»<sup>51</sup>. Infatti, anche se l'esigenza di predisporre una regolamentazione giuridica che tenga conto delle nuove realtà familiari – e, ancora prima, la proliferazione di forme familiari diversificate – si è manifestata a livello europeo e internazionale, la dimensione morale del concetto di «famiglia» e la delicatezza delle questioni etiche inevitabilmente sollevate hanno fatto sì che i dibattiti e le soluzioni adottate finissero per essere fortemente condizionate dalle specificità del sistema giuridico di riferimento e, più in generale, dal contesto culturale del paese interessato.

*Vis-à-vis* tale fenomeno, se da un lato la Corte ha profuso ogni sforzo per adattare la definizione di vita familiare *ex* art. 8 alla società presente, dall'altro lato, è parsa incline a riconoscere la ricchezza e la diversità dei diversi approcci impiegati dagli Stati contraenti, attribuendo così un ampio margine di apprezzamento alle autorità nazionali impegnate a risolvere questioni di diritto di famiglia e minori. Si può dunque anticipare che, al fine di accertare la sussistenza di una violazione in materia familiare, i giudici di Strasburgo tendono ad applicare la versione più moderata del test di proporzionalità e, quindi, a essere soddisfatti da misure che rispettano il requisito minimo di mera ragionevolezza<sup>52</sup>.

### 3. *L'interesse del minore nella giurisprudenza CEDU*

Il principio dei *best interests of the child*, benché non menzionato nel testo della CEDU, compare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo assumendo – proprio come nel contesto nazionale – significati e funzioni diverse. Tra le previsioni convenzionali cui spesso si affianca, vi è l'art. 8 CEDU. Pertanto, in materia di diritto di famiglia, anziché essere l'interesse del minore considerato in generale a essere oggetto di tutela, questo principio rileva soprattutto in quanto dimensione fondamentale del diritto di ciascuno al rispetto della propria vita privata – in particolare, del diritto all'identità personale – e, soprattutto, familiare<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> *Ibidem*. Ne è un esempio la decisione *Parrillo c. Italia* (ricorso n. 46470/11, sentenza del 27 agosto 2015) in tema di destinazione di embrioni non utilizzati alla ricerca. In altre circostanze, invece, pare che la Corte abbia volutamente evitato ogni riferimento all'argomento del margine di apprezzamento, probabilmente perché una simile considerazione avrebbe compromesso il raggiungimento di una (pre)determinata conclusione. Si veda, *inter alia*, *E.B. c. Francia*, ricorso n. 43546/02, 22 gennaio 2008.

<sup>52</sup> Choudhry e Herring, *European Human Rights and Family Law*, cit., p. 32.

<sup>53</sup> Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata», 2016, n. 1, p. 149.

Nella giurisprudenza CEDU, la funzione assegnatagli e, conseguentemente, la posizione che l'interesse del minore assume rispetto ai diritti fondamentali dei genitori sono ambivalenti. In alcuni casi (soprattutto quelli più risalenti), l'interesse del minore rappresenta lo «scopo legittimo» che, ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 8 e qualora gli altri requisiti siano ugualmente rispettati, è capace di giustificare l'adozione di eventuali misure limitative del diritto al rispetto della vita familiare del genitore ricorrente da parte delle pubbliche autorità, tra cui la sospensione degli incontri tra genitore e figlio o la loro più limitata frequenza, la presa in carico del minore da parte dei servizi pubblici, l'affidamento del figlio a terzi o addirittura la dichiarazione dello stato di adottabilità del figlio troncando così ogni relazione con la famiglia d'origine<sup>54</sup>.

In questo significato – che, tra l'altro, rispecchia la concezione anglo-americana originaria del principio – l'interesse del minore è quindi impiegato come criterio per valutare la convenzionalità di eventuali interferenze statali e risponde quindi all'esigenza di proteggere i soggetti deboli fungendo da limite all'esercizio dei diritti fondamentali degli adulti, rispetto ai quali assume una posizione antagonista<sup>55</sup>. Si tratta tuttavia di un utilizzo riservato a circostanze di particolare gravità, capaci di mettere a repentaglio la salute fisica o psichica del minore o comunque di compromettere il suo equilibrato sviluppo – ad esempio, casi di violenze e abusi sessuali – rispetto alle quali l'unico rimedio che si pone è l'allontanamento del minore<sup>56</sup>. Ne consegue quindi che, qualora sia possibile e lo Stato ometta di offrire assistenza sociale al fine di consentire ai genitori di tenere con sé i propri figli, la Corte EDU censura la mancanza o l'inadeguatezza degli interventi di sostegno alla famiglia del minore allontanato, che – in vista della continuazione o ripresa della convivenza familiare – avrebbero dovuto essere messi a disposizione dalle autorità nazionali<sup>57</sup>.

Accanto a questo approccio, col tempo, si è sviluppata una nuova maniera di impiegare il principio dei *best interests* in funzione di rinforzo al diritto all'identità personale del minore o, ancora più spesso, al diritto di godere della vita familiare con i propri genitori. Secondo la ricostruzione offerta da alcuni autori, nella giurisprudenza di Strasburgo, si potrebbe addirittura individuare una sorta di presunzione secondo cui il fatto in sé e per sé di intrattenere rapporti con i propri genitori corrisponde all'interesse

<sup>54</sup> E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, pp. 92-94 e 100.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>56</sup> L. Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, cit., pp. 155 ss.; Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 94.

<sup>57</sup> *Ibidem*. Si vedano, ad esempio, una serie di ricorsi contro l'Italia: *Zhou c. Italia* (ricorso n. 33773/11, decisione del 21 gennaio 2014); *Akinnibosun c. Italia* (ricorso n. 9056/14, decisione del 16 luglio 2015); *S.H. c. Italia* (ricorso n. 52557/14, decisione del 13 ottobre 2015).



superiore del figlio, salvo ricorrano – appunto – situazioni particolarmente pregiudizievoli la cui prova spetta alle pubbliche autorità a cui è imputabile l'ingerenza<sup>58</sup>.

Sono quindi assai frequenti i casi in cui la Corte usa il principio dei *best interests* per confermare e ribadire il diritto del minore di sviluppare e conservare un legame affettivo reciproco con i suoi genitori<sup>59</sup>. E, data la natura necessariamente relazionale del diritto in questione<sup>60</sup>, è ovvio che – qualora utilizzato in questo senso – l'interesse del minore tende a coincidere con quello dei genitori (ovvero dei ricorrenti) alla continuità del loro rapporto affettivo e che, quindi, in molte pronunce della Corte di Strasburgo, la priorità dell'interesse del minore si traduca nell'effettiva promozione dell'interesse degli adulti<sup>61</sup>.

Questa «nuova» funzione di sostegno svolta dall'interesse superiore del minore diventa evidente nei casi *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*<sup>62</sup> – oggetto di analisi nel prossimo paragrafo – in cui la Corte ha condannato le autorità nazionali per aver negato la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelli nati a seguito di maternità surrogata all'estero. In queste pronunce, il richiamo all'interesse superiore del minore ha l'effetto di garantire una tutela rafforzata al diritto dei minori all'identità personale, il quale – tra l'altro – assumeva una rilevanza particolare nel caso di specie in quanto il ricorrente era anche il padre genetico dei minori.

Anche nel più recente ricorso *Mandet c. Francia*<sup>63</sup>, la Corte EDU ha declinato il diritto al rispetto della vita privata alla luce dell'interesse superiore del minore. Questo caso riguardava un minore che – seppur concepito in un periodo in cui i coniugi Mandet si erano divorziati – era stato di fatto sempre accudito dalla madre e dal padre sociale che si era in seguito risposato con la prima. Il padre sociale nonché marito della madre aveva pertanto riconosciuto il bambino come proprio figlio ma, a distanza di qualche anno, il padre biologico aveva ottenuto il riconoscimento della propria paternità, con l'effetto di eliminare il precedente rapporto di filiazione.

<sup>58</sup> Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, cit., p. 150; M.G. Ruo, «The best interest of the child» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in «Minorigiustizia», 2011, n. 3, p. 42.

<sup>59</sup> L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in «Rivista di Diritto Civile», 62, 2016, n. 1, p. 94. Tra le molte pronunce: *Gnaboré c. Francia* (ricorso n. 40031/98, decisione del 19 settembre 2000); *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* (ricorso n. 41615/2007, decisione del 6 luglio 2010); *Raban c. Romania* (ricorso n. 25437/08, decisione del 16 ottobre 2010); *Mamchur c. Ucraina* (ricorso n. 10383/09, decisione del 16 luglio 2015).

<sup>60</sup> G. Sergio, *La giustizia minorile. Dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti relazionali*, in L. Lenti (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, vol. IV, *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 26.

<sup>61</sup> Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 95.

<sup>62</sup> Ricorsi n. 65192/11 e 65941/11, decisioni del 26 giugno 2014.

<sup>63</sup> Ricorso n. 30955/12, decisione del 14 gennaio 2016.

I ricorrenti – ovvero la madre, il padre sociale e il figlio – sostenevano che la pronuncia di disconoscimento, oltre a violare il diritto al rispetto della loro vita familiare, si ponesse in contrasto con l'interesse superiore del minore che – secondo il loro punto di vista – esigeva di proteggere l'integrità del rapporto tra il figlio e colui che lo aveva fino a quel momento cresciuto assicurando quindi la stabilità emotiva del minore coinvolto. Facendosi portatrice di una differente visione, la Corte EDU ha invece stabilito che l'interesse del minore coincidesse piuttosto con l'accertamento della diversa paternità biologica, anche atteso che il mantenimento della relazione affettiva con il padre sociale non era a rischio in quanto, avendo le autorità francesi conferito la responsabilità genitoriale alla madre, il figlio avrebbe potuto continuare a vivere con lei e con il padre sociale. In questo caso, dunque, il richiamo al principio dei *best interests*, oltre a rinforzare il diritto del minore all'identità personale, è anche servito a stabilire la prevalenza di questo diritto sull'altro diritto – anch'esso tutelato dall'art. 8 CEDU – dello stesso minore alla vita familiare<sup>64</sup>.

Il caso *Mandet* mette quindi in luce l'ambiguità concettuale che è insita nel principio dei *best interests* e che consente ai giudici di farne l'utilizzo che meglio si presta alla risoluzione del caso concreto, con l'ovvio pericolo di giungere a qualsiasi risultato senza il bisogno di enunciare le ragioni sottostanti alleviando quindi la Corte (o addirittura esimendola del tutto) dalla responsabilità di avanzare un'adeguata motivazione a sostegno delle proprie scelte<sup>65</sup>. Questa pronuncia è anche esemplificativa della tensione – enunciata nel capitolo precedente – tra l'interesse superiore del minore inteso al singolare e l'interesse superiore del minore inteso al plurale. La lettura dei *best interests* offerta dalla maggioranza riposa sulla presunta correlazione tra verità genetica e interesse superiore del minore e propone, quindi, una visione astratta del bene dei minori, che prescinde dalla situazione concreta del singolo minore coinvolto il cui unico vero desiderio era appunto quello di preservare il suo status familiare.

Utilizzando le parole della giudice Nussberger nella sua opinione dissenziente, l'interesse superiore del minore è talvolta – *in primis*, nel caso di specie – impiegato dalla Corte come «una formula stereotipata per difendere interessi di altri»<sup>66</sup>. Questa visione trova accoglimento anche in parte della dottrina, secondo cui, anche a fronte dell'apparente ruolo di sostegno alla tutela dei diritti convenzionali del minore, non deve escludersi l'eventualità che il richiamo al principio dei *best interests* svolga, in realtà, una funzione meramente pretestuosa o addirittura retorica, fornendo una più nobile giustificazione all'esito del bilanciamento operato dalla Corte che, seppure si

<sup>64</sup> Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 99.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>66</sup> *Mandet c. Francia*, cit.

ponga a tutela anche del minore, mira essenzialmente a garantire il rispetto del diritto di un adulto<sup>67</sup>. L'adozione di un approccio adulto-centrico – ovvero che affronta il caso soprattutto dal punto di vista dei genitori – che si accompagna a un'indagine della posizione del figlio minore meno interessata alle peculiarità della sua situazione personale, potrebbe, secondo Lenti, spiegarsi col fatto che sono loro i ricorrenti e che, quindi, è alle loro richieste che la Corte deve fornire risposta<sup>68</sup>.

Queste osservazioni, è ovvio, si pongono in contrasto con la configurazione che è solita attribuirsi all'operato della Corte EDU come giudizio sul singolo caso concreto, che si fonda su un'analisi approfondita delle particolarità della vicenda e delle dinamiche in gioco, rifiutando ogni generalizzazione e ponendo al centro il specifico minore coinvolto<sup>69</sup>. Il tenore di quest'affermazione va tuttavia bilanciato con la natura sovra-nazionale che è propria di questa Corte e, quindi, con il peculiare ruolo che essa è chiamata a svolgere. Infatti, se è vero che, esprimendosi a posteriori, è decisamente più facile per la Corte EDU osservare e criticare l'operato delle autorità nazionali affermando che queste ultime avrebbero dovuto adottare misure differenti<sup>70</sup>, è altrettanto vero che – come gli stessi giudici europei riconoscono in alcune pronunce – valutare l'interesse superiore del minore coinvolto spetta innanzitutto alle autorità nazionali che, in virtù del loro contatto diretto, si trovano in una posizione privilegiata per individuare i bisogni delle parti interessate<sup>71</sup>.

Una volta chiarito l'ambito di applicazione dell'art. 8 e gli obblighi statali che ne derivano, le sezioni che seguono prendono in considerazione alcune tra le più significative statuizioni della Corte europea al fine di delineare la portata estensiva che il diritto al rispetto della vita privata e familiare ha assunto nei confronti dei nuovi fenomeni familiari. Di particolare rilievo per il presente studio è la giurisprudenza in materia di PMA e quella riguardante l'adozione da parte di individui e partner omosessuali, temi che, in questi ultimi anni, sono stati esposti a un critico ripensamento e a un'incessante evoluzione giurisprudenziale, non soltanto in Italia e negli altri paesi del Consiglio d'Europa, ma anche a livello delle corti europee.

<sup>67</sup> Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, cit., pp. 105-106.

<sup>68</sup> Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, cit., p. 150.

<sup>69</sup> Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 108.

<sup>70</sup> Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, cit., p. 151.

<sup>71</sup> Choudhry e Herring, *European Human Rights and Family Law*, cit., p. 20. Ecco alcuni esempi: *Jobansen c. Norvegia* (ricorso n. 17383/90, decisione del 7 agosto 1996), § 64; *Sabin c. Germania* (ricorso n. 30943/98, decisione dell'8 luglio 2003), § 64; *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* (ricorso n. 33290/96, decisione del 21 dicembre 1999), § 25.

#### 4. Le pronunce chiave in materia di «nuove famiglie»: la PMA

##### 4.1. Accedere alla PMA: questioni «a monte»<sup>72</sup>

Utilizzando un'espressione di Burbergs, l'art. 8 CEDU può essere paragonato a un vivaio in cui si sono prodotti una pluralità di nuovi diritti, la cui esistenza era del tutto inimmaginabile nel 1950<sup>73</sup>. La dinamica di questo processo, spiega Burbergs, rispecchia la modalità di crescita degli alberi: dal tronco dell'art. 8 sono spuntati rami più o meno robusti, corrispondenti a nuovi interessi che rientrano nell'ambito di applicazione della norma, che, a loro volta, sono cresciuti dando vita ad altri rami e, quindi, ad altri interessi ritenuti meritevoli di tutela<sup>74</sup>. Questo fenomeno di progressiva espansione ha permesso, tra l'altro, di sussumere nell'alveo dell'art. 8 le nuove istanze soggettive sorte in ambito procreativo<sup>75</sup>. La prima tappa di questa evoluzione è rappresentata dalle sentenze *Evans*<sup>76</sup> e *Dickson*<sup>77</sup>, in cui la Corte si occupa del tema del desiderio di diventare genitori.

Nel caso *Evans c. Regno Unito*, la ricorrente lamentava che l'interdizione a utilizzare gli embrioni già formati col suo materiale genetico, in seguito alla revoca del consenso da parte dell'ex partner e fornitore dei gameti maschili, integrava una violazione della sua vita privata in quanto, non potendo ricorrere ad altri mezzi per procreare, le precludeva la realizzazione del desiderio di diventare madre genetica. Come prima cosa, quindi, la Corte si trova a dover affrontare la questione dell'applicabilità o meno dell'art. 8 – invocato dalla ricorrente – alla situazione concreta. I giudici di Strasburgo si pronunciano sulla questione adottando un'interpretazione evolutiva dell'art. 8, in particolare affermando che il rispetto per la vita privata e familiare implica il diritto al rispetto della decisione di diventare o no genitore in senso genetico. A parere della Corte, quindi, il perseguimento del desiderio di genitorialità (inteso in senso sia positivo che negativo) – in ragione dell'importanza vitale che riveste per ogni persona – deve essere inquadrato tra i diritti del singolo al rispetto della propria vita privata e familiare.

<sup>72</sup> La distinzione tra questioni «a monte» e «a valle» è adottata da Lorenzetti, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, cit., p. 118.

<sup>73</sup> M. Burbergs, *How the Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in which New Rights are Born*, in E. Brems e J. Gerards (a cura di), *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 315.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 326.

<sup>75</sup> V. Sisto, *Il diritto alla «genitorialità» del detenuto in una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Minorigiustizia», 2015, n. 1, p. 299.

<sup>76</sup> *Evans c. Regno Unito*, cit.

<sup>77</sup> *Dickson c. Regno Unito*, ricorso n. 44362/04, sentenza del 4 dicembre 2007.

Pur apprezzando il carattere eccezionale della situazione della donna, la Corte ha, tuttavia, stabilito che l'aspirazione a diventare madre genetica può essere limitata al fine di rispettare la volontà dell'altro componente della coppia di non diventare padre genetico. Così, la legislazione inglese che permetteva al donatore di sperma di revocare il proprio consenso prima dell'impianto dell'embrione creato tramite FIVET è stata considerata compatibile con l'art. 8 perché, secondo la Grande Camera, realizzava un equo bilanciamento tra diritti e esigenze contrapposte, i quali non comprendevano soltanto i diritti confliggenti dei membri della coppia, ma anche gli interessi del figlio che avrebbe potuto nascere e quelli di natura pubblicistica, quali il principio della tutela del consenso e la certezza del diritto.

A conferma di quanto affermato sopra, è importante sottolineare che, nel caso specifico, la dottrina del margine di apprezzamento ha giocato un ruolo particolarmente decisivo nella valutazione della legittimità del rifiuto opposto alla ricorrente. La Corte ha, infatti, riconosciuto un ampio margine di apprezzamento in capo alle autorità nazionali, in virtù delle delicate questioni di bioetica sollevate dal ricorso e dell'assoluta assenza di un consenso europeo in materia, così riducendo l'intensità del suo giudizio di proporzionalità. Pur senza riscontrare una violazione della Convenzione, il caso *Evans* costituisce tuttavia il primo passo verso la progressiva articolazione del contenuto del diritto alla genitorialità a opera della Corte europea.

La sentenza *Dickson c. Regno Unito* riguardava invece il divieto, opposto a un detenuto ergastolano e alla compagna, di ricorrere a tecniche di PMA allo scopo di fondare una famiglia. In questo caso, i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a decidere se lo Stato potesse limitare o addirittura escludere l'ammissione alla procedura di inseminazione artificiale come parte integrante della pena o nell'interesse del nato che, durante il periodo di detenzione, sarebbe stato cresciuto dalla sola madre e privo della presenza paterna. Dopo aver ribadito che il diritto a diventare genitori genetici mediante le tecniche di PMA non è altro che un'articolazione funzionale del più ampio diritto alla vita privata e familiare, la Corte verifica in concreto il grado di proporzionalità e adeguatezza della scelta attuata dal legislatore nazionale. Infatti, spiega la Corte, benché le autorità nazionali godano di un'ampia discrezionalità nel bilanciamento tra interesse pubblico nella gestione del sistema penitenziario e il diritto del singolo a diventare genitore genetico, nel compiere questa operazione, esse sono tenute a prendere in considerazione le circostanze specifiche del caso concreto: in particolare, il fatto che, essendo le visite coniugali non autorizzate nel sistema penitenziario inglese, l'ammissione alle tecniche di PMA rappresentava l'unico mezzo a disposizione dei ricorrenti per attuare il loro progetto genitoriale. A parere della Corte, quindi, la misura della privazione dell'accesso alle procedure di inseminazione artificiale non è compatibile con l'art. 8 in quanto implica un

sacrificio del diritto individuale eccessivo rispetto all'interesse generale perseguito con la detenzione della persona.

Ulteriore prova dell'elasticità della nozione di «vita privata e familiare» è la sentenza *S.H. e altri c. Austria*, in cui la Corte ha chiarito che l'art. 8 include anche il diritto per le coppie di concepire un figlio e di ricorrere alle tecniche di PMA per tale scopo<sup>78</sup>. Questo ricorso trae origine dal rifiuto opposto a due coppie sterili di accedere alla donazione di spermatozoi nell'ambito della fecondazione *in vitro* e, in generale, alla donazione di ovuli – pratiche vietate dalla legislazione austriaca – al fine di realizzare il loro desiderio di genitorialità. Pur riconoscendo che il margine di apprezzamento si restringe quando la controversia riguarda un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità dell'individuo (come nel caso di specie), la Grande Camera ha sostenuto che la sensibilità morale ed etica delle questioni sollevate e l'assenza di un consolidato sentire comune a livello europeo «per ciò che riguarda l'importanza relativa degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli» attribuissero in capo al legislatore austriaco un'ampia discrezionalità nel regolare questioni attinenti la PMA. Tenuto conto in particolare della possibilità di accedere in Austria alle tecniche di fecondazione omologa, nonché di quella di recarsi all'estero per ricorrere a quelle di fecondazione eterologa, la Grande Camera ha quindi ritenuto che le restrizioni previste dalla normativa nazionale non eccedessero il margine di apprezzamento concesso allo Stato, e che esse fossero, pertanto, espressione di un bilanciamento non censurabile tra il diritto alla procreazione, da un lato, e l'esigenza di preservare la certezza nelle relazioni familiari – in particolare, di evitare maternità duplicate in armonia col noto principio *mater semper certa est* e di proteggere l'interesse dell'individuo a conoscere la propria origine genetica – dall'altro.

In tempi più recenti, la Corte europea si è pronunciata sulla disciplina italiana in materia di PMA e, in particolare, sull'impossibilità per le coppie fertili, ma portatrici di patologie ereditarie, di avvalersi delle tecniche di fecondazione *in vitro* e della diagnosi genetica pre-impianto<sup>79</sup>. Nella nota sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, la Corte ha affermato che, benché non si possa riconoscere un «diritto ad avere un figlio sano», «il desiderio dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori sani e di ricorrere, a tal fine, alla procreazione medicalmente as-

<sup>78</sup> *S.H. e altri c. Austria*, ricorso n. 57813/00, sentenza della prima sezione del 1° aprile 2010, § 60. Anche se non strettamente rilevante, il diritto al rispetto della decisione di diventare genitore genetico si è ulteriormente sviluppato dando vita al diritto di scegliere le circostanze in cui diventare genitore; si veda *Ternovszky c. Ungheria*, ricorso n. 67545/09, sentenza del 14 dicembre 2010 (parto in casa).

<sup>79</sup> Divieto posto dalla legge n. 40/2004, in particolare dagli artt. 4 e 5, che consentono l'accesso alla PMA e quindi alla diagnosi pre-impianto alle coppie che, sulla base di accertamenti medici, risultino sterili o infertili.



sistita e alla diagnosi pre-impianto» rientra nel campo della tutela offerta dall'art. 8, in quanto tale scelta procreativa costituisce una forma di espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti<sup>80</sup>.

Accertata l'applicabilità dell'art. 8 al caso di specie, la Corte ha poi stabilito che il rifiuto opposto ai ricorrenti costituisse un'indebita ingerenza dell'autorità pubblica nella loro vita privata e familiare, e dunque una violazione dell'art. 8, ravvisando una contraddizione nel sistema giuridico italiano. I giudici hanno infatti ritenuto all'unanimità che la proibizione del ricorso alla procreazione *in vitro* e alla diagnosi pre-impianto risultasse sproporzionata se messa in relazione alla possibilità – prevista dallo stesso ordinamento – di ricorrere all'aborto terapeutico nel caso in cui il feto concepito naturalmente risultasse affetto da malattie genetiche. A parere della Corte, se, come sostenuto dallo Stato italiano, la proibizione interna mirava alla tutela del nascituro, allora, la misura in questione non risultava funzionale al suo raggiungimento. Essa, spiega la Corte, incoraggiando il ricorso all'aborto del feto, rischiava infatti di produrre conseguenze ben più gravi della selezione dell'embrione successivamente a diagnosi pre-natale, sia per il nascituro, che si trova in uno stadio di sviluppo più avanzato, sia per i genitori, in special modo per la madre.

#### 4.2. *La maternità surrogata: questioni «a valle»*

Infine, merita un'attenzione particolare la crescente giurisprudenza in materia di riconoscimento di rapporti di filiazione perfezionati all'estero in seguito a surrogazione di maternità. Il quesito fondamentale a cui la Corte ha dovuto dare risposta è se il rifiuto di trascrivere nei pubblici registri un atto di nascita straniero perché contrario all'ordine pubblico costituisca un'indebita interferenza nella vita privata e familiare degli interessati. Con le sentenze gemelle *Mennesson* e *Labasse*<sup>81</sup>, i giudici di Strasburgo hanno fatto un passo importante verso il riconoscimento del principio della tutela dell'effettivo interesse superiore del minore nato da maternità surrogata<sup>82</sup>.

La Corte europea ha infatti affermato che il diritto al rispetto della vita privata protegge anche il primario interesse a definire i contenuti essenziali della propria identità come essere umano, compreso il proprio status di figlio o di figlia di una coppia di genitori, e che quindi il rifiuto di ricono-

<sup>80</sup> *Costa e Pavan c. Italia*, cit., § 57.

<sup>81</sup> *Mennesson c. Francia e Labasse c. Francia*, cit.

<sup>82</sup> E. Falletti, *La procreazione assistita tra Strasburgo e Lussemburgo*, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Ariccia, Aracne, 2015, p. 277; S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Diritti Umani e Diritto Internazionale», 2015, n. 1, p. 204.

scere rilevanza giuridica a un legame familiare già esistente integra una violazione del diritto al rispetto della vita privata dei minori coinvolti<sup>83</sup>. Infatti, benché gli Stati godano di un ampio margine di apprezzamento in virtù dei delicati interrogativi di ordine etico coinvolti nella disciplina della maternità surrogata e della mancanza di un consenso europeo in materia, detto margine si assottiglia laddove vengano in rilievo questioni legate alla genitorialità e che coinvolgono un aspetto particolarmente intimo dell'identità di un individuo.

A parere della Corte, queste considerazioni assumono una rilevanza ancora maggiore nei casi in cui, come in quelli in questione, tra i minori nati da maternità surrogata e il genitore rispetto al quale si chiede il riconoscimento della filiazione vi sia anche un legame biologico<sup>84</sup>. Tenuto conto che la parentela biologica è una componente essenziale dell'identità di ciascun individuo, ad avviso della Corte, non si può certo sostenere che corrisponda al superiore interesse del minore privarlo del riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione quando tale rapporto corrisponde alla realtà biologica e quando sia il minore che il genitore ne richiedono il pieno riconoscimento.

Fino a pochi mesi fa, la tendenza della Corte EDU appariva quindi quella di valorizzare al massimo gli interessi del minore nato da maternità surrogata direttamente interessato dal procedimento, la cui preminenza comportava e giustificava la riduzione della sfera applicativa della clausola dell'ordine pubblico. La recente decisione della Grande Camera nel ricorso *Paradiso e Campanelli c. Italia*<sup>85</sup> sembra, tuttavia, suggerire l'adozione di una nuova impostazione che attribuisce maggiore valore alle istanze di prevenzione generale volte a ostacolare il fenomeno di turismo procreativo rispetto agli interessi del singolo minore coinvolto nel caso di specie<sup>86</sup>. Sebbene le

<sup>83</sup> Al contrario, la Corte sostiene che, considerati gli effetti pratici che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione ha avuto sulla vita familiare dei ricorrenti, e del margine di apprezzamento di cui gode lo Stato, il mancato riconoscimento non ha impedito ai ricorrenti di godere del loro diritto al rispetto della vita familiare. I ricorrenti hanno infatti potuto trasferirsi in Francia poco dopo la nascita dei bambini e vivere assieme a loro in condizioni equiparabili, in linea di massima, a quelle delle quali godono le altre famiglie. A parere della Corte, inoltre, non vi è neppure ragione di credere che vi sia un concreto pericolo per i bambini di essere separati dai loro genitori in ragione dell'incertezza della loro posizione giuridica in Francia. La Corte è giunta al medesimo esito nei recentissimi casi *Foulon e Bouvet c. Francia* (ricorsi n. 9063/14 e 10410/14, sentenza del 21 luglio 2016), dove due padri lamentavano che il rifiuto delle autorità francesi di riconoscere valore legale alla loro relazione con i figli biologici nati in India facendo ricorso alla maternità surrogata integrasse una violazione dell'art. 8; e nel caso *Laborie c. Francia* (ricorso n. 44024/13, sentenza del 19 gennaio 2017), riguardante due gemelli nati da maternità surrogata in Ucraina nell'ambito di una coppia eterosessuale.

<sup>84</sup> *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia*, cit., § 100.

<sup>85</sup> *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, decisione del 24 gennaio 2017 (Grande Camera).

<sup>86</sup> D. Rosani, «*The best interests of the parents*». *La maternità surrogata in Europa tra inte-*



circostanze fattuali da cui prende le mosse questo ricorso siano pressoché analoghe a quelle dei casi francesi, questa sentenza non ha riguardato la questione della trascrivibilità degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata, bensì la materia adottiva<sup>87</sup>. Altri due elementi differenziano questa vicenda dai ricorsi *Mennesson* e *Labassee*: oltre all'assenza di un legame genetico tra il nato e i committenti, sul piano procedurale, ai ricorrenti non è stato riconosciuto titolo per agire come rappresentanti legali del minore pertanto l'analisi della Corte concerne soltanto l'eventuale violazione dei diritti dei ricorrenti<sup>88</sup>.

Il bambino era nato da madre gestante in Russia e, due mesi dopo, la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita russo nei registri dello stato civile italiano era stata respinta per contrarietà all'ordine pubblico. Non solo: nel frattempo veniva eseguito un test genetico da cui il presunto padre non risultava avere un legame genetico col nato e, conseguentemente, le autorità disponevano l'allontanamento del minore, che veniva inizialmente accolto in istituto e, solo quando stava per compiere due anni, affidato a una famiglia. I coniugi Campanelli lamentavano quindi che la decisione delle autorità nazionali di dichiarare il minore in stato di abbandono, nonostante avesse due genitori amorevoli che lo avevano accudito sin dalla nascita, e di sospendere la loro potestà genitoriale si configurasse come violazione dell'art. 8.

Dopo aver chiarito che il legame di fatto esistente tra i ricorrenti e il minore nato da maternità surrogata, seppur breve, costituisce una forma di vita di familiare protetta dall'art. 8<sup>89</sup>, la seconda sezione della Corte aveva censurato in maniera netta il provvedimento di allontanamento in quanto disposto sulla base di considerazioni concernenti l'inidoneità educativa della coppia, desunta unicamente dall'illiceità della loro condotta, ossia dalla loro scelta di aggirare la normativa italiana in materia di PMA e di adozione. Infatti – la Corte aveva aggiunto – l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico non può dare «carta bianca a qualsiasi misura»<sup>90</sup>, ma deve tenere in considerazione l'inte-

*ressi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in «Rivista di BioDiritto», 2017, n. 1, p. 131; A. Viviani, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le «famiglie di fatto»?*, in «Genius», 4, 2017, n. 1, p. 79.

<sup>87</sup> Lenti, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, cit., p. 472. Come suggerisce Lenti, sullo sfondo, vi è anche una fondamentale questione di principio: quale importanza debba essere attribuita alla circostanza che i rapporti famigliari di cui si chiede il riconoscimento sono stati creati a seguito di una violazione delle norme di legge consapevolmente commessa dai ricorrenti. L. Lenti, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata», 2017, n. 4, p. 495.

<sup>88</sup> Come già stabilito dalla Corte, seconda sezione (§ 45 ss. della sentenza del 27 gennaio 2015).

<sup>89</sup> *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., decisione del 27 gennaio 2015, § 69. La Corte osserva che, seppur la convivenza tra i ricorrenti e il minore fosse durata solo sei mesi, si era comunque creato un legame di fatto.

<sup>90</sup> *Ibidem*, § 80.

resse superiore del minore – in questo caso, al mantenimento delle relazioni di fatto consolidate – a prescindere dalla natura della relazione genitoriale, genetica o sociale. Nel caso di specie, quindi, solo la necessità di proteggere il minore da un pericolo grave e imminente poteva giustificare la misura estrema dell'allontanamento. Non essendoci evidenza concreta di tale pericolo, la Corte concludeva che la misura adottata comportasse una rottura nell'equilibrio degli interessi in gioco, in particolare rispetto alla tutela del superiore interesse del minore, in violazione dell'art. 8<sup>91</sup>.

La Grande Camera, con 11 voti favorevoli e 6 contrari, è invece giunta alla conclusione che le autorità nazionali, nel disporre l'allontanamento del minore, non abbiano ecceduto il margine di apprezzamento di cui godono in materia di vita privata e familiare. Tra gli elementi che hanno condotto all'esito opposto, vi è *in primis* la diversa interpretazione – definita da Viviani «piuttosto formalistica»<sup>92</sup> – della nozione di vita familiare e del rapporto esistente tra genitori e figlio che, a parere di alcuni, si mostrerebbe incoerente con la definizione allargata e basata su criteri principalmente qualitativi fino a quel momento prospettata dalla stessa Corte<sup>93</sup>. Pur accettando il tradizionale approccio della Corte che fa dipendere l'esistenza o meno di una vita familiare da una valutazione fattuale e non giuridica, la Grande Camera ha infatti ritenuto che, nonostante l'esistenza di un progetto genitoriale comune e lo sviluppo di un rapporto affettivo tra i ricorrenti e il bambino nei suoi primi mesi di vita, la brevità della loro convivenza, l'assenza di un link genetico e la profonda incertezza giuridica dovuta all'origine «il-

<sup>91</sup> Pur accertando la violazione dell'art. 8, la Corte non obbligava lo Stato italiano a ripristinare la situazione familiare d'origine, in ragione del legame affettivo che il minore aveva nel frattempo instaurato con la famiglia affidataria.

<sup>92</sup> Viviani, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le «famiglie di fatto»?*, cit., p. 79; M. Gervasi, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Paradiso e Campanelli*, in «AIC Osservatorio Costituzionale», 2017, n. 1, 18 aprile 2017, <http://www.osservatorioaic.it/vita-familiare-e-maternit-surrogata-nella-sentenza-definitiva-della-corte-europea-dei-diritti-umani-sul-caso-paradiso-et-campanelli-c2e.html>.

<sup>93</sup> Viviani, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le «famiglie di fatto»?*, cit., p. 82; C. Masciotta, *La Grand Chambre pone un freno alla forza espansiva della «vita familiare»: uno stop all'attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in «AIC Osservatorio Costituzionale», 2017, n. 2, 21 luglio 2017, <http://www.osservatorioaic.it/la-grand-chambre-pone-un-freno-alla-forza-espansiva-della-vita-familiare-uno-stop-all-attivismo-giudiziario-in-tema-di-maternit-surrogata-nel-caso-paradiso-e-campanelli-contro-italia.html>; L. Poli, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, in «SIDI blog», 21 febbraio 2017, <http://www.sidiblog.org/2017/02/21/la-grande-camera-e-lultima-parola-sul-caso-paradiso-e-campanelli/>. Questo rappresenta, inoltre, uno dei punti fondamentali su cui si fonda l'opinione dei giudici dissenzienti. Nella loro opinione, questi ultimi riscontrano – tra le altre cose – che la brevità della coabitazione di per sé non può essere l'unico fattore rilevante ma deve essere analizzato alla luce del fatto che i ricorrenti avevano di fatto agito come genitori fin da prima della nascita del bambino (§ 5).

lecita» del loro legame familiare escludessero l'esistenza di una *de facto family life*<sup>94</sup>.

I giudici di Strasburgo hanno tuttavia accettato di esaminare il caso in relazione alla vita privata dei ricorrenti e, quindi, di stabilire se l'allontanamento del nato integrasse una violazione del loro diritto *ex art. 8 CEDU* – in particolare, della loro scelta di diventare genitori. A tal proposito, la Grande Camera ha verificato se le autorità nazionali avessero raggiunto un equo bilanciamento degli interessi in gioco, pubblici e privati. Rispetto ai primi, i giudici hanno posto l'enfasi su questioni di prevenzione generale, tra cui rileva la difesa dell'ordine e, soprattutto, la protezione dei bambini: come specificato dalla stessa Corte, «non soltanto il bambino nel caso concreto, bensì anche i bambini più in generale»<sup>95</sup>.

Le norme italiane in materia di adozione sono infatti dirette a proteggere il minore da pratiche illecite e perseguono quindi interessi pubblici fondamentali, quali la prevenzione del traffico di esseri umani<sup>96</sup>. Oltre a perseguire uno scopo legittimo, la misura di allontanamento del minore e la dichiarazione di adottabilità erano – a giudizio della maggioranza – anche proporzionate: l'ingerenza statale nella vita privata dei ricorrenti era infatti giustificata dall'esigenza di impedire la legalizzazione di una situazione deliberatamente creata dai ricorrenti per aggirare la normativa nazionale<sup>97</sup>. La questione della maternità surrogata, pertanto, pur non costituendo l'oggetto della controversia da un punto di vista tecnico giuridico, sembra aver assunto un'importanza fondamentale sul piano della politica del diritto esercitando, in concreto, una certa influenza sulle diverse posizioni avanzate dai giudici europei<sup>98</sup>.

Come emerge dall'iter argomentativo sopra riassunto, dunque, l'altro fattore che – insieme alla nozione di vita familiare – ha condotto all'esito di non violazione dell'art. 8 è l'apprezzamento dei *best interests of the child* o, a detta di alcuni, la loro marginalizzazione nel giudizio della Grande Camera<sup>99</sup>. Lungi dall'omettere ogni riferimento all'interesse superiore del minore, la Grande Camera ha infatti fatto propria la valutazione espressa

<sup>94</sup> *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., decisione del 24 gennaio 2017, §§ 156-157.

<sup>95</sup> *Ibidem*, § 197 (traduzione di Rosani, «*The best interests of the parents*». *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, cit., p. 126).

<sup>96</sup> *Ibidem*, § 202.

<sup>97</sup> *Ibidem*, § 215.

<sup>98</sup> Lenti, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, cit., p. 495.

<sup>99</sup> V. Nardone, *La pronuncia della Grande Camera sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia tra famiglia de facto, margine di apprezzamento e interesse superiore del minore*, in «Ordine Internazionale e Diritti Umani», 2017, n. 1, p. 117; Viviani, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le «famiglie di fatto»?*, cit., p. 79; C. Honorati, *Paradiso e Campanelli c. Italia: atto finale*, in «Quaderni Costituzionali», 2017, n. 2, p. 438.

dall'autorità giudiziaria italiana sostenendo che, considerata l'età del minore e il breve periodo di convivenza con i ricorrenti, il bambino non avrebbe subito alcun pregiudizio grave o irreparabile per effetto del distacco<sup>100</sup>. Pur affermando di non sottovalutare la sofferenza emotiva dei ricorrenti, la Grande Camera ha quindi concluso che, tra i vari interessi in gioco, le autorità nazionali fossero tenute ad attribuire priorità non all'esigenza di conservare i legami famigliari di fatto sviluppatasi, quanto piuttosto all'interesse pubblico a tutela delle regole in materia di adozione<sup>101</sup>. In un certo senso, quindi, l'esito finale riporta alla mente del lettore l'ambiguità cui si è fatto riferimento nel capitolo precedente tra l'interesse del singolo minore, valutato in concreto, e l'interesse dei minori intesi come categoria generale e astratta stabilendo che – nel caso di specie – fosse la seconda accezione ad avere un peso maggiore ai fini del bilanciamento<sup>102</sup>.

L'intervento della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*, oltre a suscitare la critica di parte della dottrina per una presunta mancanza di coerenza con la prassi in materia di interpretazione dell'art. 8<sup>103</sup>, ha indubbiamente stimolato riflessioni e ripensamenti su chi/che cosa costituisca una vita familiare degna di tutela e sui limiti effettivi dell'ingerenza statale in materia di vita privata e familiare. Ciò che emerge chiaramente è la rilevanza del dato genetico. Infatti, mentre nei casi francesi, il fatto che il ricorrente fosse anche il padre genetico dei gemelli ha indubbiamente condotto a una tutela rafforzata del diritto dei minori alla vita privata (letto congiuntamente all'interesse superiore del minore), nel più recente caso *Paradiso e*

<sup>100</sup> *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., decisione del 24 gennaio 2017, §§ 208-215.

<sup>101</sup> A. Margaria e V. Zagrebelsky, *Procreazione medicalmente assistita e genitorialità: le direttrici della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Minorigiustizia», 2017, n. 1, p. 144; Rosani, «*The best interests of the parents*». *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, cit., pp. 126 e 131-132. Viviani propone invece una lettura più critica della decisione, affermando che l'interesse superiore del minore è totalmente escluso dall'operazione di bilanciamento compiuta dalla maggioranza della Grande Camera. Si tratterebbe, quindi, di un caso in cui il richiamo al principio dei *best interests of the child* rappresenta una clausola di stile, più che un principio generale di diritto. Viviani, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le «famiglie di fatto»?*, cit., pp. 83-85.

<sup>102</sup> Rosani, «*The best interests of the parents*». *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, cit., pp. 131-132; Honorati, *Paradiso e Campanelli c. Italia: atto finale*, cit., p. 439.

<sup>103</sup> Viviani, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le «famiglie di fatto»?*, cit., p. 80; Honorati, *Paradiso e Campanelli c. Italia: atto finale*, cit., p. 438. In un certo senso, anche Lenti aderisce a questa critica. Pur ritenendo l'esito cui è giunta la Grande Camera condivisibile, Lenti sostiene infatti che l'esclusione dell'esistenza di una vita familiare non fosse un passaggio necessario al fine di motivare la convenzionalità della condotta delle autorità italiane. La Grande Camera avrebbe infatti potuto riconoscere l'esistenza di una *de facto family life* ma poi concludere che, nel caso in esame, altri interessi assumevano un peso maggiore ai fini del bilanciamento. Lenti, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, cit., p. 501.

*Campanelli*, l'assenza di un legame genetico con almeno uno dei componenti della coppia – a cui si accompagna l'origine illecita della situazione e la brevità della convivenza – ha rappresentato uno degli elementi su cui la Grande Camera ha fondato l'insussistenza di una vita familiare<sup>104</sup>.

Come illustrato sopra, tuttavia, la presenza di un link genetico non è di per sé garanzia dell'esistenza di una vita familiare. La Corte stessa, nella sua decisione finale, fa riferimento a casi precedenti in cui le autorità nazionali sono state condannate per aver violato la vita familiare dei ricorrenti benché non sussistesse né un legame genetico né un rapporto giuridico di filiazione<sup>105</sup>. Si tratta, tuttavia, di rapporti di fatto che hanno un'origine lecita – creati per effetto di una sentenza di adozione straniera<sup>106</sup>, di un provvedimento di affidamento extra-famigliare<sup>107</sup> o, ancora, dell'applicazione della presunzione di paternità in capo al marito della madre<sup>108</sup> – e non, come nel caso di specie, in conseguenza di un comportamento illecito messo in atto dagli aspiranti genitori<sup>109</sup>.

Ed è proprio sulla base di questa arguta osservazione che Lenti rileva come la sentenza della Grande Camera abbia implicitamente stabilito «la conformità al diritto del suo inizio» come ulteriore requisito per determinare se un rapporto di fatto rientra nella nozione di vita familiare *ex art.* 8<sup>110</sup>. Proprio come il dato genetico, tuttavia, questo nuovo elemento non è sempre necessario, ma diventa oggetto di bilanciamento con altri fattori che possono servire a dimostrare l'effettività e la concretezza della relazione in questione, tra cui la sua durata, la rapidità con cui le autorità nazionali sono intervenute per porre fine alla situazione illegale, e la valutazione compiuta dalle stesse autorità che dalla separazione non derivi un grave pregiudizio del minore<sup>111</sup>.

Concludendo, la Corte europea, qualora sia chiamata a pronunciarsi sulla disciplina dei nuovi fenomeni familiari prodotti dal ricorso alla PMA, sembra fare distinzione tra le questioni che si pongono «a monte», ovvero prima dell'avvenuto concepimento e nascita del minore, e quelle che invece si pongono «a valle», ovvero una volta che il minore è nato. Per quanto riguarda la

<sup>104</sup> Per un'analisi approfondita della concezione di famiglia e, più in particolare, di paternità che emerge da questa pronuncia della Corte EDU, si rinvia a A. Margaria, *The Construction of Fatherhood. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in corso di pubblicazione, Cambridge University Press, capitolo 2.

<sup>105</sup> *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., decisione del 24 gennaio 2017, § 149 ss.

<sup>106</sup> *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, cit.

<sup>107</sup> *Moretti e Benedetti c. Italia* (ricorso n. 16318/07, decisione del 27 aprile 2010); *Kopf e Liberda c. Austria* (ricorso n. 1598/06, decisione del 17 gennaio 2012).

<sup>108</sup> *Nazarenko c. Russia* (ricorso n. 39438/13, decisione del 16 luglio 2015).

<sup>109</sup> Lenti, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, cit., p. 500.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

prima categoria di questioni – come, ad esempio, la regolamentazione dell'accesso alle tecniche di PMA – queste rientrano, a detta della Corte, nella discrezionalità del legislatore nazionale. Come affermato in *S.H. e altri c. Austria* e nelle pronunce in materia di maternità surrogata, spetta alle autorità nazionali stabilire quali tecniche consentire e sulla base di quali presupposti. L'operato del legislatore è, tuttavia, sotteso al giudizio di ragionevolezza della Corte; in altri termini, il legislatore può valutare le diverse opzioni fermo restando il limite della ragionevolezza delle limitazioni e/o distinzioni prospettate.

Passando alle questioni che si pongono «a valle», invece, la posizione adottata dalla Corte – alla luce della pronuncia della Grande Camera in *Paradiso e Campanelli* – assume contorni meno netti. Se da un lato, la giurisprudenza di Strasburgo ha evidenziato l'importanza di valorizzare il vissuto delle persone, di preservare la continuità dei legami affettivi instaurati dal minore con i genitori intenzionali e di garantire rilevanza giuridica ai rapporti di fatto, facendo ricadere sulle autorità statali la responsabilità di dimostrare l'inidoneità degli individui e delle coppie coinvolte a crescere ed educare un figlio, dall'altro lato, nel suo più recente intervento, la stessa Corte ha, in maniera quanto mai eloquente, anche sottolineato l'esigenza di tutelare il principio di legalità che, pur non essendo di per sé decisivo, deve essere tenuto in considerazione in sede di bilanciamento. Nonostante queste tendenze apparentemente inconciliabili, sembra tuttavia potersi affermare che, anche in *Paradiso e Campanelli*, il profilo dell'interesse superiore del minore entra in considerazione assumendo una veste alternativa – ma non nuova alla dottrina – che lascia maggiore spazio a considerazioni di tutela dei minori intesi come categoria giuridica e, conseguentemente, comporta un maggior peso attribuito alla violazione della normativa interna.

##### 5. *Le pronunce chiave in materia di «nuove famiglie»: l'adozione da parte di omosessuali*

Sebbene il filone degli interventi in materia di PMA occupi attualmente un largo spazio nel dibattito giurisprudenziale, politico e sociale, rilevanti mutamenti per quel che riguarda la tutela dei diritti fondamentali della famiglia si segnalano anche su un altro fronte: quello delle famiglie omogenitoriali. Fino ad oggi, i giudici di Strasburgo hanno avuto modo di pronunciarsi su due diverse modalità con cui individui e partner omosessuali possono costituire una famiglia: l'adozione da parte di single e l'adozione co-parentale, o adozione del figlio biologico del partner<sup>112</sup>. Mentre l'adozione da parte di single mira a instaurare un rapporto familiare *ex novo*, l'ado-

<sup>112</sup> Esiste una terza modalità – l'adozione congiunta da parte di una coppia sposata – su cui la Corte non ha ancora avuto l'occasione di pronunciarsi.



zione co-parentale, proprio per il contesto in cui viene richiesta, intende garantire la formalizzazione giuridica di una condizione familiare *de facto* già esistente.

È importante anticipare che queste forme di adozione differiscono anche negli effetti. L'adozione del single produce effetti giuridici attenuati: a differenza dell'adozione piena, non recide i legami tra il minore adottato e la famiglia di origine, ma dà vita a un nuovo rapporto di filiazione che si aggiunge al primo<sup>113</sup>. L'adozione co-parentale, invece, consente a un individuo di adottare il figlio biologico del partner, affiancando la propria potestà genitoriale acquisita a quella del partner e pervenendo così a un esercizio congiunto della stessa, con il figlio che godrà quindi di due legami genitoriali giuridicamente riconosciuti.

Nel 2002, la Corte EDU ha reso la prima decisione in materia di adozione da parte di persone omosessuali. Nel caso *Fretté c. Francia*<sup>114</sup>, il ricorrente – uomo single omosessuale – sosteneva che il rifiuto di concedere l'autorizzazione per l'adozione fosse motivato esclusivamente dal suo orientamento sessuale e, dunque, tale da configurarsi come ingerenza arbitraria nell'esercizio del suo diritto al rispetto della vita privata e familiare. La Corte ha invece ritenuto che le autorità francesi, pur escludendo il ricorrente in ragione del suo orientamento sessuale e quindi in maniera del tutto indipendente dalle sue qualità umane ed educative, avessero legittimamente ostacolato l'attuazione del suo progetto genitoriale. Prima di pronunciarsi sul merito del ricorso, tuttavia, la Corte ha affrontato la questione dell'applicabilità degli artt. 8 e 14, invocati dal ricorrente, alla vicenda in esame. Nell'impossibilità di ricomprendere un diritto ad adottare nella sfera di protezione dell'art. 8 ma potendo far leva sul fatto che la normativa francese già prevedesse l'adozione a favore dei single, la Corte ha utilizzato la nozione di «diritti addizionali» per estendere il proprio sindacato alle condizioni che avevano effettivamente determinato il diniego dell'autorizzazione e controllarne la conformità al divieto di discriminazione<sup>115</sup>.

A tal proposito, la Corte ha innanzitutto osservato che la decisione delle autorità nazionali avesse indubbiamente perseguito uno scopo legittimo, vale a dire la protezione della salute e dei diritti dei minori potenzialmente coinvolti nel procedimento di adozione<sup>116</sup>. I giudici hanno inoltre rilevato che lo Stato godesse di un'ampia discrezionalità in ragione, non soltanto della mancanza di un denominatore comune agli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti, ma anche delle divisioni in seno alla comunità scientifica sulle

<sup>113</sup> M.C. Vitucci, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in «Diritti Umani e Diritto Internazionale», 2013, n. 2, p. 483.

<sup>114</sup> *Fretté c. Francia*, ricorso n. 36515/97, sentenza del 26 febbraio 2002.

<sup>115</sup> Bartole *et al.*, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 334.

<sup>116</sup> *Fretté c. Francia*, cit., § 38.



eventuali conseguenze dell'accoglienza di un minore da parte di un genitore omosessuale e dei limitati studi sull'argomento<sup>117</sup>. La Corte ha quindi ritenuto che la previsione di un trattamento differenziato avesse comportato un sacrificio dell'interesse del ricorrente proporzionato al fine perseguito (proteggere l'interesse superiore dei minori disponibili per l'adozione) e che, pertanto, non avesse costituito una violazione dell'art. 14. specialmente se messo in relazione con lo stato di oggettiva incertezza, tanto sul piano scientifico che su quello giuridico, che contraddistingueva la materia.

La decisione *Fretté* è stata piuttosto sofferta, con tre giudici su sette parzialmente dissenzienti. La loro opinione ha, tuttavia, trovato spazio qualche anno più tardi, nel caso *E.B. c. Francia*<sup>118</sup>, in cui la Grande Camera – ribaltando la decisione precedente – si è pronunciata rispetto all'illegittimità del diniego di autorizzazione all'adozione opposto a una donna convivente con una partner dello stesso sesso, che aveva chiesto di adottare un minore avvalendosi della possibilità di adottare in qualità di single. Sulla scia di *Fretté*, ma questa volta esplicitamente, la Corte ha ribadito che, qualora lo Stato scelga di andare oltre gli obblighi derivanti dall'art. 8 – garantendo, come nel caso di specie, il diritto di adottare ai single – lo Stato non possa poi, nella sua applicazione concreta, adottare misure discriminatorie, dovendosi rilevare altrimenti una violazione dell'art. 14. Alla Corte spettava quindi il compito di verificare se il rifiuto opposto alla ricorrente fosse sorretto da un'ideale giustificazione ovvero se non fosse altro che dettata dalle sue preferenze sessuali.

Benché le autorità nazionali avessero fondato il proprio rigetto unicamente sull'assenza del referente paterno e sull'ambiguità dell'impegno della compagna, senza fare alcun esplicito cenno alle «scelte di vita» della ricorrente, la Corte ha rilevato come l'orientamento sessuale della ricorrente non avesse mai smesso di restare al centro del dibattito, assumendo un ruolo decisivo nella valutazione della sua richiesta. Tenuto conto del riconoscimento da parte della legislazione francese del diritto a richiedere l'autorizzazione riconosciuto alle persone single e considerate le comprovate qualità umane e le capacità educative della ricorrente, la Corte ha concluso che le giustificazioni addotte dal Governo non risultassero né gravi né persuasive e che, pertanto, la disparità di trattamento di cui era stata vittima la ricorrente non potesse ritenersi compatibile con l'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8. In via incidentale, sembra interessante notare che, in questa sentenza, la Corte non fa alcun accenno al margine di apprezzamento che, nella decisione precedente, aveva giocato un ruolo fondamentale nello stabilire la conformità del diniego di autorizzazione opposto al sig. *Fretté* al dettato convenzionale.

Solo in tempi più recenti, la Corte si è trovata ad affrontare un altro dei temi più controversi del dibattito europeo sul riconoscimento delle fami-

<sup>117</sup> *Ibidem*, §§ 41 e 42.

<sup>118</sup> *E.B. c. Francia*, cit.

glie omogenitoriali, quello dell'adozione co-parentale. Il caso *Gas e Dubois c. Francia*<sup>119</sup> riguardava l'impossibilità per una donna, impegnata in una relazione omosessuale, di adottare il figlio della sua compagna, senza che venisse reciso il legame di quest'ultimo con la madre naturale. La normativa francese – come interpretata dalle corti nazionali – prevedeva, infatti, il trasferimento di tutti i diritti e i doveri derivanti dalla potestà genitoriale dai genitori biologici all'adottante, a eccezione del caso in cui l'adottante fosse il coniuge del genitore naturale. Le autorità nazionali avevano quindi rigettato la richiesta delle ricorrenti in ragione del fatto che, oltre a porsi in contrasto con le intenzioni della coppia, spogliare la madre naturale della potestà genitoriale era considerato contrario al superiore interesse della minore.

Le ricorrenti ritenevano di aver subito un trattamento discriminatorio fondato sull'orientamento sessuale poiché l'ordinamento francese escludeva la possibilità di condividere la potestà parentale per le coppie dello stesso sesso, ammettendola, invece, per le coppie sposate. A loro avviso, inoltre, la normativa francese comportava anche una discriminazione indiretta rispetto alle coppie di fatto eterosessuali, in quanto queste ultime avrebbero potuto avvalersi dell'eccezione prevista per le coppie coniugate unendosi in matrimonio, opzione di contro impraticabile per le coppie omosessuali.

I giudici di Strasburgo, pur ribadendo che la Convenzione non garantisce il diritto di adottare né quello di fondare una famiglia, hanno ritenuto l'art. 8 applicabile in virtù della vita familiare *de facto* esistente tra il minore, la madre naturale e la compagna<sup>120</sup>, riconducendo per la prima volta nella nozione di vita familiare «il legame verticale tra la coppia omogenitoriale e la propria prole»<sup>121</sup>. Ciononostante, il giudizio della Corte ha prodotto un risultato complessivo «paradossale», come definito dal giudice Villiger nella sua opinione dissenziente: in virtù del principio del superiore interesse del minore, è stato frustrato proprio l'interesse della minore coinvolta, privata – a causa dell'orientamento sessuale dei componenti della propria famiglia – del diritto a godere di due genitori che condividono i diritti e i doveri della potestà parentale.

La Corte ha, infatti, ritenuto che non sussistesse alcun trattamento discriminatorio poiché, ben potendo l'istituto matrimoniale attribuire uno status privilegiato da cui discendono particolari conseguenze sociali e giuridiche, le ricorrenti non si trovavano in una situazione giuridica assimilabile a quella di una coppia coniugata. A parere della Corte, inoltre, non poteva neppure parlarsi di discriminazione indiretta contraria alla Convenzione: in-

<sup>119</sup> *Gas e Dubois c. Francia*, cit.

<sup>120</sup> *Ibidem*, § 37.

<sup>121</sup> F. Chiovini, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2012, n. 11, p. 960.

fatti, pur qualificando ormai le unioni omosessuali come «vita familiare», gli artt. 8 e 14 non impongono agli Stati contraenti di garantire alle coppie dello stesso sesso l'accesso al matrimonio. Questa ineguaglianza è, dunque, riconducibile alla libertà degli Stati di regolare l'accesso all'istituto matrimoniale, in particolare riservandolo alle coppie eterosessuali (precedentemente affermata in *Shalk e Kopf c. Austria*).

Nemmeno un anno dopo, i giudici di Strasburgo si sono nuovamente pronunciati sul tema dell'adozione co-parentale, questa volta censurando la legislazione austriaca che, a differenza di quella francese che negava qualsiasi ipotesi di adozione co-parentale al di fuori dell'istituto matrimoniale, offriva la possibilità di condividere la potestà parentale anche alle coppie di fatto, purché eterosessuali. La *ratio* della legislazione austriaca, così come interpretata dalle corti nazionali e secondo quanto ribadito dal Governo nelle sue osservazioni, era quella di preservare la «famiglia tradizionale», al fine di tutelare l'interesse superiore del minore, impedendo che questi abbia due genitori dello stesso sesso<sup>122</sup>. Nel caso *X e altri c. Austria*, la Corte è stata dunque chiamata a esaminare non solo se vi fosse una differenza di trattamento ingiustificato rispetto alla situazione di una coppia eterosessuale, all'interno della quale un coniuge intende adottare il figlio biologico dell'altro, bensì soprattutto rispetto all'analoga situazione in seno a una coppia eterosessuale non sposata.

Con questa pronuncia, i giudici europei si sono indubbiamente spinti oltre le deliberazioni precedenti. Infatti, nell'affrontare la contestata differenza di trattamento tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali di fatto, oltre a sottolineare l'importanza di garantire il riconoscimento giuridico al nucleo familiare di fatto composto dai ricorrenti, la Corte ha chiarito come questa scelta fosse quella che meglio avrebbe tutelato il superiore interesse del minore, elemento totalmente ignorato nella sentenza *Gas e Dubois*<sup>123</sup>. Benché l'esigenza di proteggere la famiglia tradizionale costituisca, in principio, un obiettivo legittimo idoneo a giustificare una disparità di trattamento, la Corte ha ricordato che è necessario tenere in considerazione la mutata concezione di famiglia da cui discende l'obbligo per gli Stati di predisporre misure a tutela delle altre forme familiari, che la Corte stessa ha ritenuto riconducibili alla nozione di «vita familiare». Ne consegue quindi che la protezione della famiglia tradizionale potrà essere perseguita nei limiti della proporzionalità, ovvero a condizione che non si scontri con l'esigenza di garantire la protezione degli altri modelli familiari, riconosciuti e tutelati dall'art. 8 secondo la sua interpretazione evolutiva.

Dal momento che il Governo non aveva addotto alcuna prova in grado di dimostrare che le famiglie omogenitoriali fossero *a priori* incapaci di oc-

<sup>122</sup> *X e altri c. Austria*, ricorso n. 19010/07, sentenza del 19 febbraio 2013, § 76.

<sup>123</sup> *Ibidem*, §§ 127 e 146.

cuparsi di un figlio, la Corte ha concluso che la supposta inidoneità delle coppie omosessuali a crescere un figlio non potesse essere legittimamente avanzata come giustificazione della disparità di trattamento tra coppie eterosessuali e omosessuali nell'accesso all'adozione, integrando pertanto una violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8<sup>124</sup>. Questo costituisce un passaggio fondamentale della decisione, perché la Corte smonta in maniera chiara e decisa il pregiudizio – spesso invocato per giustificare il diniego di autorizzazioni ad adottare opposto agli omosessuali – che postula il «bisogno» per il bambino di un padre e di una madre, a favore dell'interesse del minore valutato concretamente nella vicenda in esame<sup>125</sup>. Questa pronuncia afferma quindi che le coppie omosessuali, salvo prove contrarie, devono essere considerate idonee a crescere un figlio.

D'altro canto, non può farsi a meno di notare come la Corte rimanga ancora legata alla supremazia del modello familiare fondato sul matrimonio. Nell'esaminare la disparità di trattamento rispetto alle coppie coniugate, infatti, i giudici non fanno altro che ribadire quanto statuito nella decisione francese e, ancor prima, nella celebre pronuncia *Shalk e Kopf c. Austria* e, quindi, sostenere la giurisprudenza secondo cui al matrimonio si possono legittimamente attribuire effetti diversi e ricondurre prerogative escluse ad altri tipi di unioni, in particolare con riferimento ai diritti e doveri connessi con la filiazione. Ad avviso della Corte, la presunta discriminazione sarebbe, dunque, ammissibile in quanto riconducibile al margine di apprezzamento concesso agli Stati nel regolare i presupposti per l'accesso al matrimonio.

Concludendo, sembra potersi rilevare che la giurisprudenza CEDU in materia di omogenitorialità si sia sviluppata e «mossa sui binari del principio di non discriminazione»<sup>126</sup>. Sebbene la Corte si sia impegnata a ridisegnare i contorni del concetto di famiglia, includendo prima la convivenza stabile e duratura tra persone dello stesso sesso e, in seguito a *Gas e Dubois*, anche la relazione verticale tra la coppia omogenitoriale e la prole, non si è spinta oltre. Anziché far discendere dalla nozione di «vita familiare» l'effettivo riconoscimento di un autonomo diritto di fondare una famiglia, la Corte ha infatti preferito esaminare i ricorsi sotto il profilo della violazione del divieto di discriminazione nella garanzia al diritto della vita privata e familiare. Alla luce della giurisprudenza attuale, la (potenziale) famiglia omogenitoriale sembrerebbe quindi godere di una tutela condizionata al trattamento riser-

<sup>124</sup> *Ibidem*, §§ 142 e 146.

<sup>125</sup> Fatta e Winkler, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*, cit., p. 525; A.M. Lecis Coccu-Ortu, *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio*, in «Forum Costituzionali», 15 marzo 2013, p. 4.

<sup>126</sup> Fatta e Winkler, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*, cit., p. 526.

vato alle controparti eterosessuali. Nei casi a cui si è fatto riferimento sopra, infatti, la Corte si dichiara competente a sindacare le condizioni per l'adozione previste dal diritto nazionale (sebbene la Convenzione non garantisca un diritto all'adozione) unicamente laddove possa far leva sulla dimensione discriminatoria del ricorso e, quindi, sul fatto che lo Stato interessato già prevedesse l'accesso all'adozione a favore di individui single o coppie eterosessuali.

Oltre a subordinare la protezione della famiglia omogenitoriale all'operatività del principio di non discriminazione, le pronunce in materia di adozione co-parentale sembrano consolidare l'orientamento per cui le coppie omosessuali sono assimilabili esclusivamente a quelle eterosessuali conviventi, e non a quelle unite in matrimonio<sup>127</sup>. Sembra, infatti, potersi affermare che, a parere della Corte, l'eventuale trattamento privilegiato riservato dalla legislazione nazionale alle coppie di fatto eterosessuali debba essere esteso alle coppie di fatto omosessuali, pena la violazione della Convenzione<sup>128</sup>. Al contrario, qualora i benefici siano offerti unicamente alle coppie coniugate e non anche alle coppie di fatto eterosessuali, lo Stato può legittimamente scegliere di non concederli alle coppie dello stesso sesso e, quindi, le ipotesi di trattamento differenziato tra coppie coniugate e coppie conviventi omosessuali rimarrebbero alla radice insindacabili. Pur presentando l'aspetto positivo di estendere alle coppie omosessuali tutta una serie di vantaggi, già contemplati dalla legge a favore dei conviventi eterosessuali, questa impostazione risulta insoddisfacente in quanto ancora il riconoscimento di diritti all'esercizio di una scelta – se sposarsi o meno – che spesso è preclusa agli omosessuali, sottoponendoli così a un regime indirettamente discriminatorio<sup>129</sup>.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 527.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> Chiovini, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*, cit., p. 961.

Parte seconda

PMA eterologa





## Capitolo terzo

# La filiazione a seguito della PMA eterologa: profili critici

### 1. *La PMA eterologa nel diritto scritto*

Come anticipato nel capitolo 1, la cosiddetta fecondazione assistita può essere di due tipologie, assimilabili per quanto riguarda la sostanza della tecnica medica ma nettamente differenti per ciò che concerne le implicazioni ideologiche e pratiche di ciascuna. La PMA detta «omologa» prevede che i gameti utilizzati per la fecondazione assistita provengano esclusivamente dalla coppia committente. Oltre a essere meno contestata socialmente, questa tipologia è più facilmente riconosciuta dagli ordinamenti giuridici proprio perché non vi sono intromissioni genetiche che possano mettere in dubbio la genitorialità della coppia o l'identità familiare del nuovo nucleo che viene a crearsi. La si può intendere – in un certo senso – come un mero «aggiustamento medico» necessario quando la coppia non è in grado di raggiungere il concepimento e quindi di generare una gravidanza, in via autonoma, tramite unione sessuale.

Dai risvolti decisamente più controversi è invece la PMA «eterologa», a cui è dedicata la seconda parte del presente rapporto. A differenza del primo tipo, le tecniche eterologhe sono solitamente impiegate in presenza di condizioni di sterilità e/o infertilità che riguardano uno o entrambi i membri della coppia interessata alla procreazione, condizioni che rendono impraticabile o comunque infruttuoso il ricorso alla PMA omologa e, quindi, necessario l'utilizzo di gameti forniti da un soggetto donatore terzo. Una tecnica di questo genere non costituisce soltanto una rivoluzionaria svolta dal punto di vista medico-scientifico: il fatto che vi siano tre soggetti potenzialmente genitoriali coinvolti nel processo procreativo e che questo non si realizzi per mezzo di unione sessuale comporta un sostanziale superamento del tradizionale nesso matrimonio-sessualità-riproduzione<sup>1</sup>, e quindi una potenziale confusione sul versante della determinazione dello *status filiationis*.

<sup>1</sup> A. Lorenzetti, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Ariccia, Aracne, 2015, p. 121.

Se, infatti, con la fecondazione omologa non vi sono – almeno in linea di principio – particolari dubbi sull'identità dei soggetti interessati (in quanto la coppia committente ricopre al tempo stesso il ruolo genitoriale genetico e quello sociale), a fronte della frammentazione delle funzioni genitoriali in componenti riconducibili a soggetti diversi che fa seguito alla PMA eterologa, può divenire arduo determinare chi abbia il diritto di acquisire lo status genitoriale o, in senso più lato, chi sia titolare di diritti genitoriali nei confronti del nato, soprattutto quando sorgono conflitti fra i vari partecipanti e/o l'iniziativa privata si è spinta oltre quanto contemplato dal legislatore.

Il panorama legislativo in materia di PMA eterologa – se paragonato a quello relativo alla maternità surrogata – è decisamente più omogeneo e di orientamento permissivo<sup>2</sup>. Almeno nell'ambito dell'Unione europea, infatti, non possono (più) individuarsi ordinamenti in cui vige un divieto assoluto di ricorrere a qualsiasi tecnica di PMA eterologa (come vedremo, nei casi più restrittivi il suo utilizzo è circoscritto a una limitata casistica). Sebbene quindi l'atteggiamento dei legislatori nazionali sia tendenzialmente a favore del ricorso alle tecniche di PMA eterologa, permangono, da un lato, legislazioni che ne consentono l'accesso con relativa liberalità e, dall'altro, ordinamenti che prediligono invece un approccio più cauto e quindi optano per una regolamentazione più rigida e dettagliata.

Emblematico della prima impostazione è, ad esempio, il Regno Unito. Oltre a non prevedere limiti quanto al numero di ovociti fecondabili (gli embrioni sono anche congelabili) o all'età massima per sottoporsi alle pratiche, l'accesso alla donazione di gameti è consentito anche alle coppie composte da persone dello stesso sesso. In materia di *status filiationis*, lo *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* (HFEA 2008) ha aggiornato, o meglio, integrato il regime precedente ampliando – di fatto – la platea di soggetti abilitati a ricorrere alla PMA eterologa e, ancora più importante, a essere riconosciuti genitori legali nei confronti dei nati<sup>3</sup>. Le regole attributive degli status previste dallo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (HFEA 1990) riflettevano, infatti, una visione eteronormativa della famiglia, intesa come composta da due genitori di sesso diverso. Particolarmente significativa, in questo senso, era la disposizione che imponeva alle cliniche di considerare il benessere del nascituro e, in particolare, «the need for a father», prima di autorizzare il trattamento.

Con la novella del 2008, questa dicitura è stata sostituita dall'espressione neutra «the need for supportive parenting», così aprendo le porte della PMA eterologa anche alle donne single e alle coppie lesbiche. In linea col

<sup>2</sup> C. Ragni, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in «Genius», 2016, n. 1, p. 6.

<sup>3</sup> Il testo della legge è disponibile online: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>.

medesimo intento di equiparare la tutela giuridica garantita alla genitorialità perseguita nell'ambito di coppie composte da due donne a quella (già) offerta alle coppie eterosessuali, l'intervento di riforma ha, inoltre, esteso l'applicazione della presunzione di paternità alla *civil partner* o compagna dello stesso sesso. In base alla normativa vigente, quindi, la *civil partner* – così come il marito, nell'ambito di una coppia eterosessuale coniugata<sup>4</sup> – è automaticamente riconosciuta come genitore legale del nato, a eccezione del caso in cui questa non abbia prestato il proprio consenso al trattamento<sup>5</sup>. Nel caso di una coppia stabilmente convivente, invece, sia essa eterosessuale o omosessuale, il/la compagno/a della donna che si sottopone a PMA eterologa acquisisce lo status genitoriale a condizione che, al momento del trasferimento dello sperma o dell'embrione che conduce al concepimento, entrambi/e gli/le aspiranti genitori/madri abbiano acconsentito al suo riconoscimento come genitore del nascituro<sup>6</sup>.

All'estremo opposto, troviamo invece l'ordinamento austriaco, il cui atteggiamento particolarmente restrittivo ha anche suscitato l'intervento della Corte EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria*, già richiamato nel capitolo precedente. La legge austriaca sulla procreazione assistita esclude, infatti, sia l'ovodonazione che l'utilizzo di sperma da donatore in pratiche di fecondazione *in vitro*. L'unico scenario di PMA eterologa ammesso consiste, quindi, nella donazione di seme effettuata *in vivo*.

Benché, col passare del tempo, abbia assunto contorni più flessibili, anche la normativa italiana – se confrontata a quella degli ordinamenti vicini – si contraddistingue per un orientamento tendenzialmente limitativo. Come anticipato, l'intervento del nostro legislatore in materia di PMA si è fatto attendere ed è giunto soltanto in tempi molto recenti con la legge 19 febbraio 2004, n. 40. Prima del 2004, tuttavia, a differenza di quanto abitualmente riportato, nel nostro paese non vigeva il «Far West procreativo»<sup>7</sup>: l'accesso alle tecniche di PMA era, infatti, regolato da circolari ministeriali e soggetto al codice deontologico medico del tempo, le cui disposizioni erano generalmente rispettate<sup>8</sup>.

Di rilevanza per la presente trattazione, il cambiamento più significativo apportato dall'intervento del legislatore concerneva la fecondazione eterologa che, prima del 2004, era ammessa anche se non all'interno del sistema sanitario nazionale, e con l'avvento della legge n. 40 è invece diventata og-

<sup>4</sup> HFEA 1990, sezione 35 (disposizione rimasta invariata).

<sup>5</sup> HFEA 2008, sezione 42.

<sup>6</sup> HFEA 2008, sezioni 43 e 44 per coppie lesbiche non unite in *civil partnership*; sezioni 36-37 per coppie eterosessuali non coniugate.

<sup>7</sup> U. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 32, 2016, n. 10, p. 1360.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

getto di divieto. Dieci anni dopo, tuttavia, con la pronuncia n. 162 del 10 giugno 2014, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita (in particolare, dell'art. 4, comma 3; art. 9, commi 1 e 3; art. 12, comma 1 della legge n. 40), riportando in vita il quadro normativo antecedente l'introduzione della legge<sup>9</sup>.

Questa pronuncia si fonda su due premesse fondamentali: la prima, che la protezione dell'embrione delineata nell'assetto normativo della legge n. 40 non fosse assoluta ma «limitata alla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze della procreazione»; la seconda, che la PMA eterologa sia identificabile come cura medica<sup>10</sup>. Partendo da questa base concettuale la Corte ha ritenuto il divieto di PMA eterologa incompatibile con la libertà, sancita dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 31 Cost., di autodeterminarsi in ordine alla decisione di intraprendere un percorso genitoriale, nonché con il profilo di tutela della salute psichica sancito dall'art. 32 Cost. La Consulta ha, inoltre, ravvisato «un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse» nella constatazione che le coppie più abbienti possono eventualmente attuare il proprio progetto genitoriale recandosi all'estero, dove le tecniche proibite in Italia sono consentite<sup>11</sup>.

Nonostante l'avvenuta caducazione del divieto di eterologa, l'attuale testo legislativo continua a escludere determinate categorie di soggetti dalla possibilità di realizzare il proprio desiderio di genitorialità per effetto della previsione di requisiti soggettivi particolarmente stringenti, indicativi della precisa finalità del legislatore di tutelare il più possibile il feto, assicurando che nasca in una famiglia per quanto possibile vicina al modello tradizionale, considerato più adatto a soddisfare il suo interesse educativo e formativo<sup>12</sup>. Rientrano, infatti, tra i soggetti legittimati ad accedere alle tecniche di

<sup>9</sup> In maniera interessante, D'Amico precisa che questa pronuncia non ha dichiarato l'illegittimità in generale del divieto di ricorrere a PMA eterologa ma abbia «soltanto» eliminato dal novero originario dei soggetti a cui era preclusa le coppie infertili o sterili. L'eventuale caducazione secca sarebbe infatti stata – continua D'Amico – una scelta di matrice più che altro politica, decisamente estranea al sindacato di costituzionalità a cui è chiamata la Corte. Come è ben evidenziato in G. D'Amico, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: il peccato di Ulisse*, in «Quaderni Costituzionali», 34, 2014, n. 3, pp. 663-666 e in A. Ruggeri, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: la Consulta chiude al «dialogo» con la Corte EDU*, in «Quaderni Costituzionali», 34, 2014, n. 3, p. 662.

<sup>10</sup> F. Vari, *A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa*, in «Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica», 2, 2014, n. 3, pp. 621-622.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 625.

<sup>12</sup> F. Santosuoso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 44-47 e diffusamente A. Lorenzetti, *Bilanciamento di interessi e garanzie per i minori nella filiazione da fecondazione eterologa e da maternità surrogata*, in G.O. Cesaro, P. Lovatti e G. Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status*

PMA (non solo eterologa, ma anche omologa) soltanto «le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»<sup>13</sup>.

Il rischio di discriminazione dunque persiste. Anche a fronte dell'impossibilità di accedere *ex novo* all'esperienza della genitorialità mediante l'adozione piena, sono infatti soprattutto le coppie composte da due donne a dover attraversare i confini nazionali al solo scopo di generare un figlio geneticamente legato a una di esse, servendosi del seme di un donatore<sup>14</sup>. Alla diversità di trattamento in base allo status economico – identificata dalla Corte costituzionale – si aggiunge quindi quella fondata sull'orientamento sessuale degli aspiranti genitori.

In materia di *status filiationis*, infine, la legge n. 40 stabilisce che sia il criterio volontaristico a determinare la genitorialità legale del nato. Oltre ad attribuire lo status di figlio legittimo o di figlio riconosciuto della coppia committente e a imporre il duplice divieto di disconoscimento di paternità da parte del coniuge o convivente che abbia prestato il proprio consenso e di anonimato della madre, nell'ipotesi più specifica di PMA eterologa, la legge n. 40 aderisce quindi alla più generale tendenza di escludere la figura del/la donatore/trice dalla vita del minore. Il comma 3 dell'art. 9, infatti, sanciva già ai tempi del divieto e, a maggior ragione, continua a prevedere che qualora si faccia ricorso a tecniche eterologhe, «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».

## 2. PMA eterologa e «status filiationis»: tre scenari critici

Benché il coinvolgimento di un/a donatore/donatrice nel processo procreativo comporti necessariamente una pluralità di figure potenzialmente e/o fattualmente genitoriali nella vita del minore, se paragonata a quella che avviene per effetto della maternità surrogata, la frammentazione delle nozioni di paternità e, soprattutto, di maternità che deriva dall'impiego di tecniche eterologhe è decisamente meno marcata. Mentre nel caso di maternità surrogata possono infatti identificarsi fino a sei figure genitoriali, la PMA eterologa ha il (più) limitato effetto di separare il contributo genetico da quello volontaristico (e, in seguito alla nascita, sociale) per uno soltanto dei due

*familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico ed interesse del minore*, Milano, Franco Angeli, 2014.

<sup>13</sup> Art. 5, legge 19 febbraio 2004, n. 40.

<sup>14</sup> L'esigenza di ricorrere al turismo procreativo si manifesta, è ovvio, anche qualora sia una coppia maschile a perseguire un progetto di genitorialità condivisa. In questo caso, tuttavia, gli aspiranti genitori dovranno avvalersi del contributo di una madre surrogata in un paese in cui questa pratica è lecita.

aspiranti genitori, creando quindi un massimo di tre figure potenzialmente genitoriali.

Mentre nel caso di ovodonazione, lo status di madre è – in via ipotetica – riconducibile a due donne, ovvero alla partoriente/madre sociale e alla donatrice/madre genetica non configurandosi dunque la più articolata tripartizione tra gestazione-ovociti-intenzione, nell'ipotesi più ricorrente di donazione di sperma, le figure paterne sono due: il donatore, in virtù del suo apporto genetico oppure il padre sociale, in virtù della sua intenzione procreativa e del ruolo genitoriale effettivamente svolto in seguito alla nascita del figlio.

Definire lo status familiare del nato da PMA eterologa è, dunque, un'operazione decisamente più lineare e la ragione di questa (maggiore) semplicità è da rinvenirsi nella presenza di regimi normativi generalmente permissivi, a cui fa seguito un più contenuto ricorso al turismo procreativo. Mentre la pratica della maternità surrogata continua infatti a trovare una resistenza normativa diffusa per cui nella maggior parte degli ordinamenti è vietata *tout court* o, comunque, sottoposta a rigide limitazioni che – di fatto – riducono le chance di poter realizzare il proprio desiderio di genitorialità entro i confini nazionali, negli stessi paesi, la PMA eterologa è – con alcune eccezioni – generalmente lecita e accessibile a prescindere dalla natura della relazione tra gli aspiranti genitori (siano essi coniugati o conviventi), dal loro orientamento sessuale e, ancor prima, dalla presenza di un partner o coniuge.

Quindi, mentre avvalersi di una madre surrogata richiede, il più delle volte, di recarsi transitoriamente all'estero dove questa pratica è consentita, l'esigenza di espatriare al fine di generare un figlio mediante PMA eterologa si presenta in circostanze relativamente eccezionali, almeno nel nostro continente. Queste differenti dinamiche fanno sì che il riconoscimento dei legami tra i genitori intenzionali/sociali e il figlio concepito mediante PMA trovi maggiori ostacoli qualora il bambino sia nato a seguito di maternità surrogata. Nel momento in cui quest'ultimo, accompagnato dai genitori committenti, entra nel paese di origine, infatti, il fatto stesso che la sua nascita sia stata realizzata coinvolgendo una madre surrogata tende a scontrarsi con il divieto – previsto dal diritto interno – di ricorrere a questa pratica o comunque con l'assenza di norme atte a regolare questa modalità di filiazione e, dunque, con un diritto vigente elaborato per rispondere alle esigenze di fenomeni familiari di altri tempi. Ed è proprio a causa di questa tensione che la richiesta di riconoscimento dei legami familiari creati in conformità con la legge straniera – che, consentendo la maternità surrogata, attribuisce la genitorialità in capo ai committenti – non trova sempre facile accoglimento, lasciando i bambini nel frattempo cresciuti dai committenti in una sorta di limbo giuridico<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> La controversa materia della maternità surrogata e, più in particolare, le ripercussioni che ricorrere a questa pratica comporta sul piano della filiazione, sono oggetto di analisi nella parte terza del presente rapporto (capp. 7-10).



Nel caso di PMA eterologa, invece, essendo questa pratica maggiormente accettata sul piano giuridico interno (e anche sociale), il problema del riconoscimento dello status familiare acquisito altrove si manifesta con frequenza decisamente inferiore. Più in generale, la questione dello *status filiationis* tende a essere fonte di minori preoccupazioni in quanto queste tecniche, oltre a essere largamente consentite, sono anche regolate da norme che tengono conto delle loro peculiarità. Di regola, infatti, il ricorso alla PMA eterologa non dà origine ad alcuna relazione giuridica parentale tra il nato e i donatori di gameti, i quali non possono far valere alcun diritto né essere titolari di obblighi nei confronti del nato. La genitorialità viene attribuita in conformità alle intenzioni delle parti e, quindi, in capo a coloro che hanno espresso l'intenzione di diventare genitori ricorrendo alla PMA.

Ciò detto, si possono, tuttavia, individuare almeno tre scenari in cui lo *status filiationis* e, più in generale, la situazione familiare del bambino concepito mediante PMA eterologa non è di immediata definizione. In particolare, non è chiaro se e in quale misura il dato sociale, ossia il legame di fatto genitoriale esistente tra il bambino e l'adulto che, benché geneticamente estraneo, ha partecipato al progetto procreativo messo in atto insieme al partner/convivente e di fatto svolge il ruolo di *primary caretaker*, debba essere preso in considerazione; se e fino a che punto il dato genetico di per sé assuma rilevanza; se le intenzioni perseguite dalle parti prima della realizzazione della procedura debbano valere da criterio ai fini della risoluzione del caso concreto; e, infine, nel caso in cui questi elementi conducano a risultati contrastanti (in merito alla genitorialità e alla situazione familiare del minore), quale sia da considerarsi decisivo o comunque meritevole di maggiore attenzione. I seguenti scenari corrispondono anche alle tre categorie nelle quali la giurisprudenza oggetto di esame in questa seconda parte del rapporto è stata suddivisa.

La prima – a cui è dedicato il capitolo 4 – racchiude quei casi in cui una coppia composta da due donne si reca all'estero al fine di procreare un figlio mediante PMA eterologa. Ai fini della presente indagine, questo scenario può definirsi tipicamente italiano in quanto il nostro ordinamento figura tra i pochi a mantenere requisiti soggettivi particolarmente restrittivi<sup>16</sup>. Come anticipato sopra, infatti, oltre ad aver fatto cadere il divieto di ricorso alla PMA eterologa in tempi piuttosto recenti (2014) e quindi con un certo ritardo rispetto agli altri ordinamenti europei, ancora oggi, il nostro legisla-

<sup>16</sup> Sembrerebbe infatti che, come annunciato dal segretario di Stato responsabile per la parità di genere, in Francia, sia prevista una riforma volta a consentire accesso alla PMA eterologa a tutte le donne, incluse lesbiche e single. Si veda, F.Q., *Francia, verso la procreazione assistita per lesbiche e single: «è una questione di giustizia sociale»*, in «Il Fatto Quotidiano», 12 settembre 2017, <http://www.ilfattoquotidiano.it/2017/09/12/francia-verso-la-procreazione-assistita-anche-per-lesbiche-e-single-via-libera-nel-2018/3852695/>.



tore subordina l'accesso a quelle tecniche che presuppongono l'utilizzo di materiale genetico proveniente da terzi alla presenza di una coppia di sesso diverso, coniugata oppure convivente<sup>17</sup>. In Italia, la procreazione eterologa rimane quindi un privilegio riservato a quelle unioni che incarnano o imitano l'ideale della famiglia tradizionale.

È per questo motivo che le coppie lesbiche desiderose di avere un figlio geneticamente legato ad almeno una di esse (e, *de jure*, anche le persone single) si vedono costrette a intraprendere percorsi procreativi di natura eterologa all'estero, con ripercussioni talvolta problematiche sulla definizione giuridica dei loro rapporti familiari con il nato. A essere più precisi, come si verifica nell'ipotesi più ricorrente di maternità surrogata all'estero, il legame di filiazione che è più a rischio di mancata formalizzazione e, quindi, di inesistenza giuridica è – ovviamente – quello tra il bambino e il suo genitore (madre) sociale. Nel caso di bambino nato a seguito di PMA eterologa all'estero da due donne, il riconoscimento dell'intento e del ruolo genitoriale effettivamente svolto dalla madre sociale e, più in generale, del rapporto che il minore ha con entrambe le madri, può assumere – a seconda delle circostanze del caso concreto – fino a tre configurazioni giuridiche differenti: l'adozione del figlio del partner, la trascrizione del certificato estero di nascita recante l'indicazione di due madri, e la trascrizione del provvedimento estero di adozione del figlio del partner.

Prima di illustrare brevemente le altre due categorie giurisprudenziali, pare tuttavia opportuno precisare che alcune delle vicende appartenenti a questa prima tipologia non possono considerarsi veri e propri casi di turismo procreativo perché, benché uno o entrambi gli aspiranti genitori siano cittadini italiani e la richiesta di riconoscimento del rapporto di filiazione sia presentata alle autorità italiane, si tratta di soggetti residenti nel paese in cui si è realizzata la procedura ed è nato il bambino. Pertanto, non vi è stato un trasferimento temporaneo in un paese estero per fini procreativi.

Il secondo scenario – oggetto di analisi nel capitolo 5 – si verifica, invece, quando sorge un conflitto tra il/la donatore/donatrice, da un lato, e la coppia committente o la madre legale del bambino nato da PMA eterologa, dall'altro. Sebbene i dettagli varino da caso a caso, la trama rimane sempre la stessa: il desiderio espresso dal/la donatore/donatrice di formalizzare il suo legame con il bambino – mediante l'attribuzione della genitorialità, dell'affidamento condiviso o di un diritto di visita – si scontra con la volontà della madre o della coppia committente/sociale di escludere «terzi estranei» – il cui contributo, secondo la loro comprensione dei fatti, si limitava alla fornitura di materiale genetico – dalla loro vita familiare. La controversia si origina quindi da fraintendimenti sul contenuto dell'accordo di PMA concluso – talvolta informalmente – dalle parti oppure da un cam-

<sup>17</sup> Art. 5, legge 19 febbraio 2004, n. 40.

biamento di idea da parte del/la donatore/trice circa il suo coinvolgimento nella vita del figlio.

Nella terza, e ultima, categoria, infine, rientrano i casi cosiddetti di «eterologa da errore». Nel capitolo 6, saranno, in particolare, esaminate tre vicende – provenienti da tre giurisdizioni differenti – in cui quella che, secondo le intenzioni degli aspiranti genitori, doveva essere una procedura omologa, a causa di un errore medico, si è di fatto tradotta in una PMA eterologa: l'aspirante madre ha, infatti, dato alla luce uno o più bambini geneticamente estranei a lei e a suo marito, in quanto concepiti utilizzando i gameti di un'altra coppia che si era rivolta alla medesima clinica con il medesimo proposito di attuare un progetto di fecondazione omologa. L'erroneo scambio di materiale genetico fa emergere quindi – ancora una volta – la tensione tra genitorialità genetica e genitorialità sociale (nonché biologica), la cui ricomposizione è, in assenza di norme che contemplano l'errore medico nella procedura di PMA, di competenza giudiziaria.



## Capitolo quarto

# La PMA eterologa all'estero

### 1. *Introduzione: una questione prettamente italiana e omogenitoriale*

Considerata la natura particolarmente restrittiva della legge n. 40/2004 rispetto alle altre legislazioni europee in materia di PMA, non stupisce che, secondo i dati raccolti in 46 cliniche operanti in Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Svizzera, Slovenia e Spagna, il 31,8% di tutti i cicli di trattamento di PMA effettuati a favore di pazienti stranieri ha interessato cittadini italiani (seguiti da tedeschi, 14,4%; olandesi, 12,1% e francesi, 8,7%)<sup>1</sup>. I risultati di questa indagine costituiscono la prova tangibile degli ostacoli insormontabili che, nonostante il graduale smantellamento a cui è stata sottoposta per opera della giurisprudenza, ciò che resta dell'impostazione proibizionistica della legge n. 40 continua a porre, colpendo nello specifico una categoria ben precisa della popolazione: le coppie omosessuali.

Infatti, se è vero che – a seguito dell'introduzione della legge 20 maggio 2016, n. 76<sup>2</sup> – le coppie composte da persone dello stesso sesso non sono più costrette a recarsi all'estero in ordinamenti *gay-friendly* per formalizzare la loro unione con il matrimonio o con una *civil partnership*, è altrettanto vero che – per legge – queste coppie sono escluse da ogni possibilità di soddisfare il proprio desiderio di genitorialità. Essendo il matrimonio riservato alle coppie eterosessuali e l'adozione (almeno quella legittimante) un privilegio coniugale, le coppie composte da persone dello stesso sesso non possono adottare. Anche la legge n. 40, come anticipato, consente il ricorso a tecniche di PMA solo a coppie eterosessuali, coniugate o conviventi<sup>3</sup>. Ne

<sup>1</sup> F. Shenfield *et al.*, *Cross Border Reproductive Care in Six European Countries*, in «Human Reproduction», 25, 2010, n. 6, pp. 1361-1368.

<sup>2</sup> Il testo della legge è disponibile online: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg>.

<sup>3</sup> Sull'incompatibilità di tale esclusione da parte del legislatore italiano con il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, come declinato nella giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, si veda J. Long, *Omogenitorialità e principio di discriminazione in base all'orientamento sessuale*, in «Bioetica», 2011, n. 2, pp. 220 ss.

conseguo quindi che – per avere prole genetica – l'esigenza del turismo a fini procreativi rimane. Questa necessità assume tuttavia contorni differenti, a seconda che sia una coppia maschile o femminile a perseguire un progetto genitoriale condiviso.

Nel primo caso, gli aspiranti genitori sono obbligati a ricorrere alla maternità surrogata in un paese in cui questa pratica è lecita. Il bambino nascerà quindi all'estero e l'atto di nascita – formato in conformità con la *lex loci* – indicherà i committenti come genitori legali del nato. Nell'ipotesi in cui sia invece una coppia lesbica a voler realizzare il proprio desiderio di genitorialità, la strada da percorrere sarà relativamente più semplice: il divieto da «aggirare» è infatti quello contenuto nell'art. 5 della legge n. 40/2004, che esclude le donne single e le coppie omosessuali dai soggetti legittimati a ricorrere alla PMA. Sarà, pertanto, sufficiente recarsi all'estero – dove la normativa non prevede gli stessi requisiti soggettivi – e realizzare una PMA di tipo eterologo, utilizzando lo sperma di un donatore e gli ovociti della partoriente o, per garantire un legame biologico tra il nato ed entrambe le donne, quelli della partner. A differenza del caso di coppia maschile, tuttavia, il parto può avvenire in Italia.

Lasciando per ora da parte le vicende di maternità surrogata (su cui verterà la parte terza del presente rapporto), ricorrere alla PMA eterologa in uno Stato estero può dare origine a una situazione per cui, nei fatti, entrambe le donne svolgono il ruolo genitoriale nei confronti del figlio discendente geneticamente da una di esse, ma solo il rapporto tra la madre gestazionale (che, in alcuni casi, è anche quella genetica) e il nato gode di riconoscimento giuridico. Il bisogno fondamentale cui il diritto deve fare fronte è quindi quello di tutelare il diritto del figlio a uno status familiare certo e alla stabilità degli affetti con coloro che se ne prendono cura, responsabilità che, in assenza di una disciplina in materia, pesa sulle spalle dei giudici.

Sulla base della casistica esistente, si possono individuare tre canali principali – a cui corrispondono tre sotto-categorie giurisprudenziali – mediante le quali le aspiranti madri hanno tentato di assicurarsi il riconoscimento, nel nostro ordinamento, del progetto di vita relazionale e familiare condivisa che, a causa dei limiti normativi imposti dal foro interno, è stato attuato in un paese estero: l'adozione del figlio del partner (*step-child adoption*); la trascrizione dell'atto di nascita formato in conformità alla legge del paese in cui il figlio è nato; e, infine, il riconoscimento del provvedimento di adozione del figlio del partner rilasciato dall'autorità straniera.

Prima di addentrarci nei dettagli della giurisprudenza, è tuttavia possibile anticipare che, indipendentemente dalla strada intrapresa, il giudice adito ha generalmente fondato la valutazione dell'istanza di riconoscimento sulla verifica dell'idoneità della famiglia omogenitoriale a realizzare il superiore interesse del minore. Le pronunce che seguono si inseriscono, quindi, nel più ampio orientamento giurisprudenziale (consolidatosi in Italia e non

solo) che considera un mero pregiudizio affermare che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del minore il fatto di crescere in una famiglia composta da persone dello stesso sesso. Da qui, la necessità – messa in evidenza dai giudici – di sottoporre la capacità delle ricorrenti di assumere o assolvere le funzioni genitoriali a una valutazione in concreto, che tenga conto delle circostanze della singola vicenda, così come avviene per le coppie eterosessuali<sup>4</sup>.

## 2. L'adozione del figlio del partner dello stesso sesso

### 2.1. Il contesto normativo

Benché consapevole dell'effettiva possibilità per le coppie omosessuali di accedere, nei fatti, all'esperienza della genitorialità avvalendosi di tecniche di PMA all'estero, il legislatore italiano ha preferito non tenerne conto, con la presunta convinzione che il silenzio fosse sufficiente a escludere il manifestarsi di questa realtà fattuale<sup>5</sup>. Com'è noto, infatti, anche in occasione del tanto atteso intervento normativo in materia di unioni civili, la questione se ammettere o meno la *step-child adoption* ha – dopo intensi dibattiti in seno al Parlamento – avuto esito negativo. Ad animare la maggioranza che ha approvato l'eliminazione dal testo definitivo della legge dell'originario art. 5 che mirava a estendere l'adozione del figlio del coniuge (*ex art. 44, lett. b*) alle coppie unite civilmente, era l'intenzione di mantenere l'istituto matrimoniale e quello dell'unione civile il più possibile distinti in materia di filiazione nonché quella di prevenire e sanzionare condotte considerate degeneri da parte di aspiranti genitori – in particolare, il ricorso alla maternità surrogata all'estero<sup>6</sup>.

Sebbene non contemplata dal diritto vigente, la situazione in cui la madre sociale desidera formalizzare il legame affettivo instaurato con il bam-

<sup>4</sup> Questi principi sono stati affermati anche in materia di affidamento a seguito di separazione/divorzio e in materia di inserimento della prole nella famiglia ricostituita dal genitore omosessuale con un partner dello stesso sesso, contesti qui non analizzati in quanto non rilevanti ai fini del presente studio. Sul punto, si veda A. Rotelli, *I diritti delle famiglie omogenitoriali nel panorama giuridico nazionale e internazionale*, in P. Bastianoni e C. Baiamonte (a cura di), *Le famiglie omogenitoriali in Italia*, Reggio Emilia, Junior Edizioni, 2015, p. 35.

<sup>5</sup> L. Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2016, n. 12, p. 1707.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 1708; G. Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2016, n. 9, p. 1218. Per effetto di questa logica sanzionatoria, il diritto del minore a uno status familiare certo e alla continuità degli affetti è stato, quindi, sacrificato al fine di rispondere alla supposta esigenza di perseguire finalità general-preventive.

bino, concepito all'estero nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa con la madre genetica, ricorrendo alla *step-child adoption*, si è comunque verificata nella pratica. Per venire incontro alle esigenze di continuità affettiva e relazionale del minore rispetto alle due madri che se ne prendono cura stabilmente da tempo, i giudici chiamati a risolvere il caso concreto si sono, pertanto, fatti carico di rielaborare l'ambito di applicazione della disciplina riguardante l'adozione in casi particolari che, in quanto istituto di carattere residuale, è stato previsto dal legislatore proprio per porre rimedio a quelle situazioni in cui, benché non sussistano i presupposti per pervenire alla dichiarazione di adottabilità che prelude l'adozione piena, l'adozione realizza l'interesse superiore del minore coinvolto<sup>7</sup>. Più nello specifico, la disposizione che ha subito una significativa evoluzione giurisprudenziale, culminata poi nella configurazione dell'adozione del figlio del partner dello stesso sesso, è l'art. 44, lett. d) della legge n. 184/1983, che prevede l'adozione in casi particolari «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

Prima di addentrarci nell'analisi della giurisprudenza, merita tuttavia aggiungere qualche considerazione allo scopo di mostrare la maniera organica in cui l'avvenuto riconoscimento della *step-child adoption* a favore delle coppie omosessuali si inserisce nell'attuale contesto normativo e, più nello specifico, si relaziona con la disciplina contenuta nella legge 20 maggio 2016, n. 76, la quale, pur rinunciando a regolare direttamente la materia, offre spunti interessanti.

Decisivo al riguardo appare il comma 20 dell'art. 1 della legge che, dopo aver sancito l'equivalenza terminologica tra «unione civile» e «matrimonio» diretta a scongiurare il pericolo che – nelle materie non espressamente regolate dalla legge – le coppie unite civilmente subissero una disparità di trattamento rispetto ai soggetti uniti in matrimonio<sup>8</sup>, prevede due eccezioni a questa regola: «le norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché le disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184». Alla luce dei dibattiti parlamentari che hanno preceduto l'introduzione della legge, lo scopo perseguito da quest'ultima parte era appunto quello di precludere l'operatività delle norme in materia di adozione – che trovano il loro presupposto nell'esistenza di un rapporto matrimoniale – a favore di coppie unite civilmente<sup>9</sup>.

A queste eccezioni, fa tuttavia seguito un terzo e ultimo periodo che, rinviando espressamente alle norme vigenti in materia di adozione («resta

<sup>7</sup> G. Matucci, *Adozione omogenitoriale e diritti costituzionali del minore*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 14 luglio 2016, p. 4, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/matucci.pdf>.

<sup>8</sup> Testo del comma 20, art. 1: «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti [...] si applicano anche a ognuna della parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

<sup>9</sup> M. Farina, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2016, nn. 7-8, p. 980.



fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti»), si rivolge invece a (e fa salve) quelle disposizioni la cui applicazione non è contingente all'esistenza di un rapporto di coniugio, tra cui figura anche l'art. 44, lett. *d*) che – come anticipato – consente l'adozione in casi particolari nell'impossibilità di affidamento preadottivo<sup>10</sup>.

Quindi, se la battaglia parlamentare e il suo esito possono essere interpretati come indicativi dell'intento legislativo di escludere che dall'unione civile potesse derivare una famiglia che, andando oltre il rapporto tra i partner dello stesso sesso, è capace di discendenza<sup>11</sup>, allo stesso tempo, la previsione di rinvio (art. 1, comma 20) che consente di ricorrere all'adozione in casi particolari è – almeno, secondo una parte della dottrina – sintomo della volontà del Parlamento di favorire la continuità e la formalizzazione dei rapporti tra il minore e gli adulti che si prendono cura di lui, indipendentemente dal loro orientamento sessuale<sup>12</sup>.

In termini pratici, quindi, facendo salva l'adozione in casi particolari ex art. 44, la legge n. 76 non ha impedito la formazione – o, meglio, il progressivo consolidamento – di un diritto vivente capace di offrire copertura giuridica all'interesse del minore al riconoscimento di quelle relazioni affettive che, nonostante siano sorte e maturate in contesti omogenitoriali, contribuiscono al suo sereno ed equilibrato sviluppo. In conclusione, dunque, benché l'occasione di prevedere l'adozione del figlio del partner dello stesso sesso per via legislativa sia andata perduta, con l'utilizzo della lettera *d*) nei casi di omogenitorialità, si è giunti al medesimo risultato che si sarebbe prodotto con l'approvazione della legge nel suo testo originario<sup>13</sup>. Le tappe più significative che hanno condotto all'ammissibilità della *step-child adoption* in contesti omogenitoriali, quale mezzo per la realizzazione dell'interesse del minore alla permanenza di un rapporto stabile e duraturo con la compagna della madre biologica, sono oggetto di analisi nel prossimo paragrafo.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> P. Zatti, *Introduzione al Convegno*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2016, n. 12, p. 1665.

<sup>12</sup> G. Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2017, n. 3, p. 366; G. Curcio e L. Trovato, *L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialità: le ragioni del sì*, in «Minorigiustizia», 2017, n. 1, pp. 153-159. In senso contrario, A. Aragno, *L'utilizzo dell'art. 44 lett. d nei casi di omogenitorialità: le ragioni del no*, in «Minorigiustizia», 2017, n. 1, pp. 146-152.

<sup>13</sup> M. Gattuso, *La vittoria dei bambini arcobaleno*, in «Articolo 29», 22 giugno 2016, <http://www.articolo29.it/2016/la-vittoria-dei-bambini-arcobaleno/>.

## 2.2. L'evoluzione giurisprudenziale dell'art. 44, lett. d) della legge n. 184/1983

A partire dal 2014, le coppie lesbiche che realizzano un progetto di genitorialità condivisa avvalendosi della donazione di sperma all'estero possono ottenere il riconoscimento del rapporto familiare di fatto esistente tra la madre sociale e il minore chiedendo l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, lett. d) della legge n. 184/1983. Questa tipologia di adozione si presta bene alle esigenze del caso concreto in quanto, a differenza dell'adozione piena, non crea *ex novo* un rapporto di filiazione, ma mira per lo più a consolidare e formalizzare legami affettivi preesistenti<sup>14</sup>. L'adozione in casi particolari, inoltre, può essere disposta nelle sole ipotesi indicate nell'art. 44, tra le quali rileva, appunto, «la constatata impossibilità di affidamento preadottivo» (lett. d)<sup>15</sup>. Ed è proprio in virtù di un'interpretazione evolutiva di questo sintagma che l'adozione del figlio del partner dello stesso sesso è venuta a configurarsi quale istituto di mera creazione giurisprudenziale, che affonda le sue radici nella trasformazione sociale verso una pluralità di realtà familiari<sup>16</sup>.

Secondo un indirizzo diffuso nei primi anni successivi all'introduzione della legge n. 184/1983, la lettera d) doveva intendersi applicabile alle sole situazioni di impossibilità di fatto, con la conseguenza di consentire l'adozione in casi particolari soltanto nei confronti di un bambino che fosse comunque in stato di abbandono. In queste situazioni, l'adozione in casi particolari era funzionale a espandere la platea degli aspiranti adottanti, poiché, a differenza dell'adozione piena o legittimante, era consentita anche alle coppie non coniugate e alle persone single<sup>17</sup>.

Lungi dall'essere intesa come contenitore di una serie di ipotesi del tutto eccezionali, secondo la giurisprudenza più recente, l'interpretazione restrittiva sopra riportata dovrebbe essere sostituita – o meglio, integrata – da una lettura più ampia, che include anche le ipotesi di impossibilità «di diritto»<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Per un approfondimento sui presupposti e sulle conseguenze giuridiche dei due tipi di adozione, si veda Matucci, *Adozione omogenitoriale e diritti costituzionali del minore*, cit.

<sup>15</sup> Le altre ipotesi previste dalla legge sono le seguenti: nei casi di bambini, orfani di padre e di madre, già accuditi da parenti o conoscenti (lett. a); nei casi di bambini che hanno instaurato un rapporto familiare con il nuovo coniuge del proprio genitore (lett. b); nei confronti di bambini orfani o disabili per i quali non si trova una coppia idonea e, allo stesso tempo, disponibile a prenderlo in affidamento preadottivo (lett. c).

<sup>16</sup> V. Montaruli, *La stepchild adoption approda alla nomofilachia*, in «Minorigiustizia», 2017, n. 1, p. 161.

<sup>17</sup> M. Gattuso, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è «sana e meritevole d'essere riconosciuta»*, in «Articolo 29», 29 agosto 2014, <http://www.articolo29.it/2014/tribunale-per-i-minorenni-roma-riconosce-giuridicamente-mamme-ed-assegna-cognome-lomogenitorialita-sana-meritevole-dessere-riconosciuta/>.

<sup>18</sup> Corte cost., sentenza n. 383 del 7 ottobre 1999. In questa sentenza, la Corte costituzionale illustra in modo chiaro e persuasivo la distinzione tra adozione legittimante e adozione

Secondo quest'ultima impostazione, la lettera *d*) si applicherebbe quindi anche ai minori tecnicamente non in stato di abbandono ma, rispetto ai quali sussiste l'interesse al riconoscimento di rapporti di genitorialità<sup>19</sup>.

Col passare del tempo, l'istituto si è quindi notevolmente evoluto, asurgendo al ruolo di vera e propria «valvola di sicurezza», sotto cui hanno trovato riparo circostanze molto distanti da quelle inizialmente contemplate dal legislatore<sup>20</sup>. Utilizzando le parole della Corte costituzionale, la lett. *d*) dell'art. 44 costituisce ormai «una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione "legittimante", consentendo l'adozione dei minori anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'art. 7», ovvero quando il giudice non ha potuto procedere alla dichiarazione di adottabilità<sup>21</sup>.

Il primo scenario di impossibilità di diritto a cui la giurisprudenza ha esteso l'applicazione della lettera *d*) è quella del minore allevato e cresciuto all'interno della sua famiglia allargata, per esempio dagli zii, che quindi non si trova in stato di abbandono e, allo stesso tempo, non può esser adottato ai sensi della lettera *a*) della medesima disposizione in quanto i genitori sono in vita<sup>22</sup>. Frutto dell'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni, questa norma è stata impiegata anche per far fronte a situazioni considerate di semiabbandono permanente (in questi casi, la lett. *d*) viene impiegata col nome di adozione mite)<sup>23</sup>, per formalizzare i rapporti instauratisi in seno a famiglie ricostituite<sup>24</sup> o, ancora, per dare veste giuridica in Italia a legami stabiliti all'estero in conformità a istituti sconosciuti alla nostra tradizione giuridica, ad esempio la *kafala*<sup>25</sup>. Adottando una lettura non rigidamente vincolata alle intenzioni del legislatore del 1983, la giurisprudenza – prima di merito e poi di legittimità – ha quindi sfruttato i contorni sfumati e particolarmente flessibili di questo istituto per fronteggiare le molteplici circostanze in cui il riconoscimento giuridico del legame esistente con gli adottanti rispondeva all'interesse del minore a uno status familiare certo e stabile<sup>26</sup>.

in casi particolari. Soltanto la prima presuppone lo stato di abbandono del bambino; la seconda, invece, mira a realizzare il diritto del minore a una famiglia quando, in mancanza dei presupposti per l'adozione legittimante, è comunque necessario procedere all'adozione al fine di tutelare l'interesse del minore.

<sup>19</sup> Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, cit., p. 1711.

<sup>20</sup> G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2012, n. 2, p. 682.

<sup>21</sup> Corte cost., sentenza n. 383 del 7 ottobre 1999.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Corte d'Appello di Genova, 1° dicembre 1995.

<sup>24</sup> Tribunale per i Minorenni di Milano, 28 marzo 2007; Corte d'Appello di Firenze, 4 ottobre 2012.

<sup>25</sup> Tribunale per i Minorenni di Trento, 5 marzo 2002 e Tribunale per i Minorenni di Trento, 10 settembre 2002.

<sup>26</sup> Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016*, cit.

Uno scenario applicativo che si è palesato solo in tempi più recenti – ed è quello su cui si concentra il presente paragrafo – riguarda le coppie omosessuali di fatto conviventi. Il primo caso in cui è stata ammessa l'adozione da parte della madre non biologica, così riconoscendo la sua genitorialità sociale nei confronti di una bambina, concepita all'estero mediante fecondazione assistita eterologa nel quadro di un progetto procreativo comune della coppia, è quello che ha dato origine alla sentenza n. 299 del 30 luglio 2014 del Tribunale per i Minorenni di Roma, fondamentale punto di svolta nell'evoluzione dei diritti delle famiglie omogenitoriali in Italia<sup>27</sup>. Con questa pronuncia, il giudice capitolino ha chiarito che l'adozione in casi particolari, in armonia con le intenzioni del legislatore, mira a «favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura del minore stesso, prevedendo la possibilità di un'adozione con effetti più limitati rispetto a quella legittimante, ma con presupposti meno rigorosi», sostenendo quindi che l'impossibilità richiesta dalla lett. d) dell'art. 44 debba essere intesa anche in senso giuridico.

La prospettiva da cui muove questa pronuncia è quella minorile: il tribunale sceglie, infatti, di aderire all'interpretazione aperta della lettera d) poiché la stessa permette di tutelare pienamente l'interesse concreto del minore al riconoscimento della bigenitorialità, alla luce del suo rapporto di filiazione di fatto instauratosi con la madre sociale. In maniera coerente, il giudice omette quindi ogni riferimento alla relazione orizzontale tra le due donne – coniugate in Spagna e iscritte nel registro delle unioni civili del Comune di Roma – concentrandosi unicamente sul rapporto verticale che unisce la bambina e l'aspirante adottante, nella convinzione che soltanto una valutazione così articolata possa condurre al riconoscimento di legami affettivi e benefici per il minore<sup>28</sup>.

A favore di una lettura estensiva della lettera d), il Tribunale fa innanzitutto riferimento al testo della legge, ovvero a una non dettagliata impossibilità, che sembra appunto consentire la sua applicazione anche a situazioni in cui sia giuridicamente impossibile procedere a una dichiarazione di adottabilità, essendo il minore già accudito dal genitore biologico<sup>29</sup>. Spinge nella stessa direzione anche la *ratio* dell'istituto dell'adozione in casi particolari

<sup>27</sup> Il testo della sentenza è disponibile online: <http://www.articolo29.it/adozione-in-casi-particolari-second-parent-adoptionmerito/>. Questa pronuncia è stata confermata dalla Corte d'Appello di Roma, sentenza n. 7127 del 23 dicembre 2015 e, successivamente, dalla Corte di Cassazione, sentenza n. 12962 del 22 giugno 2016.

<sup>28</sup> Vi è tuttavia chi sostiene che la pronuncia in esame muova da una prospettiva adultocentrica focalizzata su un preteso diritto della coppia omogenitoriale alla genitorialità adottiva. In questo senso, R. Carrano e M. Ponzani, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», 2014, n. 4, p. 1555; M.G. Ruo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in «Famiglia e Diritto», 2015, n. 1, p. 587.

<sup>29</sup> Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza n. 299 del 30 luglio 2014, p. 4.

(che coincide con quella generalmente perseguita della normativa sull'adozione) che trova espressa manifestazione nell'art. 57, comma 2, della legge n. 184/1983 laddove indica chiaramente l'obbligo dell'interprete di verificare se l'adozione ai sensi dell'art. 44 realizzi l'interesse superiore del minore<sup>30</sup>.

Oltre al dato letterale, osserva il giudice, la giurisprudenza ha già – in diverse occasioni – attribuito alla lettera *d*) un significato che va oltre la mera impossibilità di fatto consentendo l'accesso all'adozione in casi particolari a coppie di conviventi, in circostanze in cui l'adozione realizzava, appunto, l'interesse del minore coinvolto attraverso il suo definitivo inserimento nel nucleo familiare d'appartenenza<sup>31</sup>. Queste sentenze – a giudizio del Tribunale per i Minorenni – sono prova dell'avvenuto ridimensionamento del criterio dell'*imitatio naturae*, in virtù del quale l'adozione dovrebbe riflettere il modello della famiglia tradizionale fondata sul matrimonio, e della conseguente esigenza di tutelare in via prioritaria l'interesse superiore del minore, avendo riguardo soprattutto alla preesistenza di legami affettivi tra le persone dell'instaurando rapporto adottivo<sup>32</sup>.

Queste conclusioni non possono – continua il giudice minorile – non estendersi anche a conviventi del medesimo sesso<sup>33</sup>. A fronte di simili precedenti giurisprudenziali, un'interpretazione volta a escludere *a priori* il convivente *same-sex* risulterebbe infatti irragionevole e ingiustificato<sup>34</sup>. Precludere l'accesso all'adozione del figlio del partner alla categoria delle coppie omosessuali, senza prima verificare l'idoneità genitoriale del singolo nucleo familiare coinvolto a realizzare l'interesse superiore del figlio e quindi in virtù del mero orientamento sessuale, comporterebbe – afferma il Tribunale – una disparità di trattamento che, oltre a essere vietata dalla Costituzione, si pone in contrasto con il consolidato principio sviluppato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani per cui differenziare tra coppie di fatto eterosessuali e omosessuali – anche con riferimento all'accesso all'adozione del figlio del partner – integra una violazione dell'art. 14, in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 3. Alcuni autori, al contrario, ritengono che l'interpretazione fornita dal giudice minorile contraddica tanto la lettera quanto la *ratio* della legge. Si veda, *inter alia*, G. Miotto, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», 2015, n. 4, pp. 1338 ss.

<sup>31</sup> Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza n. 299 del 30 luglio 2014, p. 4. In particolare, il giudice fa riferimento alla sentenza n. 626/2007 del Tribunale per i Minorenni di Milano e alla sentenza n. 1274/2012 della Corte d'Appello di Firenze.

<sup>32</sup> Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza n. 299 del 30 luglio 2014, p. 6.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 6-8.

<sup>35</sup> Il giudice romano fa, in particolare, riferimento alla sentenza della Grande Camera della Corte EDU in *X e altri c. Austria*, cit. Miotto è critico anche rispetto a questo punto della sentenza e considera priva di fondamento l'asserita sussistenza di una tensione tra un'interpretazione restrittiva della lett. *d*) che esclude le coppie omosessuali e gli artt. 8 e 14 CEDU. Miotto, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, cit., pp. 1356 ss.

Tornando al caso di specie, il Tribunale afferma che il presupposto di cui all'art. 44, lett. d) è da intendersi realizzato, in quanto la bambina, non trovandosi in stato di abbandono, non potrebbe essere collocata in affidamento preadottivo. La bambina – di cinque anni – era infatti nata e cresciuta con le due donne, che essa stessa considera come riferimenti affettivi primari, creando con entrambe un legame indissolubile che, indipendentemente dalla non-classificazione giuridica, in concreto – osserva il giudice minorile – non si differenzia in alcun modo da un vero e proprio vincolo genitoriale<sup>36</sup>. Sulla base delle risultanze delle indagini psico-sociali, privare la minore dei diritti e dei vantaggi derivanti da questi legami – afferma il giudice – si sarebbe posto in aperto contrasto con la realizzazione del suo superiore interesse<sup>37</sup>. In queste circostanze, la *step-child adoption* costituisce dunque l'apposito strumento, in quanto – non essendo necessario costruire una situazione giuridica *ex novo* – interviene sullo *status quo* formalizzando una situazione di fatto da tempo esistente e cristallizzata nell'esclusivo interesse della bambina coinvolta<sup>38</sup>.

Questa pronuncia promuove quindi un'accezione dei *best interests* che prende in considerazione la situazione concreta in cui si trova il minore coinvolto, affermando che – al contrario – non si possa presumere la dannosità per il minore di essere cresciuto all'interno di un nucleo omogenitoriale, né tale contesto familiare possa considerarsi *a priori* d'impedimento alla piena attuazione dell'interesse superiore del minore. Aderire a simili posizioni ideologiche e, quindi, non riconoscere la genitorialità sociale della co-madre significherebbe, infatti, stigmatizzare ciò che il Tribunale definisce «una genitorialità diversa ma parimenti sana e meritevole di essere riconosciuta in quanto tale»<sup>39</sup>.

Questo intervento è stato particolarmente apprezzato dalla dottrina in quanto, svincolando l'adozione in casi particolari dal presupposto di uno stato di abbandono, si allontana da approcci ermeneutici – che, per ragioni di mero formalismo giuridico, rischiano di compromettere l'interesse del minore<sup>40</sup>. Si tratta, inoltre, di una pronuncia che – come sperato da Long – ha «fatto scuola»<sup>41</sup>. A eccezione di qualche decisione di primo grado<sup>42</sup> – poi

<sup>36</sup> Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza n. 299 del 30 luglio 2014, p. 9.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>40</sup> Farina, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*, cit., p. 978.

<sup>41</sup> J. Long, *Adozione in casi particolari e second-parent adoption*, in «Articolo 29», 15 dicembre 2014, <http://www.articolo29.it/2014/adozione-in-casi-particolari-second-parent-adoption/>. Condivide tale orientamento anche M. Winkler, *Genitori non si nasce: una sentenza del Tribunale dei minorenni di Roma in materia di second-parent adoption all'interno di una realtà omogenitoriale*, in «Giustizia Civile», 13 novembre 2014.

<sup>42</sup> Tribunale per i Minorenni del Piemonte-Valle d'Aosta, sentenza dell'11 settembre 2015:



impugnata e riformata – che ha riesumato l'interpretazione originalista e restrittiva della lettera *d*) riferendola esclusivamente alla mera impossibilità di fatto (fino a metà 2016), la giurisprudenza pressoché unanime ha avallato una lettura ampia ed evolutiva che, nell'interesse superiore del minore dei bambini coinvolti, impiega l'istituto dell'adozione in casi particolari per riconoscere giuridicamente la genitorialità di fatto del co-genitore nell'ambito di una coppia omosessuale.

Il filone giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza del Tribunale per i Minorenni di Roma del 30 luglio 2014 ha, in tempi ancora più recenti, ricevuto autorevole conferma dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 12962 del 22 giugno 2016), la quale – in linea con quanto stabilito sia dal Tribunale (nella sentenza appena analizzata) che dalla Corte d'Appello di Roma (23 dicembre 2015) – ha disposto l'adozione in casi particolari a favore della compagna della madre biologica della bambina<sup>43</sup>. Richiamando la storica sentenza n. 383/1999 della Corte costituzionale, i giudici di legittimità hanno chiarito che, nel nostro ordinamento, esistono due modelli di adozione: quella legittimante, che presuppone lo stato di abbandono del minore, e quella non legittimante che si fonda su condizioni diverse, rispetto alla situazione di fatto in cui si trova il minore e al suo rapporto con l'aspirante adottante<sup>44</sup>.

Seguendo questa distinzione, continua la Corte, la nozione di «impossibilità di procedere ad affidamento preadottivo» *ex* lett. *d*) non può che essere intesa come impossibilità anche giuridica (non solo di fatto) e quindi ricomprendere tutte quelle situazioni – come quella del caso di specie – in cui, pur in difetto dello stato di abbandono, sussista in concreto l'interesse del minore a conservare e formalizzare i rapporti affettivi che ha instaurato con coloro che lo hanno accudito. Questo percorso ermeneutico – osserva la Corte – è del tutto coerente con l'attuale quadro normativo minorile (tra cui, la recente riforma della filiazione) che insiste sulla continuità affettiva ed educativa del legame tra l'adottante e l'adottando, quale fattore indispensabile per la piena attuazione dei *best interests of the child*<sup>45</sup>.

L'altro pilastro su cui la Corte di Cassazione ha fondato il suo ragio-

la lettera *d*) presuppone un'impossibilità materiale di affidamento preadottivo; poi riformata dalla Corte d'Appello di Torino, sentenza del 27 maggio 2016. Si veda anche Tribunale per i Minorenni di Milano, 17 ottobre 2016: la lettera *d*) presuppone una grave carenza delle figure genitoriali e, quindi, non può trovare applicazione nel caso in cui il minore sia già accudito dal genitore biologico; poi riformata dalla Corte d'Appello di Milano, sentenza del 9 febbraio 2017. Per una nota critica, si veda A. Nocco, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura «eversiva» dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2016, n. 2, pp. 205-215.

<sup>43</sup> Il testo della sentenza è disponibile online: <http://www.articolo29.it/adozione-in-casi-particolarilegittimita/>.

<sup>44</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 12962 del 22 giugno 2016, p. 34.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 38-39.



namento è il principio di non discriminazione, come articolato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Particolare richiamo è stato fatto alla sentenza *X e altri c. Austria*, in cui i giudici europei hanno affermato che, sebbene gli Stati godano di margini di discrezionalità nel consentire o meno alle coppie non coniugate di accedere all'adozione co-parentale, qualora questa pratica sia ammessa, le coppie omosessuali non possono essere trattate diversamente rispetto a quelle eterosessuali, pena la violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione. Ne consegue quindi che, in armonia con questi principi e considerata l'accessibilità dell'adozione ai sensi dell'art. 44, lett. d) da parte delle persone single e delle coppie non coniugate, la verifica dei requisiti previsti dalla legge non può essere compiuta attribuendo rilevanza – neanche indiretta – all'orientamento sessuale del richiedente e alla natura della relazione omoaffettiva esistente tra le due donne<sup>46</sup>.

Il principio di non discriminazione è stato invocato anche per respingere l'altro motivo di ricorso (che, nel testo della decisione, è analizzato per primo) riguardante l'omessa nomina di un curatore speciale della minore. La Corte, in particolare, era stata chiamata a decidere se l'esistenza di una relazione sentimentale con la madre sociale ponesse la madre biologica – rappresentante legale della minore e quindi chiamata a prestare l'assenso all'adozione – in una situazione di potenziale conflitto d'interessi con la minore, tale da richiedere la nomina di un curatore speciale. Sul punto, i giudici hanno preso una posizione assai netta: o si sostiene (pur in assenza di qualsiasi fondamento scientifico né probatorio) che sia proprio la natura omoaffettiva della relazione genitoriale a essere potenzialmente incompatibile con l'interesse della bambina; oppure, in linea con i principi sopra enunciati, si deve escludere che il desiderio dei genitori di consolidare il proprio progetto di vita relazionale e genitoriale sia da valutare in maniera negativa, in quanto è nella natura stessa di questo tipo di adozione quella di rafforzare, mediante la formalizzazione della situazione familiare voluta e creata insieme, anche la relazione tra i genitori<sup>47</sup>.

Dopo la Cassazione, anche la Corte d'Appello di Torino e la Corte d'Appello di Milano hanno aderito a questo orientamento, riformando così le decisioni rese dai rispettivi giudici di primo grado. Nel caso milanese, il Tribunale per i Minorenni – intervenuto in seguito alla sentenza della Cassazione n. 12962 del 22 giugno 2016 – aveva avanzato una nuova lettura del quadro normativo che individuava una «grave carenza delle figure genitoriali» quale presupposto dell'adozione in casi particolari e, ai fini di scongiurare qualsiasi pericolo di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale,

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 24-25. Sul punto, Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016*, cit., p. 1219.

precludeva quindi l'adozione del figlio biologico del convivente sia a coppie omosessuali che eterosessuali<sup>48</sup>. Secondo il giudice di primo grado, questa interpretazione dell'art. 44 rispondeva anche alla volontà del legislatore delle unioni civili: «il fatto che nella discussione della legge si sia posto il problema di estendere o meno l'adozione *ex art. 44, lett. b)* (anzi in genere l'adozione) dimostra all'evidenza che originariamente non era stato previsto»<sup>49</sup>.

La Corte d'Appello ha invece posto l'attenzione sull'altro lato della medaglia, osservando che, sebbene l'articolo che prevedeva la modifica dell'art. 44, lett. *b)* non fosse alla fine stato inserito nel testo definitivo, il legislatore ha comunque sentito l'esigenza di precisare espressamente al comma 20 che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti»<sup>50</sup>. L'introduzione di questa clausola di salvaguardia va intesa – a giudizio della Corte d'Appello – come espressione della volontà del Parlamento di fare salva l'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto all'ampliamento della nozione di impossibilità di affidamento pre-adoattivo (art. 44, lett. *d)*, tanto è vero che, anche in seguito all'emanazione della legge sulle unioni civili, ulteriori pronunce hanno accolto domande di adozione *ex art. 44, lett. d)*.

Tra queste, meritano una menzione speciale i recenti interventi del Tribunale per i Minorenni di Bologna che, non solo ha chiarito la funzione del terzo periodo del medesimo comma 20 sulla scia del precedente milanese<sup>51</sup>, ma si è spinto decisamente oltre affermando a chiare lettere che

la relazione affettiva tra due persone dello stesso sesso, che si riconoscano come parti di un medesimo progetto di vita, con le aspirazioni, i desideri e i sogni comuni per il futuro, la condivisione insieme dei frammenti di vita quotidiana, costituisce a tutti gli effetti una «famiglia», luogo in cui è possibile la crescita di un minore, senza che il mero fattore «omoaffettività» possa costituire ostacolo formale<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Sentenza del 17 ottobre 2016. Il testo della sentenza è disponibile online: <http://www.articolo29.it/adozione-in-casi-particolari-second-parent-adoptionmerito/>. A commento di questa pronuncia, si veda G. Ferrando, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 33, 2017, n. 2, pp. 171-193.

<sup>49</sup> Tribunale per i Minorenni di Milano, sentenza del 17 ottobre 2016, p. 21.

<sup>50</sup> Il testo della sentenza è disponibile online: <http://www.articolo29.it/adozione-in-casi-particolari-second-parent-adoptionmerito/>. A commento di questa sentenza, si veda M. Gattuso, *Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l'adozione coparentale*, in «Articolo 29», 8 maggio 2017, <http://www.articolo29.it/2017/anche-da-milano-dopo-la-cassazione-roma-e-torino-semaforo-verde-per-ladozione-coparentale/>.

<sup>51</sup> Tribunale per i Minorenni di Bologna, sentenza dell'8 giugno 2017, p. 7, <http://www.articolo29.it/2017/la-vita-non-si-ferma-lunione-civile-la-famiglia-i-diritti-dei-bambini/>. Il giudice chiarisce che la funzione del terzo periodo del comma 20 della legge n. 76/2016 è «quella di chiarire all'interprete che la mancata previsione legislativa dell'accesso all'adozione coparentale non deve essere letta come un segnale di arresto o di contrarietà rispetto all'ordinamento consolidatosi negli ultimi anni in giurisprudenza a favore dell'adozione coparentale ai sensi della lettera *d)*».

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 8.

Ancora prima delle pronunce bolognesi, occorre segnalare la decisione del Tribunale per i Minorenni di Venezia (31 maggio 2017) che, pur accogliendo la domanda di adozione richiamando la giurisprudenza ormai maggioritaria, ha – nella sua valutazione circa l'affidabilità della coppia di madri ricorrenti – voluto specificare che le stesse madri fossero consapevoli dell'esigenza di permettere alla bambina di «relazionarsi con persone a orientamento non omosessuale» al fine di garantirle uno sviluppo adeguato<sup>53</sup>.

Va, infine, dato rapido conto alla decisione del Tribunale per i Minorenni di Palermo (sentenza del 30 luglio 2017), che – pur esprimendosi a favore dell'ammissibilità della *step-child adoption* in contesti omogenitoriali – lascia perplessi per la sua conclusione. I giudici palermitani, infatti, nonostante l'esplicita adesione all'indirizzo avallato dalla Cassazione<sup>54</sup>, hanno finito per rigettare il ricorso proposto dalla co-madre affermando che il consenso prestato dalla madre biologica (e legalmente riconosciuta) fosse viziato in quanto inconsapevole della perdita della propria qualità di genitore esercente la relativa responsabilità che, secondo la lettura dell'art. 44 in combinato disposto con gli artt. 48 e 50 della legge n. 184/1983 proposta dallo stesso giudice, avrebbe fatto seguito all'adozione a favore della partner<sup>55</sup>. Pertanto, benché invocato espressamente, l'orientamento della Cassazione è, nei fatti, stato privato di ogni pratico effetto giuridico<sup>56</sup>.

Nonostante le particolarità di queste due ultime decisioni che, pur uniformandosi almeno in linea di principio all'indirizzo maggioritario (e, ad-

<sup>53</sup> Tribunale per i Minorenni di Venezia, decisione del 31 maggio 2017, p. 1. Per una nota critica e accedere al testo della sentenza, si veda M. Gattuso e A. Schillaci, *Il dialogo tra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, in «Articolo 29», 11 settembre 2017: <http://www.articolo29.it/2017/il-dialogo-fra-le-corti-minorili-in-materia-di-stepchild-adoption/>.

<sup>54</sup> Tribunale per i Minorenni di Palermo, sentenza del 30 luglio 2017, § 2, p. 3.

<sup>55</sup> *Ibidem*, § 5, pp. 8 ss. L'art. 48 prevede che «se il minore è adottato da due coniugi, o dal coniuge di uno dei due genitori, la potestà sull'adottato e il relativo esercizio spettano ad entrambi». Secondo il giudice palermitano, quindi, in caso di mera convivenza (come nel caso di specie), la *step-child adoption* comporterebbe necessariamente la recisione del rapporto tra il minore e il genitore legale. Pertanto, quest'ultimo sarebbe chiamato a prestare il suo consenso non solo all'adozione a favore del convivente, ma anche alla decadenza della propria potestà genitoriale. Questa esegesi delle norme in materia di adozione – ritenuta da Gattuso e Schillaci tutt'altro che persuasiva – ha suscitato l'intervento del Tribunale per i Minorenni di Bologna, dando vita a un vivace dialogo tra corti minorili. Con una decisione del 20 agosto 2017, il giudice bolognese ha osservato che la legge in materia di adozione deve essere interpretata alla luce della riforma della filiazione del 2012, in particolare del principio di unicità dello status di figlio, e che, più nello specifico, non è possibile desumere dagli artt. 48 e 50 che la responsabilità è esercitata congiuntamente solo quando gli adottanti sono coniugati. Come sostenuto da parte della dottrina, queste disposizioni sarebbero quindi prive di efficacia giuridica, con una valenza meramente simbolica. Su quest'ultimo punto, si veda M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e nuovi assetti delle relazioni familiari*, in «Famiglia e Diritto», 2013, n. 3, p. 236; G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in «Corriere Giuridico», 2013, n. 4, p. 529.

<sup>56</sup> Gattuso e Schillaci, *Il dialogo tra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, cit.

dirittura, accogliendo la richiesta di adozione, nel caso veneziano), sono traccia di una persistente resistenza di natura giuridica (Palermo) e culturale (Venezia)<sup>57</sup>, la giurisprudenza analizzata certifica dunque la presenza e il progressivo consolidamento di un orientamento che ammette la possibilità di adottare il figlio biologico del convivente o partner in seno a una coppia omosessuale di fatto o unita civilmente. Nelle vicende sopra esaminate, l'accoglimento della richiesta di procedere alla *step-child adoption* riposa essenzialmente nel principio della continuità degli affetti: «la ratio dell'istituto è (infatti) quella di consolidare, ove ricorrano le condizioni dettate dalla legge, legami preesistenti e di evitare che si protraggano situazioni di fatto prive di uno statuto giuridico»<sup>58</sup>. Si è venuto quindi a delineare un quadro giurisprudenziale fondato su una lettura costituzionalmente orientata che, in assenza di una disciplina normativa in materia, assicura il pieno rispetto del diritto del minore ad avere una famiglia, prescindendo da pregiudizi e chiusure ideologiche circa l'orientamento sessuale dell'adottante, qualora l'adozione legittimante non sia una strada percorribile<sup>59</sup>.

In un periodo storico e politico come quello attuale, in cui si registrano intensi conflitti etici e valoriali, l'utilizzo della lett. *d*) dell'art. 44 nei casi di omogenitorialità costituisce quindi un valido strumento per far fronte alla rapida evoluzione delle relazioni affettive e familiari rispetto alla quale il giudice, a differenza del legislatore, non può rimanere indifferente pena la mancata tutela effettiva dell'interesse superiore del minore. In un certo senso, quindi, la giurisprudenza sopra analizzata anticipa quanto realizzato dalla politica in altri Stati europei (e non solo), garantendo sin da subito ai bambini nati e cresciuti in contesti omogenitoriali una tutela adeguata di ispirazione europea<sup>60</sup>. Quello italiano, è stato un percorso decisamente più faticoso e incerto, ma con risvolti simbolici probabilmente più significativi: i diritti dei bambini sono stati infatti riconosciuti non per concessione di un legislatore riottoso, ma perché configurano diritti umani sottratti alla discrezionalità delle maggioranze parlamentari<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 12962 del 22 giugno 2016, pp. 22-23.

<sup>59</sup> Farina, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*, cit., p. 976.

<sup>60</sup> Gattuso, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è «sana e meritevole di essere riconosciuta»*, cit.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

### 3. *Il riconoscimento dell'atto di nascita straniero del bambino nato a seguito di PMA eterologa*

In alternativa alla *step-child adoption*, una coppia omogenitoriale che, per eludere la normativa interna, si è rivolta a una clinica straniera allo scopo di generare un figlio mediante PMA eterologa può ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione validamente costituito altrove richiedendo la trascrizione dell'atto di nascita estero. In questi casi, dunque, ciò che la coppia genitoriale desidera ottenere non è la (successiva) formalizzazione di un rapporto affettivo già esistente e consolidato (come nei casi di *step-child adoption*), bensì il riconoscimento, sin dalla nascita, dei legami famigliari esistenti tra il bambino nato da PMA eterologa realizzata all'estero e le sue due madri.

Il quesito fondamentale a cui il giudice adito deve fornire risposta (che, come si vedrà nella terza parte del rapporto, è lo stesso che si pone in casi di maternità surrogata internazionale) è, quindi, se il riconoscimento del rapporto di filiazione formato legittimamente nel paese straniero in cui è nato il bambino ma derivante dall'impiego di tecniche procreative vietate nel foro interno possa essere negato in quanto contrario all'ordine pubblico che, in materia internazional-privatistica e secondo la costante giurisprudenza di legittimità, deve intendersi come ordine pubblico internazionale.

In armonia con le soluzioni prospettate da altri ordinamenti europei, le pronunce che seguono propongono una nozione di ordine pubblico dai contorni sempre più estesi e orientata verso principi e valori di origine sovranazionale, così contribuendo al graduale restringimento dell'ambito di operatività di questa clausola quale baluardo contro la trascrivibilità degli status famigliari costituiti all'estero. Considerato alla luce della più ampia giurisprudenza europea in materia di trascrizione di atti di famiglia formati all'estero, questo percorso che ha visto il limite dell'ordine pubblico cedere gradualmente rispetto alla necessità di garantire l'interesse superiore del minore nato da PMA eterologa all'estero si è, per così dire, realizzato a una velocità intermedia: infatti, se è vero che, in materia di riconoscimento di matrimonio tra persone dello stesso sesso, la non annoverabilità della diversità di sesso tra i nubendi tra i principi di ordine pubblico è ormai pacifica sia nei paesi che ammettono la trascrizione che in quelli che invece ancora la negano – tra cui l'Italia<sup>62</sup> – in ambito di maternità surrogata all'estero, come si vedrà più avanti, la progressiva erosione del ruolo dell'ordine pubblico è stata invece particolarmente lenta e discontinua.

Nel contesto italiano, il primo caso in cui la giurisprudenza si è mostrata favorevole alla trascrizione dell'atto di nascita straniero con indica-

<sup>62</sup> J. Long e M. Naldini, «Turismo» matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, in «Genius», 2015, n. 2, p. 165.

zione di due madri è quello a cui ha fatto seguito il decreto emesso dalla Corte d'Appello di Torino, in data 29 ottobre 2014. Benché qualche mese prima (30 luglio 2014), il Tribunale per i Minorenni di Roma avesse consentito – con una sentenza altrettanto innovativa – a una co-madre di adottare il figlio della compagna, la pronuncia della Corte d'Appello torinese è di rilevanza storica in quanto dispone il riconoscimento della doppia maternità dalla nascita<sup>63</sup>. Fino a quel momento, infatti, l'unica forma di riconoscimento di relazioni familiari sorte in nuclei omogenitoriali a seguito di PMA eterologa realizzata all'estero era la cosiddetta *step-child adoption*.

Al centro della vicenda, un bambino nato da PMA eterologa all'interno di una coppia omosessuale composta da due donne, residenti in Spagna, dove si erano sposate e poi consensualmente divorziate<sup>64</sup>. Si tratta, tuttavia, di un caso di PMA eterologa atipico poiché entrambe le donne avevano apportato il loro contributo alla nascita del bambino: la prima (spagnola) portando a termine la gravidanza e partorendo; la seconda (italiana), invece, fornendo gli ovociti poi fecondati con lo sperma del donatore. Alla nascita del bambino, le due donne venivano registrate come madri in Spagna. L'ufficiale di Stato civile di Torino, tuttavia, a seguito di trasmissione ad opera del Consolato Generale d'Italia a Barcellona, respingeva la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita recante l'indicazione di due madri in quanto contrario all'ordine pubblico italiano.

A sostegno di questo diniego, il Tribunale di Torino aveva precisato che il riconoscimento del rapporto familiare formato all'estero fosse impedito, in particolare, dal principio fondamentale dell'ordinamento italiano secondo il quale è madre soltanto colei che partorisce, con la conseguenza di non poter attribuire il medesimo status anche alla consorte. Vista l'impossibilità di attribuire efficacia giuridica all'atto straniero e quindi l'inesistenza – per l'ordinamento italiano – del rapporto di filiazione tra il bambino e la sua madre genetica, a giudizio del Tribunale, al minore non poteva neppure essere concessa la nazionalità italiana.

Sulla vicenda, si è poi pronunciata la Corte d'Appello di Torino che – riformando la decisione di primo grado – ha riconosciuto – per la prima volta nel nostro paese – efficacia giuridica all'atto di nascita straniero recante l'indicazione di due madri in quanto funzionale a salvaguardare l'interesse superiore del minore a mantenere uno stabile rapporto con entrambe le donne<sup>65</sup>. Nel loro ragionamento, i giudici di appello hanno capovolto l'ar-

<sup>63</sup> M. Gattuso, *Minore nato da due donne in Spagna: l'atto di nascita può essere trascritto in Italia*, in «Articolo 29», 7 gennaio 2015, <http://www.articolo29.it/2015/minore-nato-donne-in-spagna-latto-nascita-puo-essere-trascritto-in-italia/>.

<sup>64</sup> Come osservato da di Napoli, dunque, questo caso non costituisce un esempio del cosiddetto turismo procreativo in quanto le ricorrenti, al momento della fecondazione eterologa, erano residenti in Spagna. Vedi E. di Napoli, *La Corte d'appello di Torino di fronte alla fecondazione assistita eterologa all'estero*, in «Genius», 2015, n. 1, p. 259.

<sup>65</sup> Il testo del decreto è disponibile online: <http://www.articolo29.it/corte-dappello-torino->



gomento dell'ordine pubblico: esso non solo non ostacola la trascrizione, ma impone di «garantire la copertura giuridica a una situazione di fatto in essere da anni, nell'esclusivo interesse del bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri»<sup>66</sup>. Ciò che rileva ai fini della valutazione dei *best interests* del minore, ha precisato la Corte, è infatti la relazione verticale che si è instaurata tra la cosiddetta madre sociale e il figlio, la quale deve essere tenuta distinta dal rapporto orizzontale tra le due donne<sup>67</sup>.

Richiamando i precedenti della Corte europea dei diritti umani – in particolare, *Menesson c. Francia*, *Labassee c. Francia* e *X e altri c. Austria* – la Corte d'Appello ha inoltre evidenziato che la mancata trascrizione dell'atto di nascita spagnolo darebbe luogo a un grave pregiudizio per il minore in quanto comprimerebbe il suo diritto all'identità personale e comporterebbe l'attribuzione di uno status giuridico claudicante: sul territorio italiano, il minore non avrebbe infatti alcuna relazione giuridicamente rilevante né con la sua co-madre né con i parenti della stessa e, quindi, nessun esercente la responsabilità genitoriale<sup>68</sup>. Gli svantaggi a carico del minore sarebbero ancora più evidenti – a parere dei giudici – atteso che le due madri si erano nel frattempo divorziate: al mancato riconoscimento del rapporto tra il bambino e la co-madre conseguirebbe, infatti, l'impossibilità di attuare il regime di affidamento condiviso stabilito dal tribunale straniero che era intervenuto sulla fine del vincolo di coniugio esistente tra le due madri legali e, quindi, la difficoltà per il minore di conservare un rapporto affettivo con la madre non biologica<sup>69</sup>.

Questo caso è infine giunto in Cassazione, la quale – rigettando i ricorsi proposti dal procuratore generale della Repubblica e dal Ministero degli Interni avverso il decreto della Corte d'Appello – ha confermato la soluzione delineata dai giudici di secondo grado non rinvenendo ragioni ostative alla trascrivibilità dell'atto di nascita<sup>70</sup>. Con la sentenza n. 19599 del 30 settem-

sezione-famiglia-decreto-29-ottobre-2014/. Oltre ai contributi già citati, a commento della decisione della Corte d'Appello, si veda G.N. La Diega, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio dei coniugi «same sex». Filiazione omogenitoriale, ordine pubblico internazionale e interesse del minore nella recente giurisprudenza torinese*, in «Diritto Civile Contemporaneo», 2, 2015 (gennaio-marzo), n. 1, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/01/la-trascrizione-del-certificato-di-nascita-del-figlio-di-coniugi-same-sex-filiazione-omogenitoriale-ordine-pubblico-internazionale-e-interesse-del-minore-nella-recente-giurisprudenza-torine/>; S. Celentano, *La trascrizione in Italia dell'atto di nascita del figlio di coppia omosessuale*, in «Questione Giustizia», 23 gennaio 2015, [http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-trascrizione-in-italia-dell-atto-di-nascita-del-figlio-di-coppia-omosessuale\\_23-01-2015.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-trascrizione-in-italia-dell-atto-di-nascita-del-figlio-di-coppia-omosessuale_23-01-2015.php).

<sup>66</sup> Corte d'Appello di Torino, decreto del 29 ottobre 2015, p. 7.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 7-8.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>70</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016. Il testo è disponibile online: <http://www.articolo29.it/trascrizione-atto-di-nascitalegittimita/>.



bre 2016, i giudici di legittimità hanno enunciato una serie di principi di diritto che, in assenza di una disciplina normativa in materia, contribuiscono a chiarificare l'inquadramento dell'omogenitorialità nell'ordinamento italiano<sup>71</sup>. Questa pronuncia costituisce, in particolare, una tappa significativa della progressiva evoluzione della nozione di ordine pubblico e della graduale riduzione della sua portata ad opera della giurisprudenza. La Cassazione avanza, infatti, una concezione che, distanziandosi da quella tradizionale, di ispirazione statualista, dimostra il suo graduale abbandono di una funzione di tipo difensivo e una notevole apertura all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori esterni, esaltando la costellazione normativa integrata che discende dalle molteplici interazioni tra ordinamenti nazionali e livelli di tutela<sup>72</sup>.

Secondo la ricostruzione operata dalla Corte, l'ordine pubblico internazionale è da intendersi come «complesso dei principi caratterizzanti l'ordinamento in un determinato periodo storico, ma ispirati a esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria»<sup>73</sup>. Ne consegue quindi che nel giudizio di non contrarietà all'ordine pubblico, il giudice deve controllare non già se l'atto sia l'applicazione di una disciplina conforme o difforme rispetto a quella interna, ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali, sanciti nella Costituzione, nei Trattati fondativi e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti umani<sup>74</sup>.

In questa prospettiva interpretativa, quindi, il mero fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una certa fattispecie nel territorio italiano non comporta in sé l'incompatibilità dell'atto straniero<sup>75</sup>. Ai fini del suo riconoscimento, afferma la Corte, bisogna infatti avere riguardo al principio – cardine a livello nazionale e sovranazionale in materia di famiglia – del superiore interesse del minore che, nel caso di specie, consiste nel suo diritto alla conservazione e continuità del suo status di figlio nei confronti di entrambe le madri, status validamente acquisito all'estero<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> A. Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di Cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in «Articolo 29», 3 ottobre 2016, <http://www.articolo29.it/trascrizione-atto-di-nascitalegittimita/>.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016, § 7, p. 22.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pp. 26-27. Contro questa nozione «circoscritta» di ordine pubblico, si veda G. Luccioli, *Il caso del figlio nato da due madri. L'interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico*, in «giudicedonna.it», 2016, n. 4, p. 4, <http://www.giudicedonna.it/2016/numero-quat-tro/index.htm>. Secondo Luccioli, la verifica della compatibilità dell'atto straniero dovrebbe effettuarsi non solo con rispetto ai valori direttamente desumibili da norme costituzionali e sovranazionali inderogabili, potendosi ravvisare valori e principi essenziali non direttamente enunciati in Costituzione ma desumibili dal più ampio ambito costituzionale.

<sup>75</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016, § 7, pp. 23-24.

<sup>76</sup> *Ibidem*, §§ 8.2-8.3, pp. 30 ss. Luccioli considera la valutazione dell'interesse superiore

In un'ottica di bilanciamento, continua la Corte, i *best interests of the child* possono essere legittimamente sacrificati al solo scopo di salvaguardare quei valori e principi dell'ordinamento che, non potendo essere sovvertiti dal legislatore ordinario, assurgono al rango di ordine pubblico. Secondo questa interpretazione, afferma la Corte, né la legge n. 40/2004 né l'art. 269 del codice civile secondo cui è madre colei che partorisce possono quindi essere invocate per impedire la trascrizione dell'atto di nascita straniero, trattandosi di norme con cui il legislatore ha esercitato la propria discrezionalità in una materia che non impone scelte legislative costituzionalmente obbligate<sup>77</sup>.

Per quanto riguarda la legge n. 40/2004, l'aspetto che viene in rilievo non è il divieto di maternità surrogata. Infatti, diversamente da quanto sostenuto dai ricorrenti, la Corte insiste sul fatto che il percorso procreativo messo in atto si distinguerebbe dalla pratica della maternità surrogata poiché la gestazione non è stata portata a termine da una donna estranea alla coppia; mancherebbe quindi la cessione del nato ai committenti, elemento cruciale della maternità surrogata. A giudizio della Corte, il contributo biologico e genetico apportato dalle due donne rientra, invece, in un progetto di genitorialità condiviso e, conseguentemente, la fattispecie in esame sarebbe piuttosto assimilabile alla fecondazione eterologa<sup>78</sup>. Ciò che viene quindi in discussione, nel caso di specie, è il divieto – previsto dall'art. 5 della legge n. 40/2004 – di accedere alla PMA per le coppie composte da persone dello stesso sesso. In ogni caso, prosegue la Corte, questa disposizione e, più in generale, la disciplina in materia di PMA, essendo mera espressione di una delle possibili scelte del legislatore in materie rimesse al suo potere di regolazione, non sono idonee a ostacolare la trascrizione dell'atto straniero<sup>79</sup>.

Neppure quello espresso dal brocardo *mater semper certa est* (enunciato all'art. 269 c.c.), che nel caso di specie impedirebbe alla madre genetica di rivendicare il proprio status di madre, può essere assunto a principio di ordine pubblico. Si tratta, infatti, spiega la Corte, di una mera opzione che il legislatore ordinario potrebbe modificare per garantire un migliore adattamento normativo al contesto sociale attuale. Sebbene, infatti, la regola per cui madre è colei che partorisce «ha costituito per millenni un princi-

del minore operata dalla Corte opinabile in quanto ancorata al solo fatto giuridico dell'acquisizione di uno status e, quindi, totalmente slegata dall'esperienza di vita del minore interessato e dalla concretezza dei suoi rapporti affettivi; la stessa autrice la definisce quindi «frutto di un'ideologia». Si veda, Luccioli, *Il caso del figlio nato da due madri. L'interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico*, cit., p. 6.

<sup>77</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016, §§ 10.1 e 11.1.

<sup>78</sup> *Ibidem*, § 10.2, pp. 42-45. Operando questa distinzione, i giudici di legittimità evitano, quindi, di prendere posizione sulla vicina ma controversa problematica della riconoscibilità o meno dei rapporti di filiazione validamente formati all'estero tra il minore nato da maternità surrogata e i committenti, su cui si concentrerà invece la terza parte del presente volume.

<sup>79</sup> *Ibidem*, § 10.1, p. 41.

pio fondamentale idoneo a fotografare gli effetti, sul piano del diritto, della piena coincidenza in una sola donna di colei che partorisce e di colei che trasmette il patrimonio genetico», col passare del tempo, il progresso medico-scientifico ha permesso una scissione tra la figura della madre gestante e colei che fornisce i gameti, rendendo questa coincidenza non più indispensabile<sup>80</sup>.

A seguito di questi cambiamenti, continua la Corte, l'attribuzione della maternità avviene in un quadro più ampio, in cui rileva non solo la gestazione e il parto, ma anche la trasmissione del patrimonio genetico e, entro certi limiti, l'assunzione della responsabilità genitoriale specie quando, come nel caso in esame, ne consegue un nucleo familiare stabile<sup>81</sup>. Anche alla luce della più generale valorizzazione delle famiglie di fatto e delle relazioni affettive che prescindono da una qualificazione giuridica, quindi, la Corte conclude, senza alcuna esitazione, che le ricorrenti sono entrambe madri<sup>82</sup>.

Nel nostro ordinamento, aggiunge la Corte, non è neppure configurabile un divieto per le coppie omosessuali di accogliere e generare figli<sup>83</sup>. La presenza di due figure genitoriali dello stesso sesso – e, più in generale, la cornice giuridica del rapporto tra i genitori – non può, quindi, incidere in maniera negativa sullo status del nato o sulla sua condizione di vita<sup>84</sup>. Questa pronuncia ha dunque affermato che la clausola dell'ordine pubblico non possa essere validamente invocata per giustificare discriminazioni sulla base di caratteristiche personali e sociali. L'eventuale inidoneità ad assumere la responsabilità genitoriale e il conseguente pregiudizio che deriverebbe dall'inserimento di un minore in una famiglia omogenitoriale non può fondarsi su meri preconcetti, ma deve dimostrarsi in concreto<sup>85</sup>. Né tanto meno possono ricadere sul nato le ripercussioni di eventuali violazioni di divieti, ad esso non imputabili in quanto messe in atto da adulti che hanno fatto ricorso a tecniche procreative non consentite in Italia.

I giudici di legittimità hanno, quindi, ritenuto la domanda delle ricorrenti meritevole di accoglimento, ordinando la trascrizione dell'atto di nascita attestante il legame familiare del bambino con entrambe le madri. Il mancato riconoscimento di questo rapporto in Italia darebbe infatti origine a una situazione di incertezza giuridica che – come già evidenziato dalla Corte d'Appello, rifacendosi agli insegnamenti della Corte europea dei diritti umani – è destinata a condizionare in maniera negativa lo sviluppo dell'identità personale del minore coinvolto, di cui è espressione la discendenza

<sup>80</sup> *Ibidem*, § 11.1, p. 47.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 48-49.

<sup>82</sup> *Ibidem*, § 12.1, p. 55.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>84</sup> *Ibidem*, pp. 54-55.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 55.

genetica<sup>86</sup>. Considerato lo scioglimento della relazione tra le due madri, inoltre, opporsi alla trascrizione avrebbe comportato la lesione dell'interesse del minore ad avere due genitori, ponendosi così in contrasto con la regola prevista dall'art. 24, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in virtù del quale «il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo quando ciò sia contrario al suo interesse»<sup>87</sup>.

La Corte di Cassazione adotta quindi un approccio pragmatico mosso dall'intenzione di salvaguardare l'interesse del minore, nato nell'ambito di un progetto di genitorialità condiviso e consapevole, a continuare a vivere nel nucleo familiare composto da due madri, con cui ha instaurato legami affettivi<sup>88</sup>. Letta dal punto di vista del minore, questa decisione afferma quindi la sussistenza di un diritto fondamentale dei bambini arcobaleno a mantenere una relazione familiare legalmente riconosciuta con entrambe/i le/i madri/padri. La concezione di famiglia che emerge è quindi radicata nella situazione familiare concretamente vissuta dai soggetti coinvolti; una concezione che, non presupponendo necessariamente la discendenza genetica dei figli, valorizza gli affetti che si sviluppano all'interno del nucleo familiare, indipendentemente dalla modalità di procreazione impiegata. Piuttosto che su fattori di carattere biologico, quindi, la meritevolezza di riconoscimento e protezione del legame familiare riposa – nelle parole della Corte – sulla «fondamentale libertà delle persone di autodeterminarsi e formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie»<sup>89</sup>.

La stessa linea argomentativa ha caratterizzato anche il decreto emesso dal Tribunale di Napoli (11 novembre 2016), intervenuto a pochi mesi di distanza su una vicenda pressoché identica sul piano fattuale<sup>90</sup>. Il minore coinvolto nella vicenda partenopea, infatti, anziché essere geneticamente e/o biologicamente legato a entrambe le madri, era nato a seguito di una procedura di inseminazione artificiale, messa in atto utilizzando il seme di un donatore e gli ovuli della futura partorientente.

Oltre a ribadire l'accezione allargata di ordine pubblico articolata dalla Cassazione nella fondamentale pronuncia n. 19599 del 30 settembre 2016, la decisione del Tribunale di Napoli presenta un elemento di novità, di singolare interesse: nella valutazione di compatibilità dell'atto di nascita straniero recante l'indicazione di due madri, particolare rilievo è dato all'avvenuta introduzione con la legge n. 76/2016 dell'istituto dell'unione civile tra persone

<sup>86</sup> *Ibidem*, § 8.2, p. 32.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>88</sup> I. Rivera, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in «Genius», 2017, n. 1, p. 70.

<sup>89</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016, § 12.1, p. 56.

<sup>90</sup> Il testo del decreto è disponibile online: <http://www.articolo29.it/trascrizione-atto-nascitamerito/>.

dello stesso sesso. Il Tribunale afferma, in particolare, che «l'accertamento della genitorialità fondato su una materialità diversa da quella biologica ma ad essa riconducibile in forza del rapporto esistente tra due donne» è da ritenersi compatibile con l'ordine pubblico, soprattutto se si considera il fatto che anche nel nostro ordinamento è ora previsto un istituto – quello dell'unione civile – assimilabile a quello matrimoniale, con la conseguenza di «consentire, nell'interesse del figlio, che si veicoli dall'una all'altra donna, la capacità, già dimostrata nella convivenza di fatto, di svolgere il compito di madre, pur se priva della qualifica di partoriente»<sup>91</sup>.

La sussistenza di un legame stabile e giuridicamente riconosciuto tra le due donne (coniugate in Spagna) è, certamente, uno – ma non il solo – dei presupposti che ha condotto il Tribunale ad affermare la trascrivibilità dell'atto straniero. Un altro elemento su cui il giudice partenopeo ha posto l'enfasi è, infatti, l'esistenza di un progetto di genitorialità condiviso tra le due donne attestata, in particolar modo, dal consenso prestato dalla madre non biologica al ricorso alla PMA eterologa<sup>92</sup>. Il diniego di trascrivere l'atto di nascita comporterebbe infatti una turbativa dell'interesse del figlio – e anche della sua stessa personalità – soprattutto in presenza di un modello familiare realizzato attraverso la prolifica integrazione tra il dato fisico, costituito dal parto della madre genetica, e il dato spirituale, ovvero l'assunzione della responsabilità genitoriale da parte della co-madre, coniugata alla prima, che – in armonia con il sentire comune e con le direttive giuridiche espresse a livello sovranazionale – è meritevole di legittimazione, considerata anche l'assenza di un pericolo di una logica mercantile alla base dei legami stabiliti<sup>93</sup>. Sulla base di queste considerazioni, il Tribunale di Napoli ha quindi concluso che l'ordine pubblico non possa rappresentare un ostacolo alla trascrizione integrale dell'atto di nascita di un minore generato nell'ambito dell'unione affettiva di due persone dello stesso sesso che hanno consapevolmente scelto di condividere e attuare un progetto genitoriale<sup>94</sup>.

Sul medesimo tema, merita infine segnalare la pronuncia n. 14878 del 15 giugno 2017 degna di particolare rilievo in quanto costituisce la prima occasione in cui la Corte di Cassazione affronta la questione della compatibilità della legge sulle unioni civili (art. 20) con le regole in materia di filiazione<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> Tribunale di Napoli, decreto dell'11 novembre 2016, pp. 6-7.

<sup>92</sup> A. Schillaci, *Il Tribunale di Napoli ordina la trascrizione di un atto di nascita straniero con due madri*, in «Articolo 29», 7 dicembre 2016, <http://www.articolo29.it/2016/il-tribunale-di-napoli-ordina-la-trascrizione-di-un-atto-di-nascita-straniero-con-due-madri/>.

<sup>93</sup> Tribunale di Napoli, decreto dell'11 novembre 2016, p. 7.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>95</sup> Il testo della sentenza è disponibile online: <http://www.articolo29.it/2017/riconoscimento-dellatto-di-nascita-da-due-madri-in-difetto-di-legame-genetico-con-colei-che-non-ha-partorito-nota-a-cass-civ-sez-i-15-giugno-2017-n-14878/>. Nei suoi interventi precedenti, n. 19599 del 30 settembre 2016 e n. 12962 del 22 giugno 2016, la Corte aveva invece evitato di esprimersi sul punto, in quanto la legge n. 76/2016 non era applicabile *ratione temporis*.

A differenza dei casi precedenti, la coppia omogenitoriale ricorrente – composta da due donne, cittadine italiane, coniugate e residenti all'estero – domandava al Tribunale di Venezia la rettificazione o sostituzione dell'atto di nascita formato all'estero, originariamente trascritto solo come figlio della partoriente, con l'indicazione di due madri. A sostegno del proprio rifiuto, la Corte d'Appello – ribadendo quanto statuito dal giudice di primo grado – aveva rilevato che la trascrizione richiesta non costituisse una mera rettificazione ma attenesse necessariamente alla validità in Italia del matrimonio tra le due donne e fosse, dunque, contraria all'ordine pubblico italiano.

Il primo dei passaggi della motivazione verte, appunto, sul rapporto tra l'intervenuta introduzione della legge sulle unioni civili e la disciplina adottiva. Sul punto, la Corte di Cassazione accoglie l'opinione dottrinale (cui si è fatto riferimento sopra) per cui, da un'interpretazione sistematica del comma 20 della legge n. 76/2016, debba derivarsi, da un lato, l'impossibilità di disporre adozioni piene o adozioni in casi particolari *ex art. 44, lett. b)* (adozione del figlio del coniuge) e, dall'altro, la legittimità della via già praticata da alcuni giudici di merito e – di recente, avallata dalla stessa Corte con le sentenze n. 12962 del 22 giugno 2016 e n. 19599 del 30 settembre 2016 – di estendere l'applicazione della *lett. d)* dell'art. 44 ai casi di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo, che prescindono quindi dallo stato di abbandono del minore<sup>96</sup>.

Guidati dagli stessi principi di diritto enucleati nella sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016, i giudici di legittimità hanno quindi confermato la non contrarietà all'ordine pubblico – da leggersi in chiave internazionalistica – dell'indicazione di due madri sull'atto di nascita straniero: il fatto che il legislatore nazionale vieti o non contempli la fattispecie in esame – nello specifico, il ricorso alla PMA eterologa da parte di coppie omosessuali – non osta, infatti, alla rettificazione dell'atto di nascita del minore nei registri di stato civile italiano, dovendosi avere particolare riguardo al diritto del minore alla continuità dello *status filiationis*.

Come evidenziato dalla dottrina, questa pronuncia non si limiterebbe tuttavia a ribadire il (suo) «naturale precedente»<sup>97</sup>, apportando anche un *novum* che – secondo la lettura di Stefanelli – si sostanzia nell'applicazione della tutela *ex art. 9, comma 1*, della legge n. 40/2004 al bambino concepito mediante PMA eterologa in conformità alla legge del paese di nascita<sup>98</sup>. Questa disposizione – come rammentato dalla Corte di Cassazione – garan-

<sup>96</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 14878 del 15 giugno 2017, pp. 10-11.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>98</sup> S. Stefanelli, *Il riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito. Nota a Cass. Civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878*, in «Articolo 29», 10 luglio 2017, <http://www.articolo29.it/2017/riconoscimento-dellatto-di-nascita-da-due-madri-in-difetto-di-legame-genetico-con-colei-che-non-ha-partorito-nota-a-cass-civ-sez-i-15-giugno-2017-n-14878/>.



tiva, già in epoca antecedente la caduta del divieto di PMA eterologa dettata dalla sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale, la stabilità dello status di figlio nato nel matrimonio o fuori escludendo la possibilità di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nonché quella di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale da parte del coniuge o convivente che avesse prestato il proprio consenso alla procedura<sup>99</sup>.

Benché la legge n. 40/2004 preveda che i conviventi siano di sesso diverso e che si acceda alla PMA solo in caso di sterilità della coppia, la Cassazione ha affermato che l'art. 9 – pensato per porre rimedio al fenomeno del turismo procreativo – debba ritenersi applicabile anche alle coppie composte da persone dello stesso sesso che, per aggirare il divieto posto dall'art. 5 della stessa legge, si siano avvalse di tecniche eterologhe all'estero<sup>100</sup>. Alla luce della preminenza dei *best interests of the child*, a cui si accompagna il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale e quindi la necessità di tenere il piano della relazione verticale madre-figlio distinto da quello del rapporto di coppia tra i genitori, la Corte sostiene che lo status di figli riconosciuti dalla coppia spetti anche ai nati a seguito di PMA eterologa all'estero nell'ambito di un progetto omogenitoriale.

Con questo intervento, la Corte di Cassazione aggiunge quindi un altro mattone nella costruzione, per via giurisprudenziale, di un sistema che, accordando pieno riconoscimento ai legami familiari validamente formati all'estero, tutela i diritti fondamentali delle famiglie omogenitoriali – *in primis*, dei figli – riducendo quindi lo scarto esistente tra la vita di queste persone e la carente – o meglio, assente – risposta normativa<sup>101</sup>. Sebbene la normativa nazionale (legge su unioni civili) non faccia riferimento alla possibilità per le coppie omosessuali di avere figli, infatti, l'approccio pragmatico che sembra guidare i giudici di legittimità e di merito evidenzia e risponde all'esigenza di valorizzare la conservazione del progetto familiare perseguito e realizzato con consapevolezza e responsabilità, soprattutto allo scopo di proteggere il minore nel suo sviluppo psico-fisico e nelle relazioni affettive create e consolidate<sup>102</sup>. Le pronunce sopra analizzate prendono quindi le distanze dall'ormai superata ricostruzione che fa discendere la responsabilità genitoriale esclusivamente dalla verità biologica, mettendo in evidenza che lo *status filiationis* dipende invece anche da fattori sociali di responsabilità. Citando Ferrando, «all'unicità dello stato di figlio corrisponde (oramai, ag-

<sup>99</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 14878 del 15 giugno 2017, p. 22.

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 22-23.

<sup>101</sup> G. Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2017, n. 3, p. 365.

<sup>102</sup> Rivera, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, cit., p. 76.



giunto da me) una pluralità di titoli della filiazione: la generazione, l'adozione, l'assunzione di responsabilità verso il nato»<sup>103</sup>.

#### 4. *Il riconoscimento del provvedimento straniero di «step-child adoption»*

L'ultimo scenario che si è profilato dinnanzi alle corti italiane, a seguito del ricorso alla PMA eterologa all'estero da parte di una coppia lesbica, è quello in cui l'adozione del figlio del partner nell'ambito di una coppia omogenitoriale è stata disposta dall'autorità straniera. La problematica che si pone, in simili circostanze, è quindi se il provvedimento straniero possa essere trascritto e, questione ancora più controversa, con quali effetti nell'ordinamento italiano: in particolare, se l'adozione pronunciata dall'autorità straniera possa produrre l'effetto di adozione piena che produce nell'ordinamento di provenienza, anche in Italia, oppure se debba riconoscersi l'effetto più circoscritto che è tipico dell'adozione in casi particolari<sup>104</sup>.

Sebbene limitata, dalla giurisprudenza esistente, emerge un orientamento favorevole non soltanto a ritenere meritevole di accoglimento la domanda di trascrizione nei registri dello stato civile, ma anche a mantenere invariate le conseguenze giuridiche del provvedimento di adozione disposto dal giudice estero con l'intento di proteggere l'interesse del minore a conservare – anche sul piano della forma giuridica – lo stesso rapporto familiare validamente costituito all'estero con entrambe le madri<sup>105</sup>.

Emblematica di questo indirizzo è una recente sentenza della Corte d'Appello di Milano<sup>106</sup>. Il caso sottoposto all'attenzione del Collegio riguardava una coppia composta da due donne – cittadine italiane, ma residenti in Spagna – che, nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa, si erano avvalse dello sperma di un donatore per procreare una figlia geneticamente legata a una di esse. Alla nascita, la bambina – X – era stata riconosciuta dalla sola partoriente (nonché madre genetica). Questa realtà giuridica non rifletteva tuttavia la situazione familiare di fatto vissuta dai protagonisti della vicenda: X – che all'epoca dei fatti aveva dodici anni – era stata infatti cresciuta, mantenuta ed educata dalle due donne insieme, sin dalla sua nascita<sup>107</sup>. Le due donne si erano successivamente sposate e, su richiesta di entrambe, il giudice spagnolo aveva dichiarato l'adozione piena della minore a favore della madre sociale in quanto coniuge della madre biologica, attri-

<sup>103</sup> G. Ferrando, *Diritto di famiglia*, Bologna, Zanichelli, 2015, p. 260.

<sup>104</sup> Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, cit., p. 1716.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> Corte d'Appello di Milano, sentenza n. 2543, 16 ottobre 2015. Il testo è disponibile online: <http://www.articolo29.it/2015/la-corte-dappello-di-milano-dispone-la-trascrizione-di-una-adozione-piena-da-parte-della-mamma-sociale/>.

<sup>107</sup> *Ibidem*, § 16.

buendo alla bambina anche il doppio cognome. Qualche anno dopo, tuttavia, le due donne avevano divorziato e, su domanda congiunta delle (ex-) coniugi, la stessa autorità spagnola aveva disposto l'affidamento condiviso della figlia.

Al momento del suo trasferimento in Italia, la madre sociale si era quindi rivolta al Tribunale per i Minorenni di Milano al fine di ottenere il riconoscimento dell'ordinanza di adozione spagnola, con gli stessi effetti legittimanti prodotti nell'ordinamento straniero. Il giudice minorile, inquadrando la fattispecie in esame come adozione «nazionale» realizzata all'estero da parte di una cittadina italiana di una minore italiana figlia della coniuge, si era dichiarato non competente e aveva invitato la ricorrente a presentare domanda di trascrizione direttamente all'ufficiale di stato civile. Quest'ultimo aveva tuttavia rifiutato di procedere rilevando che l'adottante non risultava essere coniuge della madre biologica della minore in quanto, all'epoca dei fatti, i matrimoni tra persone dello stesso sesso non erano riconosciuti in Italia e che, pertanto, l'adozione disposta in Spagna non fosse riconducibile a nessuna delle ipotesi di adozione in casi particolari previste dall'art. 44 della legge n. 184/1983.

In pieno dibattito sul potenziale inserimento della *step-child adoption* nel testo della legge sulle unioni civili, la Corte d'Appello – pur confermando l'impossibilità di riconoscere il matrimonio celebrato tra le due donne in Spagna e, conseguentemente, il divorzio successivamente intervenuto – ha disposto la trascrizione dell'ordinanza di adozione spagnola. Anticipando l'iter argomentativo del Collegio milanese, mentre il matrimonio non può trascriversi in quanto contrario ai principi di ordine pubblico del nostro ordinamento, l'adozione si può trascrivere in quanto, in relazione a questa questione, l'esigenza di garantire il rispetto dell'ordine pubblico cede di fronte al superiore interesse del minore al riconoscimento dello *status filiationis* validamente costituito all'estero e al rapporto familiare sottostante consolidatosi nel tempo<sup>108</sup>. Questa pronuncia assume quindi rilevanza storica in quanto, attraverso la trascrizione, ha avuto ingresso, per la prima volta in Italia, un'adozione piena della minore da parte della madre sociale – e non soltanto un'adozione in casi particolari – cui fa seguito il conferimento in capo all'adottante di tutti i diritti e doveri che derivano dalla filiazione naturale.

Confermando l'inquadramento della fattispecie operato dal Tribunale per i Minorenni, i giudici di appello hanno innanzitutto scartato l'ipotesi

<sup>108</sup> C. Benanti, *L'adozione piena del figlio del partner dello stesso sesso, pronunciata all'estero, è efficace in Italia, nel superiore interesse del minore*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2016, n. 5, pp. 733-734. L'autrice ritiene che, in conseguenza dell'impossibilità di trascrivere il matrimonio tra le due madri, al caso di specie, non potesse applicarsi l'istituto dell'adozione legittimante che – ai sensi della legge n. 184/1983 – è riservata alle coppie coniugate.

che potesse trovare applicazione la normativa in tema di adozioni internazionali, in quanto la minore coinvolta non si trovava in stato di abbandono e la coppia genitoriale era residente all'estero<sup>109</sup>. Trattandosi piuttosto del riconoscimento di un'adozione straniera, ai sensi degli artt. 65 e 66 della legge 31 maggio 1995, n. 218 in materia di diritto internazionale privato, il Collegio – dopo aver constatato che l'ordinanza (emessa da un'autorità giudiziaria spagnola, su istanza di entrambe le donne, con l'accertato pieno consenso della madre biologica) avesse piena efficacia in Spagna, ha escluso che il provvedimento fosse contrario all'ordine pubblico sulla base delle seguenti considerazioni<sup>110</sup>.

Sebbene la legge n. 184/1983 (art. 6) riservi l'adozione ai coniugi uniti in matrimonio, la stessa legge – osserva innanzitutto la Corte – ammette anche delle eccezioni: l'art. 25, in particolare, prevede che, nell'esclusivo interesse del minore, l'adozione possa essere disposta nei confronti anche del solo coniuge che, nel corso di un affidamento preadottivo, ha deciso di terminare la sua relazione coniugale e di separarsi<sup>111</sup>. Con il medesimo intento, la Corte fa anche riferimento all'art. 44, lett. d) e alla lettura estensiva che ne ha dato la giurisprudenza – sia di merito che di legittimità – ammettendo, in una serie di pronunce recentissime (sopra analizzate), l'adozione in casi particolari da parte di una persona non coniugata del figlio della partner del medesimo sesso<sup>112</sup>. Non sembra dunque potersi affermare – conclude il Collegio – l'e-

<sup>109</sup> Questa questione è stata poi oggetto di una pronuncia della Corte cost. n. 76 del 7 aprile 2016 (ordinanza di rimessione del Tribunale per i Minorenni di Bologna, 10 novembre 2014). Nel caso di specie, si trattava di una coppia di donne (entrambe cittadine statunitensi, una anche italiana) regolarmente coniugate nello Stato di Washington che, prima di formalizzare la loro relazione, avevano fatto ricorso all'inseminazione artificiale per procreare due figli, geneticamente legati a ciascuna di esse. Subito dopo la nascita, adottavano ciascuna il figlio biologico dell'altra. Per motivi personali, la famiglia si era poi trasferita in Italia e la donna di nazionalità italiana si era rivolta al Tribunale per i Minorenni di Bologna per ottenere il riconoscimento del provvedimento di adozione statunitense – in termini più concreti, del suo ruolo genitoriale anche in Italia. Il giudice minorile aveva sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge n. 184/1983 (relativi all'efficacia dei provvedimenti di adozione di minori stranieri, pronunciati all'estero) nella parte in cui non consentirebbero al giudice di valutare nel caso concreto se il riconoscimento della filiazione formata all'estero corrisponda al *best interests of the child*. A nota dell'ordinanza del Tribunale per i Minorenni, si veda C. Ragni, *Il riconoscimento in Italia dell'adozione del figlio della partner del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane*, in «Genius», 2015, n. 2, pp. 226-239. La Corte costituzionale ha dichiarato la questione di legittimità costituzionale inammissibile in quanto il giudice rimettente aveva erroneamente considerato la decisione straniera come un'ipotesi di adozione internazionale, mentre si trattava del riconoscimento di una sentenza straniera. A nota della sentenza della Corte costituzionale, si veda L. Marzialetti, *Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di deliberazione*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2016, n. 9, pp. 1177 ss.

<sup>110</sup> Corte d'Appello di Milano, sentenza n. 2543, 16 ottobre 2015, § 19.

<sup>111</sup> *Ibidem*, § 23.

<sup>112</sup> *Ibidem*, § 24.

sistenza di un divieto assoluto di adozione di un minore, in stato di abbandono o non, da parte di una persona non coniugata<sup>113</sup>.

Rifacendosi agli insegnamenti della Corte di Cassazione e della Corte EDU, i giudici di appello ribadiscono inoltre che crescere in famiglie omogenitoriali, di per sé, non arreca alcun pregiudizio al minore<sup>114</sup>. Ogni situazione familiare deve quindi essere valutata singolarmente, tenendo conto del superiore interesse del minore e del suo diritto a convivere e intrattenere rapporti continuativi con tutte le figure genitoriali di riferimento che, a prescindere dal loro orientamento sessuale, si sono mostrate idonee a fornirgli le cure e l'affetto indispensabili per uno sviluppo sereno e armonioso<sup>115</sup>.

Alla luce di questo contesto normativo, così come delineato dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale, a giudizio della Corte d'Appello, non vi è alcun motivo per affermare la contrarietà all'ordine pubblico di un provvedimento straniero che ha instaurato un rapporto di adozione piena tra una persona non coniugata e il figlio riconosciuto dal partner dello stesso sesso, una volta stabilito in concreto che il riconoscimento dell'adozione straniera realizza l'interesse superiore del minore «al mantenimento della vita familiare costruita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni affettive ed educative che con loro si sono consolidate, in forza della protratta convivenza con ambedue e del provvedimento di adozione»<sup>116</sup>.

Considerate le circostanze del caso, l'adozione piena – aggiunge la Corte – appare la soluzione più idonea in quanto, instaurando un rapporto genitoriale del tutto identico a quello conseguente la filiazione naturale, conferisce alla minore una serie di diritti molto più estesa e vantaggiosa di quella garantita dall'adozione in casi particolari, anche (e, soprattutto) nei confronti della famiglia d'origine dell'adottante, con la quale X aveva instaurato e conservato rapporti affettivi significativi<sup>117</sup>. Per effetto del riconoscimento dell'adozione piena disposta dal giudice spagnolo, la posizione della bambina rispetto alla madre biologica e alla sua famiglia d'origine rimarrà invariata e, in aggiunta, X potrà beneficiare del sostegno materiale non solo della madre adottiva, ma anche dei parenti della stessa<sup>118</sup>. Oltre a disporre la trascrizione dell'ordinanza di adozione spagnola, la Corte d'Appello ammette anche il riconoscimento dell'accordo regolatore, sottoscritto dalle due madri e omologato dal giudice spagnolo, che prevede l'affido congiunto e il mantenimento di rapporti continuativi e significativi tra la minore e ciascun genitore<sup>119</sup>.

<sup>113</sup> *Ibidem*, § 25.

<sup>114</sup> *Ibidem*, §§ 26-27.

<sup>115</sup> *Ibidem*, § 27.

<sup>116</sup> *Ibidem*, § 28.

<sup>117</sup> *Ibidem*, § 30.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> *Ibidem*, § 32.

Con motivazioni pressoché analoghe, la Corte d'Appello di Napoli ha ammesso il riconoscimento dell'adozione piena di due figli nati in Francia, frutto del progetto genitoriale condiviso di una coppia franco-italiana, ivi poi unitasi in matrimonio e ivi residente prima del trasferimento dell'adottante in Italia<sup>120</sup>. Questa vicenda si distingue, tuttavia, dalla precedente in quanto la trascrizione concerne una fattispecie di adozione coparentale incrociata: entrambe le madri avevano infatti ottenuto l'adozione del figlio biologico della coniuge e desideravano che i rispettivi provvedimenti producessero efficacia anche nell'ordinamento italiano.

Le due madri si rivolgevano alla Corte d'Appello per sentir dichiarare l'illegittimità del rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile, essenzialmente fondato sull'improduttività di effetti del matrimonio tra i genitori – evento richiamato dalle sentenze di adozione. Particolarmente significativa è la precisazione che il Collegio fa, prima di entrare nel merito, circa l'area di intervento del giudice nazionale: atteso che la verifica della sussistenza dei presupposti dell'adozione – inclusa quindi la sua corrispondenza all'interesse superiore del minore – spetta esclusivamente all'autorità straniera, la sola responsabilità che grava sull'autorità che provvede alla trascrizione è quella di esaminarne gli effetti nell'ordinamento italiano alla luce del canone dell'ordine pubblico, con esclusione quindi di qualsiasi valutazione discrezionale<sup>121</sup>.

Dopo aver escluso la competenza del Tribunale per i Minorenni (per le stesse ragioni addotte dal Collegio milanese nel caso precedente), la Corte d'Appello di Napoli ha dichiarato il provvedimento francese di adozione coparentale legittimante compatibile con l'ordine pubblico internazionale che, «in un sistema plurale, di cui è partecipe il nostro ordinamento»<sup>122</sup>, è definito dalla «sinergia che proviene dall'interazione delle fonti sovranazionali con quelle nazionali»<sup>123</sup>. Alla luce del contesto normativo di riferimento, tra cui vengono in particolare rilievo norme di protezione dei diritti fondamentali e il principio dei *best interests of the child*, il giudice partenopeo si è quindi uniformato all'orientamento inaugurato dal Collegio milanese escludendo la contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento straniero di adozione co-parentale, atteso che il suo riconoscimento corrisponda, in concreto, all'interesse superiore del minore a mantenere i suoi rapporti affettivi con entrambe le madri, consolidatisi per effetto della protratta convivenza e dei provvedimenti di adozione.

Questa ordinanza e, ancor prima, l'intervento della Corte d'Appello di Milano aggiungono, quindi, un ulteriore tassello al complesso mosaico del

<sup>120</sup> Corte d'Appello di Napoli, ordinanza del 30 marzo 2016. Il testo del provvedimento è disponibile online: <http://www.articolo29.it/corte-dappello-di-napoli-sentenza-del-30-marzo-2016/>.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>123</sup> *Ibidem*.

riconoscimento e della protezione delle famiglie omogenitoriali che, a fronte del silenzio ostinato del nostro legislatore, si è finora composto per via giurisprudenziale. Oltre a confermare la compatibilità dell'adozione del figlio del partner dello stesso sesso con l'ordine pubblico internazionale, in armonia con l'orientamento inaugurato dal Tribunale per i Minorenni di Roma con la sentenza del 30 luglio 2014, i provvedimenti cui si è fatto riferimento sopra garantiscono – anche se per motivi connessi ai fatti di causa, più che alla volontà dei giudici stessi – un più denso strato di tutela alla vita familiare esistente tra la madre sociale e il figlio: l'adozione straniera del figlio del partner è infatti riconosciuta nella sua pienezza di effetti, come adozione legittimante, costituendo quindi un vincolo di parentela e non soltanto di filiazione, come quello che fa seguito all'adozione in casi particolari.

##### 5. Osservazioni conclusive: la tutela giurisdizionale sopperisce al silenzio del legislatore

Come anticipato, la legge n. 76/2016, nel prevedere un complesso di norme volte a regolare le unioni omoaffettive, non include disposizioni specifiche in materia di filiazione e adozione a eccezione del richiamo alla legge n. 184/1983 volto a escluderne l'applicabilità generale in contesti omogenitoriali. La filiazione si conferma quindi come uno degli aspetti in cui la disparità di trattamento tra coppie unite in matrimonio (e quindi eterosessuali) e coppie unite civilmente (e quindi omosessuali) persiste, almeno nel diritto scritto. Avendo lasciato la controversa questione della *step-child adoption* irrisolta sul piano legislativo e più in generale astenendosi dal regolare la materia dell'omogenitorialità predisponendo una disciplina *ad hoc*, il Parlamento ha delegato alle corti la responsabilità di valutare, caso per caso, la possibilità di attribuire rilevanza giuridica – ad esempio, mediante l'istituto dell'adozione in casi particolari – a legami familiari, già di fatto esistenti, tra il partner e il figlio dell'altro partner in coppie composte da persone dello stesso sesso.

A voler tracciare un bilancio, ciò che emerge dalle pronunce analizzate nei paragrafi precedenti è la volontà dei giudici di assumersi il ruolo di colmare la distanza tra le dinamiche familiari della società odierna, in particolare la formazione di nuclei composti da persone dello stesso sesso e il loro accesso all'esperienza della genitorialità nei fatti, e il dettato normativo che, pur offrendo preziosi spunti, in un certo senso, continua a ignorare queste nuove realtà relazionali e genitoriali. I provvedimenti analizzati nel presente capitolo costituiscono, infatti, prova inequivocabile dell'ampio sistema di protezione e riconoscimento che – seppur, a livello «meramente» giurisdizionale – il nostro ordinamento offre all'omogenitorialità, a fronte dei diversi percorsi di vita da cui essa può trarre origine.



Sono essenzialmente due le forze trainanti che hanno comportato la suddetta apertura. Innanzitutto, l'adozione di una definizione funzionale di famiglia che valorizza la sostanza, ossia i legami di fatto esistenti tra i componenti, più che la forma, ossia l'atto giuridico da cui hanno avuto origine o, più in generale, la circostanza che questi affetti abbiano preso forma in un contesto non conforme al paradigma eterosessuale. In secondo luogo, la preminenza dell'interesse superiore del minore, inteso come interesse a conservare il rapporto giuridico di filiazione validamente formato all'estero nonché la relazione affettiva con la persona che si è presa cura di lui, ha inciso sulla configurazione dell'ordine pubblico e, conseguentemente, sul peso che questa clausola assume ai fini della valutazione dell'istanza di riconoscimento compiuta dal giudice.

Per amor di completezza, è bene osservare che si inseriscono in questo quadro giurisprudenziale anche le pronunce scaturenti dal ricorso alla maternità surrogata all'estero – oggetto di analisi nella terza parte del volume – e il recente intervento del Tribunale per i Minorenni di Firenze in materia di riconoscimento di provvedimenti stranieri di adozione<sup>124</sup>. Dopo aver esteso l'applicabilità dell'art. 44, lett. d) alla fattispecie dell'adozione del figlio del partner in coppia omosessuale, e dopo aver riconosciuto efficacia all'atto di nascita estero recante l'indicazione di due madri e a provvedimenti stranieri di adozione coparentale nell'ambito di una coppia composta da due donne, i decreti fiorentini – pur non riguardando minori nati grazie a tecniche di PMA – hanno ulteriormente arricchito il panorama degli strumenti a tutela dell'omogenitorialità ordinando la trascrizione di due provvedimenti resi rispettivamente dalle autorità britanniche e statunitensi che avevano disposto l'adozione di due minori da parte di due coppie di uomini, aventi la cittadinanza italiana ma residenti da tempo nello Stato estero<sup>125</sup>.

Sebbene questo orientamento giurisprudenziale si sia finora mostrato il più idoneo a fornire una risposta giuridica alle sempre più frequenti richieste di riconoscimento avanzate da nuclei omogenitoriali, la preoccupazione che questo trend – benché largamente maggioritario (e avvallato dalla Corte di Cassazione) – non sia in grado di garantire un livello di tutela stabile ai soggetti interessati rimane<sup>126</sup>. Non può infatti negarsi che, almeno inizialmente, la delega che il nostro legislatore ha conferito alla giurisprudenza implica la possibilità che le corti di merito adottino posizioni divergenti,

<sup>124</sup> Tribunale per i Minorenni di Firenze, decreto del 7 marzo 2017 e decreto dell'8 marzo 2017. I testi dei provvedimenti sono disponibili online: <http://www.articolo29.it/trascrizione-atto-adozionemerito/>.

<sup>125</sup> Sulla portata di questi provvedimenti, si veda A. Schillaci, «Una vera e propria famiglia»: da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell'omogenitorialità, in «Articolo 29», 13 marzo 2017, <http://www.articolo29.it/2017/una-vera-e-propria-famiglia-da-firenze-un-nuovo-passo-avanti-per-il-riconoscimento-dellomogenitorialita/>.

<sup>126</sup> G. Galasso, *Unione omoaffettiva e adozione*, in «Genius», 2017, n. 1, p. 89.



persino a seguito dell'intervento della Corte di Cassazione<sup>127</sup>. Da qui, l'auspicio di un intervento legislativo espresso – o meglio, rinnovato – da alcuni autori che concepiscono l'introduzione di una disciplina legislativa *ad hoc* come l'unico mezzo in grado di realizzare un sistema normativo che affronta il tema dell'omogenitorialità in maniera coerente e sistematica, scongiurando così il pericolo di decisioni di segno opposto<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> Gattuso e Schillaci, *Il dialogo tra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, cit.

<sup>128</sup> Per un approfondimento sulle conseguenze giuridiche della natura compromissoria che caratterizza la legge n. 76 del 2016, si veda G. Buffone, M. Gattuso e M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, Milano, Giuffrè, 2017.



## Capitolo quinto

# Controversie tra i diversi partecipanti alla PMA eterologa

### 1. *Introduzione*

Il secondo scenario in cui lo *status filiationis* e, più in generale, i rapporti famigliari del bambino concepito mediante PMA eterologa non sono di immediata definizione è quello in cui sorge un conflitto tra i vari partecipanti alla procedura di PMA eterologa: da un lato, il donatore/la donatrice che, in seguito alla nascita del figlio generato utilizzando i suoi gameti, intende intensificare il suo coinvolgimento nella vita del bambino e/o formalizzarlo ottenendo – a seconda dei casi – lo status genitoriale, l'affidamento condiviso o, almeno, il riconoscimento di un diritto di visita; dall'altro, la madre del minore o la coppia di genitori intenzionali/sociali che, invece, si oppongono a qualsiasi forma di partecipazione da parte del donatore/donatrice, ribadendo che, come concordato prima che si procedesse all'inseminazione, il contributo della controparte si esauriva nella mera fornitura di materiale genetico e che, quindi, la genitorialità legale e, in termini concreti, la crescita e lo sviluppo del bambino fossero di sua/loro esclusiva competenza.

In assenza di una normativa predisposta alla risoluzione di simili divergenze, queste vicende impongono al giudice di riflettere non soltanto sull'opportunità o meno di considerare l'accordo concluso tra le parti suscettibile di esecuzione, ma anche sull'eventuale peso da attribuirsi al link genetico esistente tra il donatore/la donatrice e il bambino ai fini della definizione dei loro rapporti sul piano giuridico.

Per una trattazione più chiara, la casistica esistente è stata suddivisa in tre categorie: la prima riguarda lo scenario per così dire «classico» di donazione di sperma, in cui il donatore è un terzo estraneo. I casi esaminati nel paragrafo 2, tuttavia, hanno la particolarità di interessare donatori che, anziché essere anonimi, sono amici o conoscenti della coppia (lesbica) che intende soddisfare il proprio desiderio di genitorialità. Le tensioni analizzate nel paragrafo 3 sono sorte, invece, tra ex partner: si tratta quindi di progetti

di genitorialità condivisa realizzati con il contributo genetico e biologico di entrambe/i le/gli aspiranti madri/genitori che, in seguito alla fine della loro relazione, hanno visioni divergenti sul ruolo che il genitore genetico (non gestazionale) debba avere – o, meglio, mantenere – nella vita del figlio. La terza categoria (par. 4), infine, include controversie che hanno fatto seguito a procedure di auto-inseminazione, ovvero realizzate a domicilio senza alcun ausilio medico, frutto – a loro volta – di accordi informalmente raggiunti tra le parti.

A differenza del capitolo precedente che ha riguardato da vicino la giurisprudenza italiana, le decisioni che seguono provengono invece da giurisdizioni straniere, in particolare dall'Irlanda, Regno Unito, Stati Uniti, Canada e Australia. L'assenza – ad oggi a mia conoscenza – di controversie di questa tipologia nel panorama giurisprudenziale italiano pare potersi attribuire, almeno in parte, alla protratta proibizione nel nostro ordinamento del ricorso alla PMA eterologa (che, come anticipato, è venuta meno soltanto nel 2014) e, inoltre, ai stringenti requisiti soggettivi che caratterizzano (ancora) la disciplina attuale, escludendo – tra gli altri – le coppie composte da persone dello stesso sesso.

Anticipando i risultati dell'analisi che segue, la giurisprudenza si è generalmente contraddistinta per l'adozione di una logica inclusiva, piuttosto che selettiva, mostrandosi favorevole ad attribuire una qualche forma di riconoscimento al ruolo svolto da tutti i soggetti coinvolti nella procedura di PMA, inclusi i donatori. A fronte dell'interesse manifestato da questi ultimi di partecipare nella vita del figlio, spesso accompagnato da una *history of caregiving*, la tendenza giurisprudenziale è stata, quindi, quella di ammettere eccezioni alla regola – tipica delle legislazioni in materia di PMA eterologa – che esclude qualsiasi diritto e/o dovere in capo al/la donatore/trice, garantendo un riconoscimento giuridico al vincolo di filiazione genetica, diverso secondo i casi: dal massimo dell'affidamento condiviso al minimo della sola previsione di contatti indiretti.

Pur non costituendo il fattore determinante, sembrerebbe quindi che il dato genetico continui a esercitare una certa influenza – riconosciuta più o meno espressamente – nella scelta di offrire una configurazione giuridica al coinvolgimento del/la donatore/trice nella vita del bambino. La giustificazione invocata a sostegno di queste eccezioni coincide comunemente con l'esigenza di tutelare l'interesse superiore del minore direttamente coinvolto. Una lettura più attenta, tuttavia, porta alla luce iter decisionali che, anziché ispirarsi alla concretezza delle realtà familiari il cui riconoscimento è in gioco, riposano su alcuni presupposti tipici dello stesso paradigma della famiglia tradizionale da cui, per altri versi, si distanziano. Se da un lato la rottura rispetto al modello bi-parentale (che ne deriva) promuove una visione delle relazioni familiari al passo coi tempi, dall'altro lato, questa deviazione da quella che è considerata la norma, talvolta, non prende le mosse da una

concezione modernizzata o pluralista di genitorialità, ma mira essenzialmente ad assicurare una presenza paterna continua nella vita del minore<sup>1</sup>.

## 2. Donatore estraneo alla coppia

La convinzione che conoscere la verità circa la modalità del proprio concepimento e intrattenere rapporti con il proprio padre biologico giovi al benessere del bambino nato a seguito di inseminazione artificiale emerge in maniera particolarmente chiara e inequivocabile nelle pronunce che hanno fatto seguito a tensioni sorte con un donatore di seme estraneo alla coppia genitoriale. In alcuni di questi casi, sembra addirittura potersi individuare una vera e propria presunzione a favore del riconoscimento di un diritto di visita in capo al donatore, presunzione che trova il suo fondamento quindi nei *best interests of children* più che nei *best interests of the child*. A voler essere più chiari, molto spesso, infatti, non è la situazione del minore direttamente coinvolto a essere valutata in concreto. La determinazione del giudice tende, piuttosto, a essere guidata da una lettura essenzialista del principio dell'interesse superiore del minore, in virtù della quale si presume che sviluppare qualche forma di contatto con il donatore/padre genetico realizzi l'interesse di qualsiasi minore nato da PMA eterologa, a prescindere dalle specificità del caso.

Sembra muoversi in questa direzione la pronuncia resa dalla Corte Suprema irlandese nel caso *J McD c. PL and BM*<sup>2</sup>. In virtù di un accordo concluso con una coppia composta da due donne unite civilmente nel Regno Unito (B e C), A aveva donato il suo sperma affinché B e C potessero attuare il loro progetto genitoriale. Dalla procedura di inseminazione artificiale, era nato D. Il contratto – messo per iscritto – prevedeva che A non avrebbe assunto alcuna responsabilità genitoriale né economica nei confronti del bambino, al quale sarebbe stata tuttavia rivelata la paternità genetica. In seguito alla nascita, i rapporti tra le parti si erano deteriorati e A aveva espresso il desiderio di partecipare nella vita del figlio biologico in qualità di padre. A fronte dell'opposizione di B e C, iniziava una disputa giudiziaria, all'esito della quale A – pur vedendosi rigettata la sua richiesta di essere nominato *guardian* del minore – ha ottenuto il riconoscimento di un diritto di visita.

La decisione della Corte Suprema è, per le ragioni che seguono, espressione di un atteggiamento che – se a *prima facie* appare contraddit-

<sup>1</sup> F. Kelly, *Producing Paternity: The Role of Legal Fatherhood in Maintaining the Traditional Family*, in «Canadian Journal of Women and the Law», 21, 2009, n. 2, p. 349.

<sup>2</sup> *J McD c. PL and BM*, Supreme Court of Ireland, 12 ottobre 2009. Il testo della decisione è disponibile online: <http://www.courts.ie/Judgments.nsf/09859e7a3f34669680256ef3004a27de/f0accee6d7a4dc3780257688003f5272?OpenDocument>.

torio – può considerarsi «di compromesso» nel delicato e controverso terreno dell'omogenitorialità, dove forti resistenze di matrice culturale permangono: infatti, se da un lato, i giudici negano lo status di famiglia a un nucleo composto da due donne e il loro figlio generato mediante PMA eterologa, dall'altro lato, riconoscono la capacità di una coppia composta da due donne di offrire un ambiente familiare amorevole dove far crescere il proprio bambino<sup>3</sup>. L'elemento di questa pronuncia che, oltre a rappresentare la linea di demarcazione tra il giudizio della Corte Suprema e quello della High Court<sup>4</sup>, ha suscitato critiche da parte della dottrina concerne, appunto, la mancata qualificazione del nucleo composto da B, C e D come famiglia, ai sensi del diritto nazionale e della CEDU. A parere della Corte Suprema, il giudice di grado inferiore – affermando l'esistenza di una *de facto family life* tra le ricorrenti e il bambino – era andato oltre quella che, nel 2009, era l'interpretazione di vita familiare *ex art. 8 CEDU* fornita dalla Corte di Strasburgo: sarà infatti soltanto nel 2010, in occasione del ricorso *Schalk and Kopf c. Austria*, che la Corte europea dei diritti umani estenderà la protezione della vita familiare offerta dall'art. 8 alle coppie omosessuali conviventi<sup>5</sup>. Allo stesso scopo, i giudici della Corte Suprema hanno rifiutato l'affermazione secondo cui la Costituzione – rimanendo silente sul punto – permettesse a una coppia omosessuale di essere riconosciuta come famiglia nell'ordinamento irlandese<sup>6</sup>.

Nonostante l'*incipit*, questa pronuncia – da un punto di vista sostan-

<sup>3</sup> F. Ryan, *Are two Irish Mummies (Even) Better than One? Heteronormativity, Homosexuality and the 1937 Constitution*, in E. Carolan (a cura di), *The Constitution of Ireland: Perspectives and Prospects*, Dublin, Bloomsbury Professional, 2012, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2397730](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2397730).

<sup>4</sup> In prima istanza, infatti, la richiesta del donatore era stata respinta dalla High Court (2008). Il giudice Hedigan aveva fondato la sua decisione sulla perizia psichiatrica del minore, affermando che riconoscere il ruolo di *guardian* o attribuire il diritto di visita al donatore avrebbe comportato «the loss of a tranquil and calm upbringing of the child». Per una breve ricostruzione delle principali argomentazioni avanzate dal giudice di primo grado, si veda Ryan, *Are two Irish Mummies (Even) Better than One? Heteronormativity, Homosexuality and the 1937 Constitution*, cit., pp. 435-436.

<sup>5</sup> Sulla dimensione internazionale di questo caso, si veda M.L. Kane, *Lesbian Co-parenting and Assisted Reproduction: In an Age of Increasing Alternative Family Forms, Can Ireland Continue to Ignore the Need for Legislative Boundaries to be Placed on «Fertile» Ground?*, in «Trinity College Law Review», 13, 2010, pp. 18-23; M. Cahill, *McD c. L and the Incorporation of the European Court of Human Rights*, in «The Irish Jurist», 45, 2010, pp. 221-229.

<sup>6</sup> Su questo punto, è particolarmente rilevante l'opinione del giudice Murray: «[...] the mere fact that the law could be said to be silent as regards a specific situation does not necessarily mean that it is unaffected by the law or the Constitution. Silence of the law may speak volumes for the legal status to be accorded or not to be accorded to a particular subject matter or situation». Sulla relazione problematica tra il diritto di famiglia irlandese e la nozione di *de facto family life*, si veda C.O. Mahony, *Irreconcilable Differences? Article 8 ECHR and Irish Law on Non-traditional Families*, in «International Journal of Law, Policy and the Family», 26, 2012, n. 1, pp. 31-61.

ziale – non trascura le dinamiche relazioni e gli affetti che, in concreto, si erano nel frattempo sviluppati e consolidati tra la coppia di donne e il bambino. Judge Denham, in particolare, ha evidenziato che il contesto di cura e amore in cui il bambino era cresciuto costituisce un fattore a cui doveva attribuirsi un peso significativo nella valutazione del benessere del bambino: «[...] the circumstances of the case show that the respondents have lived together for years in a loving relationship and that they provide a settled and loving home for the child»<sup>7</sup>. Quindi, benché sul piano formale B, C e D non potessero considerarsi famiglia, la Corte Suprema ha – implicitamente o esplicitamente, a seconda del giudice – finito per tenere in considerazione e, in una certa misura, riconoscere la situazione fattuale in cui il bambino era stato accudito fino a quel momento.

Rovesciando la decisione della High Court – la quale aveva escluso qualsiasi partecipazione di A nella vita di D – la Corte Suprema ha quindi ritenuto la richiesta del donatore meritevole di parziale accoglimento, riconoscendogli un diritto di visita alla luce dei vantaggi che intrattenere contatti col padre biologico avrebbe apportato al bambino. Benché quindi la concretezza del nucleo familiare coinvolto sia stata oggetto di valutazione nel giudizio, l'esito della controversia aderisce a un modello familiare che è fortemente imperniato sul paradigma biologico<sup>8</sup>. A riprova di ciò, è sufficiente osservare la scarsa attenzione che la Corte presta alla posizione di C, partner della madre del bambino. Particolarmente eloquenti, su questo punto, sono le opinioni espresse da Judge Murray e Judge Fennelly, i quali rilevano che la co-madre non avesse alcuna relazione costituzionalmente o giuridicamente rilevante con il bambino di cui si prendeva cura, nonostante quest'ultimo fosse il risultato di un progetto di genitorialità condivisa della coppia<sup>9</sup>.

Inoltre, mentre in relazione al rapporto esistente tra le due donne e il bambino la valutazione del giudice si è fondata sull'apprezzamento delle circostanze del singolo caso concreto, non emerge alcuno sforzo di personalizzare la valutazione dei *best interests*, a giustificazione del conferimento di un diritto di visita in capo al donatore. L'affermazione che dal contatto col proprio padre biologico il bambino tragga benefici, infatti, non è supportata da chiari riferimenti alla natura e all'intensità del legame di fatto esistente tra A e D. Al contrario, sembra piuttosto riposare su considerazioni di natura generale e astratta che ne affermano la corrispondenza all'interesse del minore, *a priori*. Illustrativa della rilevanza attribuita all'esistenza di un link genetico tra il donatore e il bambino di per sé, è quanto statuito da Judge Fennelly:

<sup>7</sup> *J McD c. PL and BM*, cit., Opinion of Judge Denham, § 79.

<sup>8</sup> Ryan, *Are two Irish Mammies (Even) Better than One? Heteronormativity, Homosexuality and the 1937 Constitution*, cit., p. 441.

<sup>9</sup> *J McD c. PL and BM*, cit., Opinion of Judge Murray, under Adjudication on Claims under Article 8; Opinion of Judge Fennelly, § 115.



The blood link, as a matter of almost universal experience, exerts a powerful influence on people. The father, in the present case, stands as proof that participation in the limited role of sperm donor under the terms of a restrictive agreement does not prevent the development of unforeseen but powerful paternal instincts. [...] More importantly, from the point of view of the child, the psychiatrists were in agreement that a child should normally have knowledge, as part of the formation of his or her identity, of both parents, in the absence of compelling reasons to the contrary. There is natural human curiosity about parentage<sup>10</sup>.

L'operatività di una presunzione a favore del contatto tra il bambino nato da PMA eterologa e il donatore diventa ancora più visibile se si prende in considerazione una pronuncia resa dalla High Court inglese nell'ottobre 2015<sup>11</sup>. Il caso riguardava due coppie omosessuali, una maschile e una femminile, entrambe unite in *civil partnership*: le due donne desideravano diventare madri e, a tal proposito, si erano servite dello sperma di uno dei due uomini. Dalla procedura di PMA eterologa, erano nate due bambine, A e B che, all'epoca della disputa, avevano quattordici e dieci anni. Dopo anni di totale assenza, il padre biologico e il suo partner si erano rivolti al giudice al fine di ottenere il riconoscimento di un diritto di visita nei confronti di A e B.

Sebbene non soltanto la coppia ma anche le bambine si opponessero alla domanda del donatore affermando, tra le altre cose, che la controversia giudiziaria stesse rovinando la loro infanzia, il giudice ha stabilito che contatti indiretti (per iscritto) e limitati ad alcuni periodi dell'anno fossero conformi all'interesse superiore delle minori. Pur riconoscendo che le bambine fossero fino a quel momento cresciute serenamente, il giudice – assumendo un atteggiamento quasi paternalistico – ha così motivato l'accoglimento della richiesta della coppia maschile: «I remain clearly of the view that the fathers have something of real value and importance to add to the lives of the girls. [...] I continue to hope, though with increasing pessimism, that A and B will one day come to recognise this». Anche se non espressamente statuito, la decisione di formalizzare la posizione del donatore mediante il conferimento di un diritto di visita riflette la convinzione che, anche a fronte di una situazione in cui il bambino è amorevolmente accudito dalla madre e dalla sua compagna, la discendenza paterna non debba essere totalmente trascurata.

Merita, infine, soffermarsi sulla pronuncia *M.A.C. c. M.K.* resa dalla Court of Appeals dell'Ontario (Canada) nel 2009. In questo caso, la madre genetica del figlio concepito mediante inseminazione artificiale, la sua partner M.A.C. e M.K., il donatore, desideravano che il bambino fosse cresciuto da tre genitori e che il legame familiare tra il nato e i tre adulti figurasse anche sul certificato di nascita. A fronte dell'impossibilità di realiz-

<sup>10</sup> Opinion of Judge Fennelly, § 81.

<sup>11</sup> *Re A and B (Contact) (No 4)*, High Court, 14 ottobre 2015. Il testo della decisione è disponibile online: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed149316>.

zare il loro progetto multigenitoriale e delle conseguenti tensioni tra le parti, M.A.C. presentava domanda di adozione che, se accolta, avrebbe privato M.K. dello status di padre legale<sup>12</sup>.

Schierandosi a favore del donatore, la Corte ha messo in luce la rilevanza – difficilmente superabile – del dato genetico riferendosi all'adozione come «the statutory guillotine of the biological relationship»<sup>13</sup>. Considerato il ruolo giocato da M.K. nella vita del bambino e il piano originario di formare una famiglia composta da tre genitori, la Corte ha quindi scelto di soddisfare le aspettative genitoriali di M.K. negando qualsiasi riconoscimento al ruolo di *primary caretaker* di fatto svolto da M.A.C., alla quale restava comunque la possibilità di consolidare il proprio rapporto con il figlio chiedendone l'affidamento.

Per il semplice fatto che M.A.C. era geneticamente estranea al bambino, la Corte ha automaticamente qualificato la ricorrente come *step-parent*<sup>14</sup>, così indebolendo in maniera significativa la legittimità della sua richiesta per poi assegnare la priorità alla posizione di M.K., nonostante il suo ruolo di fatto secondario nella vita del bambino<sup>15</sup>. Decidere altrimenti – ha affermato la Corte – avrebbe infatti comportato il rischio di «severing the child's sense of her place in the world, her confidence in her experience of the world and her understanding of who her family is»<sup>16</sup>. Pur escludendo a chiare lettere una preferenza per il modello della famiglia nucleare<sup>17</sup> – disapprovando l'intenzione delle donne di escludere M.K. dalla vita del bambino in quanto incompatibile con l'interesse superiore di quest'ultimo – questa pronuncia

<sup>12</sup> Anche se non rilevante ai fini del presente paragrafo, merita citare un caso pressoché analogo, deciso dallo stesso giudice, in cui l'impossibilità di attuare il piano multigenitoriale, inizialmente perseguito dalle parti, non si è tuttavia tradotta in una controversia tra la coppia lesbica e il donatore. Nella vicenda *A.A. c. B.B. and C.C.* (2007), il giudice di primo grado, pur riconoscendo che attribuire lo status genitoriale a tutti e tre i genitori avrebbe realizzato l'interesse superiore del minore, si è poi sentito in dovere di rispettare il limite di due genitori (una madre e un padre), stabilito dalla legge. Al contrario, la Ontario Court of Appeals, dopo aver rilevato l'esigenza di aggiornare la disciplina in materia di filiazione, ha ritenuto opportuno fare ricorso alla giurisdizione *parens patriae* per colmare le lacune normative create dall'avvento della PMA, al fine ultimo di conferire lo status genitoriale ai tre adulti coinvolti. Per una ricostruzione dei passaggi principali delle decisioni di primo e secondo grado, si veda L. Harder e M. Thomarat, *Parentage Law in Canada: The Numbers Game of Standing and Status*, in «International Journal of Law, Policy and the Family», 26, 2012, n. 1, pp. 77-80. Per un'esauriente trattazione della giurisprudenza canadese in materia di nuove famiglie, si veda N. Bala e C. Ashbourne, *The Widening Concept of Parent in Canada: Step-Parents, Same-Sex Partners and Parents by ART*, in «Journal of Gender, Social Policy and the Law», 20, 2012, n. 3, pp. 525-560.

<sup>13</sup> *M.A.C. c. M.K.*, Ontario Court of Appeals, 2009, § 70.

<sup>14</sup> *Ibidem*, § 37.

<sup>15</sup> Harder e Thomarat, *Parentage Law in Canada: The Numbers Game of Standing and Status*, cit., p. 71.

<sup>16</sup> *M.A.C. c. M.K.*, cit., § 64.

<sup>17</sup> *Ibidem*, § 33.

costituisce un ulteriore esempio del ruolo decisivo che il dato genetico assume nella risoluzione di controversie sorte a seguito di PMA eterologa e, così facendo, aderisce a una visione eteronormativa della famiglia.

In conclusione, benché *prima facie* giustificata dall'esigenza di salvaguardare l'interesse superiore del minore a uno status certo e stabile pena le ripercussioni negative sullo sviluppo della sua identità personale, appare condivisibile l'opinione di coloro che, con atteggiamento assai critico, hanno interpretato la giurisprudenza analizzata in questo paragrafo come espressione della volontà dei giudici di garantire per quanto possibile la presenza continuativa della figura paterna nella vita del figlio, in armonia con l'ideale della famiglia eterosessuale bi-parentale<sup>18</sup>. Pur assumendo un atteggiamento (apparentemente) neutrale in relazione all'orientamento sessuale della coppia genitoriale e, talvolta, spingendosi addirittura a riconoscere la loro capacità di garantire al figlio una crescita serena e armoniosa, queste pronunce producono l'inevitabile conseguenza di lasciare le coppie composte da due donne in una situazione giuridica connotata da un alto grado di precarietà<sup>19</sup>.

### 3. *Controversia tra ex partner*

Nella giurisprudenza esistente, è inoltre possibile rintracciare una serie di vicende in cui il/la donatore/donatrice coinvolto/a nella controversia coincide con l'ex partner della madre legale del bambino. Si tratta per lo più di casi cosiddetti di *co-maternity*, ovvero di conflitti che fanno seguito a un iter procreativo analogo a quella che ha condotto alla già citata sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016 della nostra Corte di Cassazione, in cui – nell'ambito di una coppia omosessuale – entrambe le donne aspiranti madri hanno apportato il loro contributo – genetico o gestazionale – alla nascita del figlio, generato utilizzando il seme di un donatore. La tensione, in queste vicende, sorge quindi tra la madre legale – che è anche colei che ha partorito il figlio – e la sua ex compagna che, oltre ad aver fornito il proprio materiale genetico, in seguito alla nascita, ha assunto il ruolo di madre sociale e, pur separandosi dalla compagna, intende conservare e formalizzare il legame instauratosi con il bambino, contro la volontà della prima.

Rientra in questa categoria, ad esempio, il caso *DMT c. TMH*<sup>20</sup> su cui si è di recente pronunciata la Corte Suprema della Florida, ammettendo – per la prima volta – che un bambino possa avere due madri<sup>21</sup>. Il bambino era

<sup>18</sup> Kelly, *Producing Paternity: The Role of Legal Fatherhood in Maintaining the Traditional Family*, cit.

<sup>19</sup> Ryan, *Are two Irish Mammies (Even) Better than One? Heteronormativity, Homosexuality and the 1937 Constitution*, cit., p. 441.

<sup>20</sup> Supreme Court of Florida, 7 novembre 2013. Il testo della decisione è disponibile online: <http://www.floridasupremecourt.org/decisions/2013/sc12-261.pdf>.

<sup>21</sup> D. Tilley, *DMT c. TMH: Breaking Down Barriers to Same-Sex Parenthood*, in «JURIST

stato desiderato e accaduto da entrambe le donne fino al momento in cui queste ultime si erano separate e la madre legale, DMT, si era trasferita assieme al bambino in Australia. A fronte della richiesta di affidamento condiviso presentata da TMH – cui l'altra donna si opponeva in quanto desiderava rimanere la sola genitrice legale – il giudice di primo grado rilevava che, secondo una disposizione del *Florida Assisted Reproductive Technology Statute*, il/la donatore/trice era escluso/a dall'acquisizione di qualsiasi diritto genitoriale nei confronti del nato a eccezione del caso in cui questi coincidesse con un membro della coppia committente che si era sottoposta a una procedura eterologa al fine di realizzare un progetto genitoriale comune. Pur essendo di fatto una coppia committente, la richiesta di TMH non poteva essere accolta in quanto, continuava il giudice, per effetto della definizione giuridica di «coppia committente» – intesa come composta da un'aspirante madre e un aspirante padre – le unioni tra persone dello stesso sesso non rientravano nel regime eccezionale previsto dalla legge.

In sede di appello, la Corte Suprema – e ancor prima la Corte d'Appello – ha accolto la richiesta di TMH dichiarando l'incostituzionalità delle disposizioni del *Florida Assisted Reproductive Technology Statute* sopra riportate, in quanto lesive del principio di uguaglianza. In particolare, afferma la Corte Suprema, «the State would be hard pressed to find a reason why a child would not be better off having two loving parents in her life, regardless of whether those parents are of the same sex, than she would by having only one parent»<sup>22</sup>. Questa affermazione assume una rilevanza speciale, continua la Corte, se si considera la scelta del legislatore di non limitare la definizione di «coppia committente» a persone unite in matrimonio<sup>23</sup>. A fronte del medesimo scenario procreativo, ma nell'ambito di una coppia eterosessuale, la legge dispone infatti l'automatico riconoscimento della genitorialità in capo al padre committente, indipendentemente dalla natura della sua relazione con la madre, sia essa di coniugio o di convivenza. L'unica categoria a non beneficiare di questo trattamento è, pertanto, quella delle coppie composte da persone dello stesso sesso.

Pur concentrando il proprio intervento sulla questione di legittimità costituzionale e, conseguentemente, sui diritti di TMH, la Corte Suprema pone l'enfasi sull'esigenza di non perdere di vista la circostanza che al centro della vicenda vi è un minore, i cui *best interests* dettano la modalità e la misura in cui ciascun genitore parteciperà nella sua vita<sup>24</sup>. Atteso che la ri-

- Sidebar», 3 gennaio 2014, <http://jurist.org/sidebar/2014/01/daniel-tilley-florida-art.php>. Per una panoramica di altri casi di *co-maternity* decisi da corti statunitensi, si veda D. Nejaime, *Marriage Equality and the New Parenthood*, in «Harvard Law Review», 129, 2016, n. 5, pp. 1222-1229. In tutti questi casi, il giudice adito ha stabilito che entrambe le donne dovessero considerarsi madri del bambino.

<sup>22</sup> Supreme Court of Florida, cit., p. 39.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 5-6.

corrente – oltre a essere la madre intenzionale e avere effettivamente instaurato un legame affettivo col nato – è anche la madre genetica del bambino<sup>25</sup>, che non ci sono ragioni per dubitare della sua idoneità genitoriale<sup>26</sup>, e che una decisione *all-or-nothing* tra le due madri non è necessaria<sup>27</sup>, la Corte Suprema ha quindi concluso invitando la *trial court* a determinare, sulla base dell'interesse superiore del bambino, le modalità e i tempi di svolgimento del rapporto del figlio con entrambe le donne.

Di simile avviso si è mostrata la Corte d'Appello inglese che, nel marzo 2014, si è pronunciata sulla richiesta di affidamento condiviso presentata da A – madre genetica di due gemelli nati a seguito di inseminazione artificiale nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa con la sua ex compagna, R, madre gestazionale<sup>28</sup>. Nonostante il fatto che i gemelli avessero vissuto e fossero stati allevati da entrambe le donne fino all'età di quattro anni e mezzo, agli occhi della legge, solo R godeva dello status di madre. Nel caso di specie, non trovava infatti applicazione l'attuale disciplina (*Human Fertilisation and Embryology Act 2008*) – entrata in vigore soltanto dopo il concepimento dei gemelli – in virtù della quale, qualora una coppia composta da due donne (unita in *civil partnership* o meno) si sottoponga a PMA eterologa, la partner che ha acconsentito alla procedura acquisisce lo status genitoriale nei confronti del nato.

In questo caso, inoltre, R aveva iniziato una nuova relazione con C, alla quale era stata attribuita la responsabilità genitoriale nei confronti dei gemelli. Benché A continuasse a essere presente nella vita dei gemelli anche a seguito della fine della sua relazione con R, il giudice di primo grado aveva disposto l'affidamento esclusivo a favore della madre gestazionale, ritenendo che elevare lo status di A a quello di co-madre sarebbe stato inappropriato. La Corte d'Appello ha invece rilevato che, anche se la decisione relativa all'affidamento dipende esclusivamente dall'interesse del minore e, quindi, non può essere fondata sulla mera presenza di un legame biologico e/o sul fatto che il ricorrente avesse di fatto giocato un ruolo genitoriale nella vita dei gemelli, il giudice di primo grado non avesse preso in considerazione tutti i fattori rilevanti e che, soprattutto, non avesse attribuito la meritata importanza alla circostanza che la ricorrente fosse anche la madre genetica dei gemelli<sup>29</sup>. Pur rimettendo la decisione al giudice di primo grado, la

<sup>25</sup> Per una lettura critica della decisione – in particolare, sulle potenziali ricadute negative dell'attribuzione di un peso decisivo alla presenza di un link genetico accompagnato dall'intenzione di fare da madre – si veda S.M. Johns, *Constitutional Law: Biological Relationships and Intent c. Waiver in Establishing Protected Parental Rights*, in «University of Florida Journal of Law and Public Policy», 26, 2015, pp. 91-98.

<sup>26</sup> Supreme Court of Florida, cit., pp. 46-47.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>28</sup> *Re G (Children)*, Court of Appeal, 25 marzo 2014. Il testo della decisione è disponibile online: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed128566>.

<sup>29</sup> *Ibidem*, §§ 52-57.

Corte d'Appello non ha potuto fare a meno di evidenziare la necessità di riflettere sulla compatibilità con l'interesse superiore del minore di una situazione familiare in cui, nella vita dei gemelli, esiste una madre non genetica con responsabilità genitoriale e una madre genetica senza<sup>30</sup>.

Questa tipologia di controversia può sorgere anche nell'ambito di coppie eterosessuali. Il caso australiano *Groth and Banks* ne costituisce un esempio<sup>31</sup>. Al centro della vicenda, un bambino nato da PMA eterologa utilizzando lo sperma di Mr Groth, ex partner della madre biologica, Ms Banks. I due genitori si erano separati nel 2002, ma erano rimasti in rapporti amichevoli. Nel 2007, a fronte di una diagnosi di cancro ai testicoli, Mr Groth decideva di congelare il proprio sperma prima di sottoporsi a chemioterapia, al fine di avere un figlio con la sua ex, in qualità di amici. Il bambino viene concepito mediante FIVET; il padre è presente alla nascita e ha contatti regolari col bambino fino a quando la sua amicizia con la madre si spezza e quest'ultima sparisce. Il padre cerca, allora, di formalizzare la sua relazione con il bambino chiedendone l'affidamento condiviso e, in via subordinata, il riconoscimento di un diritto di visita. La madre si oppone sostenendo che l'accordo concluso con Mr Groth prevedesse che lei sarebbe stata l'unico genitore del bambino e che l'uomo avrebbe giocato un ruolo marginale, simile a quello di uno zio, nella vita del minore.

La Family Court australiana investita del caso ha accolto la richiesta del padre genetico rilevando che disporre l'affidamento condiviso fosse nell'interesse superiore del minore, che è «the paramount consideration»<sup>32</sup>. A giudizio della Corte, «it is the child's right to have the benefit of both of his parents having a meaningful involvement in his life, subject to that being in his best interests»<sup>33</sup> e, pertanto, il giudice deve trattenersi dal privare il padre della responsabilità genitoriale a fronte di un «semplice» problema di comunicazione con la madre<sup>34</sup>. Sulla base della perizia psicologica, inoltre, Mr Groth non rappresentava una figura adulta qualsiasi nella vita del bambino; quest'ultimo aveva, infatti, stretto con il padre una relazione affettiva che, anche se non solida come quella instaurata con la madre, mostrava «early signs of attachment behaviour»<sup>35</sup>. Non c'era pertanto motivo di respingere la presunzione di responsabilità genitoriale in capo a entrambi i genitori genetici e, in particolare, di escludere il padre dall'esercizio del proprio ruolo educativo, di cura e di istruzione verso il figlio, essendo chiaro che il mantenimento di rapporti significativi con entrambe le figure geni-

<sup>30</sup> *Ibidem*, § 53.

<sup>31</sup> Family Court of Australia, 11 giugno 2013. Il testo della decisione è disponibile online: <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/FamCA/2013/430.html>.

<sup>32</sup> *Ibidem*, § 140.

<sup>33</sup> *Ibidem*, § 49.

<sup>34</sup> *Ibidem*, § 179.

<sup>35</sup> *Ibidem*, § 151.



toriali avrebbe necessariamente portato benefici al minore<sup>36</sup>. Il bambino quindi, stabilisce il giudice, può continuare a vivere con la madre, mantenendo tuttavia contatti frequenti e regolari con il padre, il quale – in quanto titolare della responsabilità genitoriale – partecipa attivamente alle scelte che riguardano il minore.

Alla luce di queste decisioni, pertanto, le chance che i/le donatori/trici hanno di ottenere l'affidamento condiviso del figlio biologico si riducono a quei casi in cui si registra una confluenza di fattori – tra cui emerge in particolare, la presenza di una *history of caregiving* – che, aggiungendosi al dato genetico, dimostrano l'appropriatezza di concedere il riconoscimento richiesto. Pur non attribuendo un peso decisivo – ma piuttosto suppletivo o integrativo – alla mera esistenza di un link genetico, a parere di alcuni, questo approccio mantiene risvolti potenzialmente problematici<sup>37</sup>. Il giudice può, infatti, rinvenire la presenza di un legame affettivo tra il/la donatore/trice e il bambino che di per sé sarebbe insufficiente ma che, proprio in virtù dell'ulteriore dato genetico, finisce per legittimare il conferimento di diritti in capo al ricorrente. Le ricadute negative di tale atteggiamento giurisprudenziale, inoltre, andrebbero ben oltre i singoli casi esaminati, risolvendosi in un incentivo a ostacolare la formazione di relazioni che sono benefiche per il benessere del bambino da parte di coloro che, per procreare, si avvalgono dell'apporto di donatori<sup>38</sup>.

#### 4. *Auto-inseminazione*

Non è raro, infine, che sorgano fraintendimenti circa il ruolo dei vari protagonisti nella vita del nato a seguito di pratiche di auto-inseminazione, ovvero di situazioni in cui, in esecuzione di accordi conclusi informalmente tra le parti, la fecondazione con seme di donatore ha avuto luogo a domicilio – e non in una clinica specializzata – senza l'ausilio medico. Nella maggior parte dei casi, sono coppie composte da due donne che scelgono di intraprendere questo tipo di iter procreativo. La cosiddetta fecondazione eterologa *fai-da-te* ha, infatti, per lungo tempo rappresentato l'unica via mediante la quale questa categoria di soggetti potesse soddisfare il proprio desiderio genitoriale prima che i servizi offerti dalle cliniche divenissero accessibili anche alle unioni omosessuali.

Anche laddove l'accesso non costituisce più un ostacolo, un numero di coppie lesbiche continua a preferire la PMA *fai-da-te* per i vantaggi che essa offre: tra questi, la possibilità per le aspiranti madri di gestire in totale au-

<sup>36</sup> *Ibidem*, § 155.

<sup>37</sup> R. Brandt, *Genetic Ties, Social Ties and Parental Responsibility*, in «BioNews», 819, 14 settembre 2015, [http://www.bionews.org.uk/page\\_565696.asp](http://www.bionews.org.uk/page_565696.asp).

<sup>38</sup> *Ibidem*.



tonomia, senza l'interferenza statale, la loro fertilità, di effettuare la procedura in un ambiente familiare evitando così di esporsi all'ambiente medico considerato tendenzialmente omofobico, la possibilità di servirsi del seme di un conoscente o amico che – per mancanza dei requisiti stabiliti dalla legge – non potrebbe donare presso cliniche e, ancora, il fatto che sia una procedura totalmente gratuita<sup>39</sup>.

Sebbene in alcuni contesti esistano dubbi sulla sua liceità<sup>40</sup>, nei fatti, l'auto-inseminazione continua a essere praticata e, quindi, a produrre effetti che rilevano anche sul piano del diritto. Proprio a causa della sua incerta qualificazione giuridica, tuttavia, le conseguenze che discendono da questo tipo di inseminazione sono spesso oggetto di controversia tra le parti, soprattutto quando una di esse cambia idea e decide, quindi, di non attenersi a quanto concordato informalmente prima del concepimento. Uno scenario di conflitto piuttosto ricorrente, in cui il giudice è stato chiamato a fare chiarezza sullo *status filiationis* del nato e, più in generale, sui suoi rapporti famigliari, vede – da un lato – il donatore che intende formalizzare la sua presenza nella vita del figlio biologico e – dall'altra – la coppia genitoriale committente/sociale che desidera, invece, proteggere l'integrità del proprio nucleo familiare respingendo quindi ogni tentativo di intrusione da parte del donatore<sup>41</sup>.

In mancanza di una disciplina che preveda e regoli espressamente l'auto-

<sup>39</sup> F. Kelly, *An Alternative Conception: The Legality of Home Insemination under Canada's Assisted Human Reproduction Act*, in «Canadian Journal of Family Law», 2010, n. 1, p. 150.

<sup>40</sup> In Canada, per esempio, l'*Assisted Human Reproduction Act* non contiene alcuna disposizione che disciplini esplicitamente l'auto-inseminazione a domicilio. Tuttavia, la sezione 10(3) della stessa legge proibisce una serie di attività, tra le quali – secondo una certa interpretazione – rientrerebbe anche questa pratica. Questa disposizione, infatti, proibisce – tra le altre cose – «ottenere», «conservare» e «trasferire» gameti umani senza una licenza. Sul punto, si veda Kelly, *An Alternative Conception: The Legality of Home Insemination under Canada's Assisted Human Reproduction Act*, cit., p. 151.

<sup>41</sup> Non deve però escludersi la possibilità che si verifichi lo scenario opposto: ovvero, che il donatore sia chiamato a «giocare un ruolo» nella vita del figlio, provvedendo al mantenimento del figlio biologico, pur non nutrendo alcun interesse nei confronti di quest'ultimo. Si veda, ad esempio, il caso di William Marotta, inizialmente ritenuto padre legale della bambina nata a seguito di donazione di sperma e quindi responsabile per il mantenimento della stessa (23 gennaio 2014). Questa decisione è stata poi rovesciata in sede di appello (dicembre 2016): la Shawnee County District Court ha infatti escluso qualsiasi responsabilità in capo a Marotta, attribuendo lo status di secondo genitore legale alla partner della madre biologica. Per un breve resoconto di questo caso, si veda N. Hyder, *Craiglist Sperm Donor is Legal Father, US Court Rules*, in «BioNews», 739, 27 gennaio 2014, [http://www.bionews.org.uk/page\\_390812.asp](http://www.bionews.org.uk/page_390812.asp); A. Blackburn-Starza, *Craiglist Sperm Donor not Legally Child's Father*, in «BioNews», 880, 2 dicembre 2016, [http://www.bionews.org.uk/page\\_748200.asp](http://www.bionews.org.uk/page_748200.asp). Per altre due vicende analoghe, ma provenienti dal Regno Unito, si veda M. Roberts, *UK Sperm Donor Fights Child Support Demands*, in «BioNews», 437, 10 dicembre 2007, [http://www.bionews.org.uk/page\\_13251.asp](http://www.bionews.org.uk/page_13251.asp); J. Jebelli, *Private Sperm Donor Ordered to Pay Child Support*, in «BioNews», 680, 5 novembre 2012, [http://www.bionews.org.uk/page\\_204629.asp](http://www.bionews.org.uk/page_204629.asp).

inseminazione, sorge il dubbio se possa ritenersi applicabile la disciplina in materia di PMA, nella parte in cui esclude la formazione di una relazione giuridica tra il nato e il donatore, a cui pertanto non possono essere attribuiti né diritti né doveri nei confronti del figlio biologico (*non-paternity rule*). Per stabilire se la domanda del donatore possa trovare accoglimento, il punto da chiarire è quindi se la modalità e il contesto in cui avviene l'inseminazione abbiano un'influenza sulle regole attributive degli status che determinano la risoluzione del caso concreto e, più in generale, sulla gestione dei rapporti donatore-figlio.

In due casi statunitensi, il giudice ha stabilito che il donatore di sperma fosse il padre legale del nato proprio in conseguenza della natura *fai-da-te* della pratica di inseminazione specificando che, in base al dettato normativo, l'applicabilità della *non-paternity rule* – invocata dalle coppie committeenti – fosse riservata ai casi in cui il materiale genetico utilizzato per la procedura fosse stato fornito a un medico autorizzato – in California<sup>42</sup> – e alle situazioni in cui l'inseminazione fosse stata realizzata grazie all'impiego di una tecnologia medica, in Virginia<sup>43</sup>. In entrambe le vicende, quindi, non poteva escludersi la formazione di una relazione giuridica tra il donatore e il nato da PMA eterologa in quanto, nel caso *Jhordan C. c. Mary K*, la procedura non aveva coinvolto alcun medico, mentre nel caso *Bruce c. Boardwine* la donna si era iniettata il seme del donatore utilizzando una siringa da cucina<sup>44</sup>.

Analizzando più nel dettaglio il caso californiano, Mary – sulla base di un accordo informale raggiunto con Jhordan – si era auto-inseminata utilizzando lo sperma dell'amico e aveva dato alla luce Devin, frutto di un

<sup>42</sup> Court of Appeal of California, 28 marzo 1986. Il testo della decisione è disponibile online: <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/179/386.html>. La disposizione che rileva è l'art. 7005, lett. *d*) del codice civile californiano: «A donor of semen provided to a licensed physician for use in artificial insemination of a woman other than the donor's wife is treated in law as if he were not the natural father of a child thereby conceived».

<sup>43</sup> Court of Appeals of Virginia, 21 aprile 2015. Il testo della decisione è disponibile online: <http://caselaw.findlaw.com/va-court-of-appeals/1698099.html>. Come si evince dal testo della decisione (p. 5), la disciplina in materia di PMA della Virginia definisce «assisted reproduction» nei seguenti termini: «a pregnancy resulting from any intervening medical technology, whether in vivo or in vitro, which completely or partially replaces sexual intercourse as the means of conception. Such intervening medical technology includes, but is not limited to, conventional medical and surgical treatment as well as noncoital reproductive technology such as artificial insemination by donor, cryopreservation of gametes and embryos, in vitro fertilization, uterine embryo lavage, embryo transfer, gamete intrafallopian tube transfer, and low tubal ovum transfer».

<sup>44</sup> Per una panoramica assai ricca delle problematiche inerenti la determinazione della filiazione che hanno fatto seguito, più in generale, all'impiego di sperma proveniente da un donatore amico o conoscente della coppia di aspiranti genitori, e su cui si sono pronunciate le corti statunitensi, si veda D. Forman, *Exploring the Boundaries of Families Created with Known Sperm Providers: Who's in and Who's out?*, in «University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change», 19, 2016, n. 1, pp. 41-105.

progetto di genitorialità condivisa con Victoria. Poco dopo la nascita, tra le parti era sorta una disputa in merito al ruolo, se alcuno, che Jhordan avrebbe giocato nella vita del bambino: Mary sosteneva di aver avvisato Jhordan di non volere un donatore desideroso di una partecipazione continuativa nella vita del figlio; Jhordan, al contrario, riteneva che fossero d'accordo sul fatto che il bambino avrebbe frequentato il padre genetico almeno 2-3 volte a settimana. A fronte di questa divergenza, Jhordan si era rivolto all'autorità giudiziaria al fine di ottenere il riconoscimento della propria paternità nei confronti di Devin.

Nel frattempo, il bambino era stato accudito da Mary e Victoria, la quale – oltre ad aver accompagnato la compagna alle visite di controllo durante la gravidanza e ad essere presente al parto – aveva di fatto assunto il ruolo di co-madre e, cosa ancora più importante, era riconosciuta in quanto tale dallo stesso Devin. In virtù del suo coinvolgimento, Victoria era diventata parte nel procedimento chiedendo l'affidamento condiviso di Devin. La Corte d'Appello – confermando la decisione della *trial court* – ha accolto la richiesta di Jhordan, escludendo tuttavia la sua partecipazione dalle decisioni riguardanti la vita del figlio, affermando che attribuire la genitorialità in capo al donatore fosse la conseguenza diretta della scelta di Mary e Victoria di non realizzare il concepimento mediante PMA e, quindi, di non avvalersi della *non-paternity rule*.

A scanso di equivoci, il giudice ha concluso precisando che «our opinion in this case is not intended to express any judicial preference towards traditional notions of family structure or toward providing a father where a single woman has chosen to bear a child»<sup>45</sup>. Anziché fondarsi su giudizi valoriali inerenti la desiderabilità di un modello familiare piuttosto che un altro, materia la cui regolamentazione peraltro – afferma lo stesso giudice – spetta al Parlamento e non al potere giudiziario<sup>46</sup>, l'attribuzione dello status genitoriale in capo al donatore e il riconoscimento di un mero diritto di visita a favore della co-madre discenderebbero quindi da un'interpretazione letterale della *non-paternity rule* cui fa seguito la sua inapplicabilità ai casi di fecondazione eterologa fai-da-te<sup>47</sup>.

In una pronuncia resa dalla High Court inglese nel novembre 2015<sup>48</sup>, in-

<sup>45</sup> Court of Appeal of California, 28 marzo 1986, Parte IV, *Conclusions*.

<sup>46</sup> *Ibidem*. Testo originale: «Public policy in these areas is best determined by the legislative branch of government, not the judicial».

<sup>47</sup> Per una nota critica nei confronti della scelta del giudice di condizionare la determinazione dello *status filiationis* in conformità alla *non-paternity rule* all'utilizzo di tecnologie mediche/coinvolgimento di un medico, si veda R. Brandt, *Medical Intervention Should not Define Legal Parenthood*, in «BioNews», 801, 11 maggio 2015, [http://www.bionews.org.uk/page\\_523229.asp](http://www.bionews.org.uk/page_523229.asp).

<sup>48</sup> *X, Re (No 2: Application for Contact by the Biological Father)*, 13 novembre 2015. Il testo della decisione è disponibile online: [http://www.familylaw.co.uk/news\\_and\\_comment/re-x-no-2-application-for-contact-by-the-biological-father-2015-ewfc-84#.Wdy-r2NSoy0](http://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/re-x-no-2-application-for-contact-by-the-biological-father-2015-ewfc-84#.Wdy-r2NSoy0).

vece, il fatto che la procedura di inseminazione fosse avvenuta a domicilio e, quindi, senza l'ausilio medico, non ha assunto alcun rilievo ai fini della regolamentazione dei rapporti famigliari del minore così nato. In questo caso, essendo le aspiranti madri unite civilmente, la partner della partoriente aveva acquisito lo status genitoriale in conformità alle disposizioni dello *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*. Il donatore, il quale aveva frequentato il bambino fino al momento in cui le due madri si erano opposte a un suo coinvolgimento più significativo, non ambiva pertanto allo status di padre bensì al mero riconoscimento di un diritto di visita.

Dopo aver chiarito che «the critical welfare considerations are the stability and security of the relationships within the family»<sup>49</sup>, il giudice ha affermato che consentire al donatore di avere contatti diretti col figlio, che all'epoca dei fatti aveva appena quattro mesi, avrebbe compromesso l'equilibrio del nucleo famigliare in cui era nato e cresciuto fino a quel momento creando quindi l'inaccettabile rischio di cagionargli una sofferenza emotiva. L'accordo concluso tra le parti prima del concepimento non assumeva dunque alcuna importanza, essendo il giudice chiamato a regolare i rapporti tra padre e figlio unicamente in funzione dei bisogni attuali del bambino<sup>50</sup>. Ciò detto, la High Court ha tuttavia previsto che il donatore potesse rimanere in contatto con il figlio per mezzo di corrispondenza scritta allo scopo di concedere al minore l'opportunità, in futuro, di incontrare o almeno di ottenere informazioni riguardanti il padre genetico, qualora lo desiderasse. Così facendo, il giudice sembra aver voluto raggiungere un equilibrio tra, da una parte, l'esigenza di proteggere l'unità famigliare primaria da terzi «intrusi» e potenziali generatori di conflitti, e dall'altra, il bisogno di favorire contatti tra il minore e il suo padre biologico<sup>51</sup>.

##### 5. Osservazioni conclusive: al centro i «best interests of the child», ma quali?

Nonostante l'eterogeneità delle vicende sopra analizzate, il filo conduttore delle pronunce che hanno risolto la controversia sorta tra la/e madre/i del bambino e il donatore/donatrice è il principio dei *best interests of the child*, il quale – come evidenziato nel capitolo 1 – è tuttavia suscettibile di interpretazioni differenti. Richiamando la basilare distinzione operata da Lenti (e poi ripresa da Lamarque), l'impostazione ermeneutica prevalente si avvicina alla versione astratta del principio dell'interesse superiore del minore che, anziché ricercare una soluzione individualizzata, racco-

<sup>49</sup> *Ibidem*, § 49.

<sup>50</sup> *Ibidem*, § 9: «[...] X's welfare has to be looked at in the context of what her needs are now [...]».

<sup>51</sup> F. D'Elia, *Il diritto del donatore di seme a conoscere e a frequentare il figlio nato con inseminazione artificiale*, in «Minorigiustizia», 2014, n. 3, p. 39.

manda – una volta per tutte – una determinata misura come efficace per la protezione degli interessi di qualsiasi minore che si trovi in una condizione di vulnerabilità specifica.

In questo preciso contesto, è la concessione di una qualche forma di riconoscimento giuridico al rapporto donatore/trice-bambino che è considerata conforme alla realizzazione dell'interesse superiore dei bambini nati da PMA eterologa, intesi come categoria giuridica e quindi portatori di un interesse uniforme. Non ispirandosi all'esperienza di vita del singolo minore, una simile lettura del principio dei *best interests* tende a fondarsi su posizioni di matrice ideologica che associano il benessere del minore alla mera presenza di alcune condizioni, senza verificarne l'effettiva funzionalità nel caso concreto. Nel quadro giurisprudenziale analizzato, sono essenzialmente due i fattori presunti a favore del soddisfacimento dell'interesse superiore del minore: il dato genetico e la presenza di una figura paterna nella vita del bambino.

Sebbene – come emerge dai fatti di causa – i donatori coinvolti nelle controversie cui si è fatto riferimento avessero, prima dell'insorgere del conflitto, generalmente (in quanto non anonimi, ma amici o addirittura ex partner della madre) instaurato o almeno posto le basi per lo sviluppo di un rapporto affettivo con il bambino, non è l'esistenza di una *de facto family life* tra il/la donatore/trice e il bambino ad assumere rilevanza decisiva nel ritenere la domanda del ricorrente meritevole di accoglimento, quanto piuttosto l'origine genetica del loro legame. Non stupisce quindi che, all'esaltazione del dato genetico, si sia spesso accompagnata la sottovalutazione della genitorialità sociale che, pur non alterando la realtà sociale del nucleo familiare originario, si è spesso tradotta in un riconoscimento solo parziale del ruolo di *primary caretaker* di fatto assunto dalla co-madre e, ancor prima, dell'intento procreativo comune sottostante al ricorso alla PMA eterologa.

Spingendo l'analisi oltre il testo delle sentenze, questo approccio può essere inteso come espressione della volontà dei giudici di soddisfare una duplice esigenza. *In primis*, quella di assicurare il rispetto del diritto del minore a una chiara appartenenza genetica in quanto componente integrante della sua identità personale, in conformità alle direttrici della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Sul punto, pare tuttavia interessante rilevare la mancanza di riferimenti espliciti alla plausibile esigenza di garantire l'accesso del nato alle informazioni concernenti le sue origini genetiche – argomentazione difficilmente contestabile per i contorni definiti del diritto in questione. Anche se in maniera decisamente più velata, queste pronunce – che, nella maggior parte dei casi, riguardano nuclei familiari composti da due donne – sembrano inoltre perseguire l'intento di ricreare – anche se artificialmente, in quanto le figure genitoriali principali nella vita del figlio sono, appunto, le due madri – la famiglia tradizionale eterosessuale contemplando, mediante l'affidamento condiviso o un diritto di visita, la partecipazione nella vita del figlio dell'unica figura paterna disponibile.



## Capitolo sesto

# Scambi di materiale genetico: genitori «per errore»

### 1. Introduzione

Errare è umano e, considerata la complessità delle operazioni coinvolte nelle procedure di PMA, è – purtroppo – anche abbastanza comune. Queste tecniche, infatti, in quanto trattamenti medici, presentano un certo margine di rischio. Tuttavia, in un ambito delicato come la PMA, dove sono in gioco vite umane, ogni singolo evento avverso può produrre conseguenze tragiche, dolorose e anche terribilmente difficili da gestire da un punto di vista etico e giuridico<sup>1</sup>.

Gli errori a cui si fa riferimento in questa sezione consistono, in particolare, nello scambio accidentale di materiale genetico – sperma, ovociti o, addirittura, embrioni – durante procedure di FIVET di tipo omologo, per effetto delle quali il nascituro dovrebbe presentare il patrimonio genetico dei genitori intenzionali. Più nello specifico, si analizzeranno vicende in cui gli ovociti di una donna sono stati fecondati dallo sperma dell'uomo «sbagliato» o gli embrioni di una coppia sono stati impiantati nell'utero della donna «sbagliata». I casi che seguono rappresentano quindi, per così dire, la versione moderna degli scambi di neonati, di cui si sente parlare decisamente più raramente che in passato<sup>2</sup>.

Sebbene la divaricazione tra il profilo giuridico e la verità genetica sia, nel quadro della PMA (così come nell'adozione), «ontologica»<sup>3</sup>, queste vi-

<sup>1</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014, p. 12, [http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/Considerazioni\\_scambio\\_involontario.pdf](http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/Considerazioni_scambio_involontario.pdf).

<sup>2</sup> Tra i casi divenuti mediatici in tempi recenti, vi è lo scambio di neonate avvenuto in una clinica di Cannes e scopertosi nel 2015, 20 anni dopo la nascita delle bambine che furono consegnate ai genitori «sbagliati». Un breve resoconto dell'avvenuto è consultabile su <http://www.lastampa.it/2015/02/10/esteri/bimbe-scambiate-in-culla-risarcimento-milionario-XqHR-ZAntPE48ZDQ31yBMnM/pagina.html>.

<sup>3</sup> M. Bianca, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», 2015, n. 1, pp. 200 e 202.



cende rappresentano un'eccezione in quanto, trattandosi di procedure – almeno in principio – omologhe, lo scarto che si crea tra dato genetico e dato sociale/giuridico è un «evento eccezionale da accertare»<sup>4</sup>, come nella procreazione naturale. Queste vicende rilevano ai fini del presente studio in quanto dallo scambio involontario di materiale genetico, molto spesso, sorgono tensioni su chi debba essere considerato genitore dei nati: i genitori genetici, ovvero coloro che hanno fornito i gameti dai quali è nato il figlio «conteso», colei che ha portato in grembo il futuro nato e lo ha partorito o, ancora, coloro che si sono presi cura del bambino e lo hanno accudito come figlio proprio fino a quel momento?

Le legislazioni nazionali in materia di PMA, raramente, forniscono una risposta chiara e precisa a questo quesito; e, in assenza di una normativa *ad hoc* alla quale ricondurre queste fattispecie, la risoluzione della delicata questione sulla titolarità del rapporto di filiazione – avente ad oggetto non solo i diritti degli aspiranti genitori, ma anche quelli dei nascituri/figli – diventa di competenza giudiziaria. Di fronte a queste vicende, il giudice è quindi chiamato a interrogarsi su quali siano o dovrebbero essere i requisiti necessari per l'attribuzione della genitorialità giuridica: l'apporto genetico, l'apporto gestazionale, il consenso e il contratto, l'intenzione di procreare un figlio, l'intenzione di crescere un figlio in qualità di genitore, il legame esistente o pre-esistente con il minore, l'attività di allevamento e accudimento di un figlio, i bisogni dei genitori, l'interesse superiore del minore, la genitorialità sociale e emotiva, il sostegno economico, l'adozione legale o altro ancora?

Tuttavia, prima di addentrarci nell'analisi della giurisprudenza volta a individuare le regole, i principi e le logiche impiegate dai giudici al fine di determinare lo *status filiationis* dei nati da errore, il paragrafo che segue offre una panoramica – rapida quanto sintetica – di alcuni dei numerosi casi di scambio fino ad oggi verificatisi e delle problematiche giuridiche – diverse dalla definizione della genitorialità – da essi scaturenti.

## 2. Uno sguardo più ampio alle vicende di scambio

Gli errori di cui si discute nel presente capitolo sono più comuni di quanto si possa immaginare. Tra i casi divenuti mediatici nell'arco dell'ultimo anno, vi è il presunto scambio di fiale avvenuto presso una clinica di Utrecht (University Medical Centre), in cui sembrerebbe che, a causa di un errore procedurale, ventisei donne sottoposte a PMA nel periodo aprile 2015-novembre 2016 sarebbero state fecondate con lo sperma di un uomo diverso da quello che sarebbe dovuto essere invece il padre biologico, ov-

<sup>4</sup> *Ibidem.*

vero il loro compagno o marito<sup>5</sup>. Tra le donne coinvolte, tredici avevano congelato i loro embrioni per uso futuro, quattro erano incinte e nove avevano già partorito – il bambino più grande aveva un anno al momento della scoperta<sup>6</sup>. Poco dopo l'ammissione da parte della clinica di Utrecht, Reprofit – una clinica della Repubblica Ceca – ha annunciato che, in seguito a un errore umano, due embrioni sarebbero stati impiantati negli uteri delle donne «sbagliate», entrambe provenienti da un paese estero<sup>7</sup>.

Il momento e le modalità mediante le quali l'errore si manifesta variano a seconda del caso. In alcune circostanze, l'avvenuto scambio si scopre «in tempo», ovvero prima dell'evento nascita. A titolo esemplificativo, si può citare un caso torinese, del 2004, in cui a due donne fu somministrata la pillola del giorno dopo mezz'ora dopo che una delle due coppie coinvolte aveva notato che lo sperma usato per la loro FIVET riportava il nome di un altro uomo<sup>8</sup>. Questa vicenda riflette anche quanto è avvenuto all'ospedale St. Georges di Londra nel 2002, dove due donne nel cui utero erano stati impiantati gli embrioni «sbagliati» avevano, per questo motivo, deciso di interrompere la gravidanza; o ancora, quanto verificatosi alla IVF Wales Fertility Centre nel 2009, dove un tragico scambio di embrioni – probabilmente ad opera di uno specializzando sovraccarico di lavoro e sotto pressione per la lunga lista di pazienti in attesa di trattamento – si è concluso con un aborto da parte della donna coinvolta<sup>9</sup>.

In altri casi, invece, l'errore viene alla luce in un momento successivo, quando l'interruzione volontaria di gravidanza non rappresenta più un possibile rimedio. Sono, infatti, abbastanza numerose le situazioni in cui è il colore di pelle del nato a indicarci che qualcosa non è andato come previsto. La prima vicenda di questa tipologia di cui siamo a conoscenza risale al

<sup>5</sup> Per un breve resoconto dell'avvenuto, si veda, ad esempio, G. Everett, *Sperm Mix-up Involving 26 Women at Dutch IVF Clinic*, in «BioNews», 883, 9 gennaio 2017, [http://www.bionews.org.uk/page\\_757822.asp](http://www.bionews.org.uk/page_757822.asp).

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> S. Robson, *Wrong Embryos Implanted into Women at Czech Fertility Clinic Popular with Brits*, in «Mirror», 7 gennaio 2017, <http://www.mirror.co.uk/news/world-news/wrong-embryos-implanted-women-czech-9571617>.

<sup>8</sup> N. Zancan, *Lo scambio di provette? È stato come uno stupro*, in «la Repubblica», 11 settembre 2004, <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2004/09/11/lo-scambio-di-provette-stato-come-uno.html>. Un altro scambio di liquido seminale che si è concluso con l'assunzione della pillola del giorno dopo si è verificato a Padova nel 2009; si veda, ad esempio, A. Priante, *Fecondata per errore col seme di un altro – per il giudice «non è lutto»*, in «Corriere del Veneto», 17 marzo 2016, <http://corrieredelveneto.corriere.it/veneto/notizie/cronaca/2016/17-marzo-2016/fecondata-errore-col-seme-un-altro-il-giudice-non-lutto-240185578721.shtml>.

<sup>9</sup> J. Macfarlane, *«In Ten Seconds our World was Shattered»: Distraught IVF Couple Discovered their Last Embryo was Given to the Wrong Woman – and then Aborted*, in «Mail Online», 14 giugno 2009, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1192867/IVF-baby-given-wrong-woman-couples-embryo-aborted.html>.

1986: Ms Julia Skolnick, una donna bianca, desiderava avere un figlio utilizzando lo sperma congelato del marito defunto – anch'egli bianco – ma, a causa di un errore tecnico, dà alla luce un neonato di colore. Il primo caso divenuto mediatico fu, invece, quello degli Stuarts, una coppia bianca di Utrecht (Paesi Bassi) che, nel 1993, ha avuto due gemelli, uno bianco e uno di colore. Fu stabilito che uno degli ovociti della signora Stuarts era stato, per errore, fecondato dallo sperma di un uomo di colore che si era rivolto alla stessa clinica al fine di avere un figlio mediante PMA con la moglie. In questo caso, il padre genetico del gemello di colore non cercò di ottenerne l'affidamento e, quindi, gli Stuarts hanno potuto accudire e crescere i due bambini come fratelli.

In tempi più recenti, vale la pena citare il caso di Jennifer Cramblett, una donna bianca dell'Ohio che, per ben due volte<sup>10</sup>, ha iniziato un procedimento legale contro una banca del seme dell'Illinois per averle erroneamente fornito lo sperma di un donatore afro-americano, a cui ha fatto seguito la nascita di Payton, una bambina mulatta che la signora Cramblett sosteneva di non essere culturalmente pronta a crescere. Nello specifico, la donna temeva che allevare Payton in una piccola comunità, prevalentemente abitata da bianchi, da lei considerata troppo intollerante nei confronti di altre etnie («too racially intolerant») l'avrebbe esposta ad atteggiamenti razzisti tali da compromettere la sua serena crescita<sup>11</sup>. Secondo il giudice adito, tuttavia, l'azione di *wrongful birth* intentata da Cramblett doveva essere rigettata in quanto, essendo Payton una bambina sana, ne mancavano i presupposti. L'ambito di applicazione di questa azione – ha chiarito il giudice – è, infatti, limitato ai casi di negligenza in cui il personale medico ha omesso di segnalare rischi di malattie congenite e ereditarie, prima della nascita.

Questa carrellata di scambi sta a dimostrazione del fatto che, benché l'idea che simili errori possano essersi verificati continui a destare stupore, non si tratta di eventi così eccezionali e sporadici. Un numero sconosciuto di errori, infatti, non emerge perché non si manifesta l'esigenza di effettuare test genetici e, a differenza del caso Cramblett ed altri concernenti persone di diverse etnie, non c'è una differenza immediatamente evidente tra il nato e i genitori, differenza che provocherebbe l'insorgere di dubbi e determinerebbe quindi l'apertura delle indagini<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Sulla prima causa, si veda A. Blackburn-Starza, *Sperm Mix-up Case Dismissed*, in «BioNews», 818, 7 settembre 2015, [http://www.bionews.org.uk/page\\_563782.asp](http://www.bionews.org.uk/page_563782.asp). Sulla seconda, si veda Id., *Woman Sues US Sperm Bank again for Sperm Mix-up*, in «BioNews», 849, 3 maggio 2016, [http://www.bionews.org.uk/page\\_645165.asp](http://www.bionews.org.uk/page_645165.asp).

<sup>11</sup> A. Blackburn-Starza, *The Ohio Sperm Mix-up: What's the Harm in Giving Birth to a Healthy, Beautiful Baby Girl?*, in «BioNews», 783, 8 dicembre 2014, [http://www.bionews.org.uk/page\\_476147.asp](http://www.bionews.org.uk/page_476147.asp).

<sup>12</sup> C.R. Mabry, «*Who is My Real Father?*». *The Delicate Task of Identifying a Father and Parenting Children Created from an in vitro Mix-up*, in «National Black Law Journal», 18, 2004-2005, p. 60.

I *mismatch* che derivano da simili errori, è ovvio, generano embrioni o, addirittura, bambini il cui patrimonio genetico non corrisponde – in tutto o in parte – a quello dei genitori intenzionali o a quello da loro desiderato. In seguito a tali scambi, quindi, non è raro che – come anticipato sopra – sorgano dispute giudiziarie volte a determinare chi – tra i vari adulti coinvolti – debba considerarsi genitore del nato agli occhi della legge. La casistica che si origina da queste vicende, tuttavia, non si limita a questa tipologia ma include anche controversie in cui la genitorialità del nato non è contestata. Tra queste, vi sono casi che traggono origine non da un errore procedurale, ma da una condotta penalmente rilevante posta in essere dal personale medico della clinica che, benché creino una discrepanza tra il DNA del nato e quello dei genitori intenzionali e/o dei donatori prescelti, non sono rilevanti ai fini del presente studio.

Basti menzionare, ad esempio, il celebre caso del dottore statunitense Cecil Jacobson che – negli anni Ottanta e Novanta – ha utilizzato il suo sperma per fecondare gli ovociti di circa 120 pazienti senza il loro consenso<sup>13</sup>; la vicenda del dottor Donald Cline che – in almeno 50 occasioni – sembrerebbe aver impiegato i suoi gameti – invece di quelli di donatori accuratamente scelti o, addirittura, dei mariti – per fecondare gli ovociti delle pazienti della clinica statunitense in cui lavorava, diventando padre biologico di almeno 8 bambini<sup>14</sup>; il caso del dottor Norman Barwin – ex presidente della Canadian Fertility Association – che, negli anni Ottanta (quando dirigeva la Broadview Fertility Clinic), ha segretamente usato il suo sperma per fecondare gli ovociti di una dozzina di clienti<sup>15</sup>; o, infine, il caso di una coppia statunitense – Paula e Jeff – che, tramite test del DNA, ha scoperto che la figlia Ashley – nata grazie a un trattamento di PMA effettuato presso la Reproductive Medical Technologies (una clinica dello Utah) – non è geneticamente legata a Jeff, suo padre sociale, ma a Thomas Lippert, ex membro del personale della clinica<sup>16</sup>.

Un'altra categoria di azioni giudiziarie che, benché non rientranti nello scopo del presente capitolo, fanno spesso seguito a vicende di scambio mirano, invece, al risarcimento del danno subito a carico della clinica in cui si è verificato lo scambio. Secondo la posizione giurisprudenziale prevalente, avere un figlio sano, ma diverso da quello che si desiderava o – dal punto di vista del minore – essere nati sani, ma con caratteristiche diverse da quelle

<sup>13</sup> B. Drummond Ayres, *Fertility Doctor Accused of Fraud*, in «The New York Times», 21 novembre 1991, <http://www.nytimes.com/1991/11/21/us/fertility-doctor-accused-of-fraud.html>.

<sup>14</sup> A. Slater, *US Fertility Doctor Accused of Impregnating Patients with His Own Sperm*, in «BioNews», 869, 19 settembre 2016, [http://www.bionews.org.uk/page\\_701587.asp](http://www.bionews.org.uk/page_701587.asp).

<sup>15</sup> M. Cook, *Canadian Reproductive Rights Pioneer in Disgrace over IVF Mix-up*, in «Bio Edge», 5 novembre 2016, <https://www.bioedge.org/bioethics/canadian-reproductive-rights-pioneer-in-disgrace-over-ivf-mix-up/12077>.

<sup>16</sup> A. Haque, *Fertility Clinic Worker's Sperm Swap Uncovered by Child's DIY Gene Test*, in «BioNews», 737, 13 gennaio 2014, [http://www.bionews.org.uk/page\\_386972.asp](http://www.bionews.org.uk/page_386972.asp).

dei propri genitori – non dà luogo al risarcimento del danno. A titolo esemplificativo, oltre al caso di Jennifer Cramblett cui si è fatto riferimento sopra, merita citare il caso britannico – di cui si è sentito parlare, anche se in tempi meno recenti – dei due gemellini nati di colore diverso tra loro e rispetto ai loro genitori a causa di uno scambio, scopertosi solo alla nascita<sup>17</sup>. In particolare, gli ovociti della madre erano stati erroneamente fecondati con lo sperma di un donatore di colore, invece che di un donatore bianco come richiesto dalla donna.

I minori chiedevano il risarcimento del danno conseguente allo scambio sulla base dei tre seguenti motivi: innanzitutto, perché erano stati vittime di atteggiamenti razzisti; in secondo luogo, perché avevano ricevuto commenti spiacevoli sulla differenza fisica tra loro e rispetto ai genitori tanto da farli dubitare di essere stati adottati; e, infine, perché nel caso in cui avessero un figlio con un partner mulatto, il nato potrebbe avere un colore di pelle diverso da entrambi i genitori<sup>18</sup>. Il giudice adito – ovvero la High Court e, successivamente, la Corte d'Appello dell'Irlanda del Nord – si è espresso in senso negativo, rilevando che «in una società moderna e civile, il colore della pelle – così come il colore degli occhi o dei capelli, l'intelligenza o l'altezza – non possono e non dovrebbero essere considerati fonte di danno per i nati»<sup>19</sup>. È stato quindi stabilito che i gemelli, in quanto «normali e sani»<sup>20</sup>, non avessero subito alcun danno giuridicamente rilevante.

Di avviso parzialmente diverso è la Corte d'Appello di Singapore che, a inizio aprile, si è pronunciata su un caso in cui gli ovociti di una paziente erano stati, per errore, fecondati con lo sperma di un uomo diverso dal marito. La notorietà di questa vicenda si deve, essenzialmente, all'inconsueta richiesta di risarcimento formulata dai coniugi, a cui ha fatto seguito una decisione ugualmente singolare che crea un precedente potenzialmente pericoloso in quanto sembra alludere all'esistenza di un diritto all'affinità genetica coi propri figli<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Sul caso, si veda, ad esempio, S. Sheldon, *Only Skin Deep? The Harm of Being Born a Different Colour to One's Parents*, in «Medical Law Review», 11, 2011, n. 4, pp. 657-668; M. Duggan e J. McCandless, «Right Thinking People» and Suffering Through the Politics of Difference in Northern Ireland: A Feminist Judgment, in M. Enright, J. McCandless e A. O'Donoghue (a cura di), *Northern/Irish Feminist Judgments: Judges' Troubles and the Gendered Politics of Identity*, London, Hart Publishing, 2017.

<sup>18</sup> *A and B by C (their Mother and Next Friend) c. A Health and Social Services Trust*, Northern Ireland High Court, 13 ottobre 2010; Northern Ireland Court of Appeal, 24 giugno 2011.

<sup>19</sup> Traduzione dell'autrice. Testo originale: «In a modern, civilised society the colour of their skin – no more than the colour of their eyes or their hair or their intelligence or their height – cannot and should not count as connoting some damage to them» tratto da *A and B by C (their Mother and Next Friend) c. A Health and Social Services Trust*, cit., § 18.

<sup>20</sup> *Ibidem*, § 23.

<sup>21</sup> M. Allyse, *Is there a Right to Genetic Affinity with One's Children?*, in «BioNews», 897, 24 aprile 2017, [http://www.bionews.org.uk/page\\_824150.asp](http://www.bionews.org.uk/page_824150.asp).

La coppia aveva infatti chiesto il risarcimento delle spese che avrebbe dovuto sostenere per crescere la figlia – nata da errore – fino all'età di ventuno anni. La Corte d'Appello – confermando la decisione della High Court – ha disposto che, essendo la cura dei figli al centro delle responsabilità genitoriali, le spese a essa connesse non dessero luogo a una perdita rilevante a fini risarcitori<sup>22</sup>. Ciò detto, lo stesso giudice ha tuttavia concluso che la coppia dovesse essere risarcita per il danno derivante dalla mancata affinità genetica tra il padre sociale e la bambina (letteralmente, «loss of “genetic affinity”»), pari al 30% di quanto richiesto dai ricorrenti<sup>23</sup>. Stabilito che, in virtù dell'importanza sociale attribuita ai legami di sangue, essere privati di tali legami per effetto di una negligenza medica dà luogo a un «torto» che ha rilevanza giuridica, la Corte d'Appello di Singapore ha preso (almeno in parte) le distanze dalla giurisprudenza prevalente in materia di *wrongful birth* che ha tradizionalmente ordinato il risarcimento del danno solo a fronte di casi riguardanti minori nati con serie anomalie genetiche e/o malattie congenite, di cui i genitori non erano stati adeguatamente informati dal personale medico.

### 3. La problematica determinazione dello «status filiationis» dei nati da errore

L'analisi giurisprudenziale che segue si concentra su tre casi, provenienti da tre giurisdizioni diverse: il caso *Deborah Perry-Rogers et al. c. Richard Fasano et al.*<sup>24</sup> deciso dalla Corte Suprema di New York nel 2000, il caso *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust c. Mr and Mrs A and Others*<sup>25</sup> su cui si è pronunciata la High Court inglese nel 2003 e, infine, l'ormai nota vicenda dell'Ospedale Pertini su cui si è espresso il Tribunale di Roma in occasione di tre ricorsi, nel 2014, 2015 e 2016<sup>26</sup>. Le circostanze fattuali caratterizzanti le vicende oggetto di esame sono pressoché identiche. In tutti e tre i casi, due coppie si erano rivolte alla stessa clinica con l'intenzione di avviare un progetto genitoriale proprio, mediante PMA omologa. Pertanto, nessuna delle coppie intendeva né donare i propri embrioni/gameti né utilizzare embrioni/gameti altrui. Parimenti, nessuna delle donne che hanno dato alla luce i bambini «contesi» intendeva agire da madre surrogata per conto di un'altra coppia e, parallelamente, nessuna delle coppie intendeva servirsi della madre gestante per soddisfare il proprio desiderio di genitorialità.

<sup>22</sup> *ACB c. Thomson Medical Pte Ltd and Others*, Singapore Court of Appeal, 22 marzo 2017, §§ 87-94, <http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/case-law/free-law/court-of-appeal-judgments/22753-acb-v-thomson-medical-pte-ltd-and-others>.

<sup>23</sup> *Ibidem*, §§ 125-136.

<sup>24</sup> 26 ottobre 2010.

<sup>25</sup> 26 febbraio 2003.

<sup>26</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014; ordinanza del 22 aprile 2015; sentenza del 20 aprile 2016.



Queste vicende si differenziano, quindi, dalle controversie originatesi in seguito al ricorso a pratiche di maternità surrogata, in quanto la problematica determinazione dello *status filiationis* del nato non è la conseguenza di una condotta privata messa in atto con la consapevolezza di violare disposizioni imperative né di ripensamenti in cui sono incorse alcune delle parti, ma di un grave errore medico, a esse non imputabile. Oltre a essere identici sul piano della volontà, in tutti e tre i casi, è trascorso un periodo di convivenza tra i genitori biologici – ovvero la madre gestante e il marito – e i/il figli/o.

Sussistono, però, anche dei punti di discrepanza tra le tre vicende. Sul piano fattuale, mentre il *mismatch* al centro della vicenda britannica è stato frutto di uno scambio involontario di sperma, nel caso statunitense e in quello italiano, l'errore ha riguardato embrioni già formati. Una seconda differenza riguarda l'oggetto della controversia. Mentre nel caso *Perry-Rogers c. Fasano*, la Corte Suprema di New York è stata chiamata a pronunciarsi sull'eventuale riconoscimento di un diritto di visita in capo alla coppia genitoriale esclusa dal rapporto di filiazione, nel caso italiano e nella vicenda britannica, il giudice ha dovuto affrontare la più ampia e complessa questione della determinazione dello *status filiationis*. In altre parole, ha dovuto stabilire quale relazione tra i nati da PMA e gli aspiranti genitori che hanno partecipato alla procedura di PMA dovesse essere riconosciuta dal diritto come relazione genitore-figlio. Si tratta, tuttavia, di una differenza più formale che sostanziale in quanto, come emergerà dall'analisi giurisprudenziale, anche la pronuncia statunitense lancia un chiaro messaggio su quale relazione debba essere privilegiata ai fini della definizione del rapporto di filiazione.

Le tre decisioni, inoltre, non esprimono una posizione uniforme ma sono emblematiche di tre approcci diversi alla medesima questione. La decisione statunitense viene in rilievo per il fatto che attribuisce un valore assoluto al dato genetico, così negando qualsiasi rilevanza al dato biologico – ovvero al legame intrauterino instauratosi tra la madre gestante e il bambino – e a quello sociale – ovvero all'eventuale rapporto che si era sviluppato tra il minore e la famiglia in cui era nato e aveva ricevuto le prime cure. Diversamente, il giudice italiano sancisce la prevalenza della genitorialità biologica, in quanto rispondente all'interesse dei minori alla conservazione dei loro legami affettivi con la donna che li aveva partoriti e suo marito, il quale li aveva accuditi sin dalla nascita. Benché di senso opposto, quindi, entrambe le decisioni riflettono una visione tradizionale e statica della famiglia, riservando lo status di genitore legale a due (e solo due) persone unite in coppia e escludendo la partecipazione di altre figure genitoriali alla vita dei minori coinvolti.

Il giudice britannico, invece, si fa portatore di una visione intermedia, decisamente più in armonia con il vissuto familiare delle persone coinvolte



e, in generale, più flessibile alle esigenze poste dai nuovi fenomeni famigliari. La decisione nel caso di *Leeds Teaching Hospitals* stabilisce, infatti, una genitorialità legale incrociata, vincolando la maternità alla gestazione e al parto e la paternità al dato genetico ma, di fatto, non altera la realtà famigliare in cui i minori sono cresciuti fino a quel momento. Benché il padre legale sia quello genetico, infatti, la responsabilità parentale rimane in capo all'uomo che si è preso cura dei minori come se fossero figli suoi dal loro primo giorno di vita.

Oltre a mettere in luce gli effetti disgreganti della PMA sul concetto stesso di genitorialità, più nello specifico, i tre casi che analizzeremo documentano che qualsiasi tecnica che intervenga sulle dinamiche di procreazione – anche la PMA omologa, che è astrattamente priva di problematiche di ordine giuridico, sia rispetto all'accesso a tale tecnica che alla determinazione della genitorialità – può, qualora si verificano errori tecnici, dare origine a problemi di estrema complessità, sia sul piano umano che su quello giuridico. Nessuna tecnica, neppure la più semplice, è quindi esente dal dibattito circa le implicazioni dello sviluppo medico-scientifico in campo procreativo per la determinazione dello *status filiationis*.

Le tre vicende oggetto di esame, infine, mostrano che, sebbene la famiglia stia attraversando una fase di trasformazione ormai da decenni, la società e il diritto continuano a barcamenarsi tra nozioni di «famiglia», immagini della maternità e della paternità difficilmente conciliabili tra loro o del tutto incompatibili. Come sottolineato da Flamigni, infatti, l'errore umano ha un impatto diverso a seconda del contesto in cui si verifica e la valutazione che gli si attribuisce è contingente e specifica al periodo storico e al sistema valoriale di riferimento<sup>27</sup>.

Gli errori che hanno dato origine ai casi giudiziari che seguono si sono tutti verificati in una parte del mondo in cui è assunto come valido un determinato modello famigliare e una determinata definizione di maternità e di paternità<sup>28</sup>. Avessero avuto luogo in contesti socio-culturali diversi, con visioni differenti di come si può essere madre e padre, molto probabilmente, questi errori non avrebbero destato lo stesso clamore. Il fatto che queste vicende hanno suscitato tale reazione nella nostra società è quindi sintomo, a parere di Flamigni, di uno scontro di paradigmi tra il modello tradizionale di famiglia (una coppia eterosessuale, sposata o convivente, con prole genetica) e un «nuovo» modello, che è frutto dell'evoluzione scientifica e sociale degli ultimi anni ed esige un ripensamento radicale delle relazioni famigliari, della filiazione e della genitorialità<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, cit., Postilla del prof. Carlo Flamigni, p. 16.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 17.

### 3.1. «Perry-Rogers c. Fasano»<sup>30</sup>: la genitorialità genetica prevale su quella biologica-sociale

Nel 1998, Donna Fasano diede alla luce due gemelli, uno bianco (Vincent) e uno di colore (Joseph), in seguito a uno scambio di embrioni avvenuto per errore. Le due coppie coinvolte – Rogers e Fasano – si erano rivolte alla stessa clinica newyorkese al fine di realizzare il loro progetto di genitorialità creando embrioni mediante FIVET di tipo omologo. A causa di un errore medico, gli embrioni della coppia di colore, i Rogers, erano stati impiantati insieme a quelli dell'altra coppia (bianca), i Fasano, nell'utero della signora Fasano. I due neonati, pertanto, benché gemelli, non possedevano lo stesso patrimonio genetico: Vincent era geneticamente appartenente ai Fasano, mentre Joseph era il frutto dei gameti dei Rogers. Anche la signora Rogers si era sottoposta alla medesima procedura, ma l'impianto non era andato a buon fine. Probabilmente per questo motivo, quest'ultimi avevano deciso di agire nei confronti dei Fasano al fine di ottenere la genitorialità esclusiva del loro figlio genetico<sup>31</sup>.

Ma facciamo qualche passo indietro. Le coppie erano state informate dell'errore qualche settimana dopo che la signora Fasano scoprì di essere incinta di due gemelli. I Rogers avevano tentato di individuare chi avesse ricevuto i loro embrioni. I Fasano, invece, non avevano intrapreso alcuna iniziativa volta a stabilire chi fossero i genitori genetici dei gemelli né durante la gravidanza di Donna né nei mesi successivi alla loro nascita. I Rogers erano venuti a conoscenza della nascita dei due gemelli e, sospettando l'esistenza di un legame genetico tra loro e Joseph, avevano richiesto indagini genetiche sul minore. Il test del DNA aveva, appunto, confermato la veridicità della loro intuizione e quindi la genitorialità genetica dei Rogers. *Vis-à-vis* questa prova e, apparentemente, nell'interesse del minore, le due coppie avevano concluso un accordo per cui il bambino sarebbe stato consegnato ai genitori genetici – i quali sarebbero stati riconosciuti genitori legali sul certificato di nascita – a condizione che questi avessero consentito ai Fasano di mantenere rapporti con Joseph – poi rinominato Akeil dai Rogers – che, fino a quel momento, avevano accudito come figlio proprio. All'età di 4 mesi e mezzo, quindi, Joseph/Akeil lascia la famiglia Fasano e inizia a vivere con i Rogers.

Qualche tempo dopo, tuttavia, l'atteggiamento ostile dei Rogers che, a differenza di quanto pattuito, tentavano di escludere i Fasano dalla vita del figlio, fa sorgere una battaglia giudiziaria tra le due coppie. I Rogers, come anticipato, si rivolgono al tribunale per opporre la richiesta di un diritto di

<sup>30</sup> *Deborah Perry-Rogers et al. c. Richard Fasano et al.*, cit., <http://caselaw.findlaw.com/ny-supreme-court-appellate-division/1366796.html>.

<sup>31</sup> Anche se non rilevante ai fini della presente analisi, entrambe le coppie avevano agito anche contro la clinica per il danno loro cagionato.

visita da parte dei Fasano (in contrasto con quanto concordato in precedenza) e, quindi, al fine di vedersi implicitamente confermato l'affidamento esclusivo di Joseph/Akeil. Il caso *Perry-Rogers c. Fasano* (così come quello britannico e quello italiano) quindi, invita e offre riflessioni su una delle questioni più ricorrenti e controverse nell'era della PMA: se e fino a che punto la genetica è rilevante e/o decisiva ai fini di individuare il genitore legale/genitori legali del minore nato grazie a queste tecniche e, più in generale, di regolare la presenza di altre figure genitoriali nella vita del minore.

Il caso fu portato all'attenzione della Corte Suprema di New York, la quale ha concluso che i Fasano non vantassero alcun diritto nei confronti del gemello di colore. In particolare, è stato rilevato che, alla luce delle nuove tecnologie della riproduzione assistita, l'argomentazione – avanzata dai Rogers – secondo cui alla madre gestazionale non spetterebbe alcun diritto di visita in quanto *genetic stranger* nei confronti di Joseph/Akeil non era sufficiente a dirimere la questione e a respingere l'istanza dei Fasano<sup>32</sup>. Considerata la complessità e la varietà di situazioni scaturenti dall'impiego della PMA, infatti, adottare la genetica quale unico criterio per prendere decisioni riguardanti il futuro di Joseph/Akeil e delle famiglie coinvolte sarebbe stato, a detta della Corte, semplicemente inappropriato<sup>33</sup>.

Ciò detto, il giudice ha tuttavia confermato che i Rogers dovessero considerarsi i genitori legali di Joseph/Akeil escludendo in modo assoluto la frequentazione tra i Fasano e il minore. Prima di affrontare in dettaglio il ragionamento della Corte, vale quindi la pena di anticipare la natura incoerente della decisione in esame: il giudice newyorkese ha infatti negato di adottare la genetica come parametro-guida ma, allo stesso tempo, ha raggiunto una conclusione la cui unica spiegazione è l'importanza attribuita ai legami di sangue<sup>34</sup>. Tale incongruenza argomentativa sembra essere imputabile, almeno in parte, all'atteggiamento ambivalente che la Corte assume rispetto al peso da attribuirsi alla gestazione e al legame biologico che viene così a formarsi tra la donna e il nascituro.

Secondo le norme allora vigenti (*Domestic Relations Law*), i soggetti che vantavano un diritto di visita tutelabile nei confronti dei minori erano i genitori, i nonni, i fratelli e le sorelle totalmente o parzialmente di sangue. Facendo leva su questa disposizione, i Rogers avevano rilevato che, acconsentendo al trasferimento di Joseph/Akeil, i Fasano avessero rinunciato allo status di genitore perdendo quindi anche la possibilità di ottenere un provvedimento che regolasse i tempi e le modalità di frequentazione tra loro e il

<sup>32</sup> Testo originale: «In recognition of current reproductive technology, the term “genetic stranger” alone can no longer be enough to end a discussion of this issue».

<sup>33</sup> Testo originale: «Given the complex possibilities in this kind of circumstances, it is simply inappropriate to render any determination solely as a consequence of genetics».

<sup>34</sup> L. Bender, *Genes, Parents and Assisted Reproductive Technologies: ARTs, Mistakes, Sex, Race and Law*, in «Columbia Journal of Gender and Law», 2003, n. 12, p. 36.

minore. La Corte è giunta alla medesima conclusione, stabilendo quindi che ai Fasano non spettasse alcun diritto di visita, ma sulla base di una linea argomentativa, almeno all'apparenza, diversa. In particolare, secondo la Corte, sarebbe stato il comportamento dei Fasano – ritenuto inopportuno – a giustificare la loro completa esclusione dalla vita di Joseph/Akeil.

Il giudice newyorkese ha infatti ritenuto il caso in esame assimilabile a uno scambio di neonati che, se scoperto «in tempo», esigeva – secondo la legge allora applicabile – l'immediata restituzione dei minori ai genitori genetici. A detta della Corte, quindi, essendo a conoscenza dell'errore sin dall'inizio della gravidanza, i Fasano avrebbero potuto e dovuto agire tempestivamente – e soprattutto prima che si instaurasse un rapporto affettivo significativo tra loro e il minore – per rimediare allo scambio di embrioni<sup>35</sup>.

Porre rimedio all'errore medico con uno scambio mutualistico – che si presenterebbe come soluzione a uno scambio di neonati – non era, tuttavia, immaginabile poiché, mentre i Fasano avevano il figlio genetico dei Rogers, questi ultimi non avevano il figlio genetico dei primi. Al momento della scoperta dell'errore, inoltre, non era più possibile ripristinare lo *status quo* antecedente lo scambio. Gli embrioni geneticamente appartenenti ai Rogers, una volta impiantati nell'utero di Donna Fasano, si erano infatti già trasformati in qualcosa di diverso dal materiale genetico scambiato. Pare pertanto evidente che, in questo frangente, assimilando il caso in esame a uno scambio di neonati, la Corte ha considerato l'apporto gestazionale della donna privo di alcuna rilevanza.

Quella appena illustrata non costituisce, tuttavia, l'unica forzatura di somiglianze su cui il giudice newyorkese ha fondato il suo ragionamento. Infatti, pur sostenendo che considerare Donna Fasano una *biological stranger* sarebbe stato inopportuno, la Corte ha ritenuto la giurisprudenza relativa al (condizionato) diritto di visita del genitore sociale (ex partner del genitore biologico) applicabile alla vicenda in esame. In particolare, ha invocato il principio – affermato nelle aule giudiziarie – secondo cui i genitori affidatari di un minore hanno il diritto di impedire a qualsiasi persona – inclusa colei/colui che lo aveva precedentemente cresciuto e accudito – di frequentarlo come base ulteriore per respingere la domanda dei Fasano. Così facendo,

<sup>35</sup> Non è chiaro, tuttavia, cosa i Fasano avrebbero dovuto fare per non essere ritenuti colpevoli: interrompere la gravidanza o riconoscere la genitorialità in capo ai Rogers e consegnare loro, non appena possibile, Joseph/Akeil? Occorre inoltre aggiungere che, anche accettando il comportamento delle parti quale criterio fondamentale ai fini della decisione finale, anche i Rogers avrebbero potuto essere facilmente accusati di aver agito in malafede in quanto, non appena ottenuto l'affidamento del figlio, avevano violato l'accordo concluso coi Fasano impedendo loro di frequentare Joseph/Akeil. Non è quindi chiaro il motivo per cui questa argomentazione sia stata avanzata solo nei confronti dei Fasano, se non l'intenzione della Corte di ricomporre la famiglia tradizionale (intesa come nucleo composto da coppia coniugata e prole biologica) – frammentata per effetto dello scambio di embrioni – e preservarne l'integrità escludendo una volta per tutte la presenza di «terzi estranei».

il giudice ha – ancora una volta – finito per negare qualsiasi ruolo al fatto stesso della gestazione e, in particolare, al legame biologico che Donna Fasano aveva sviluppato con il bambino che aveva portato in grembo per nove mesi.

Il ruolo gestazionale svolto dalla donna ha invece rappresentato il fondamento della terza e ultima analogia proposta dalla Corte, che riguarda la maternità surrogata. Il caso di riferimento è *Johnson c. Calvert*<sup>36</sup>, in cui – a fronte di una tensione sorta tra madre surrogata e genitori committenti – la Corte Suprema della California aveva affermato che, se la dimensione genetica e quella gestazionale della maternità non coincidono, debba darsi priorità alla madre intenzionale, ossia a colei che ha desiderato e fatto in modo che il bambino nascesse per poterlo crescere come suo figlio. Facendo leva su questo principio, il giudice newyorkese ha quindi stabilito che, anche qualora i Fasano avessero domandato l'affidamento del minore (e non solo un diritto di visita), la loro richiesta non sarebbe stata accolta in quanto, in linea con quanto statuito in *Johnson c. Calvert*, erano stati i Rogers a volere la nascita di Joseph/Akeil e, a tal proposito, a organizzare la raccolta del loro materiale genetico presso la clinica.

In conclusione, quindi, nonostante abbia finito per riconoscere l'esistenza di legami tra la donna e il feto così come tra i due gemelli, la Corte ha stabilito che la richiesta dei Fasano non meritasse di essere accolta: a parere dei giudici, infatti, i suddetti rapporti erano la conseguenza diretta dell'atteggiamento inerme che, una volta informati dello scambio, i Fasano avevano deliberatamente assunto al fine di favorire la creazione di un legame sul quale far leva allo scopo di ottenere il riconoscimento di diritti che altrimenti non sarebbero loro spettati.

Sembra dunque potersi affermare che, in contraddizione con quanto esplicitamente affermato, il tribunale in *Perry-Rogers c. Fasano* ha, di fatto, affidato alla genetica un ruolo decisivo nella risoluzione del caso<sup>37</sup>. Pur escludendo il valore assoluto del dato genetico, la Corte ha, ritenendo che i Fasano avrebbero dovuto agire immediatamente, praticamente adottato la posizione opposta, considerando *a priori* genitori quelli genetici. Infatti, considerato che i Rogers non avevano adottato il minore e, tra le parti, non era stato concluso un contratto di maternità surrogata, non vi era altra base giuridica – se non la genetica – che avrebbe permesso al giudice di confermare la genitorialità legale in capo ai Rogers e, soprattutto, di escludere in maniera definitiva i Fasano dalla vita del bambino che Donna, dopo aver

<sup>36</sup> Supreme Court of California, 20 maggio 1993. Questo caso sarà oggetto di analisi nel capitolo 10.

<sup>37</sup> L. Bender, «To Err is Human» ART Mix-Ups: A Labor-Based, Relational Proposal, in «The Journal of Gender, Race and Justice», 2006, n. 3, p. 478; Bender, *Genes, Parents and Assisted Reproductive Technologies: ARTs, Mistakes, Sex, Race and Law*, cit., p. 17.

portato in grembo per nove mesi, aveva accudito – insieme al marito – fino all’età di quattro mesi e mezzo. Con questa decisione, i giudici hanno quindi affermato, sulla base di una motivazione di carattere valoriale e assai discutibile, la prevalenza della genitorialità genetica che si sviluppa in un modello familiare tradizionale e non lascia spazio ad altri affetti.

A parere di Bender (giurista statunitense che si è occupata a lungo di queste questioni), questa decisione sarebbe l’ulteriore conferma della tendenza dei giudici a ricorrere al cosiddetto «essenzialismo genetico» quando chiamati a districare le questioni complesse generate da errori verificatisi nell’ambito di procedure di PMA<sup>38</sup>. Secondo quest’impostazione, i nostri geni e il nostro DNA costituiscono l’essenza, la componente più importante di chi noi siamo in quanto esseri umani; e, pertanto, la genetica dovrebbe prevalere su qualsiasi altro fattore nella definizione dello *status filiationis*.

Nel contesto procreativo, vincolare la genitorialità al solo dato genetico e, più nello specifico, equiparare genetica e gameti – ma non la gravidanza – alla genitorialità genetica ha importanti conseguenze anche di natura discriminatoria. Ancora più esplicitamente, l’adozione di un approccio che erige la genetica a criterio determinante finisce inevitabilmente per favorire gli uomini rispetto alle donne in quanto riflette e rinforza una visione del processo riproduttivo che trova le sue radici nell’esperienza maschile. In altre parole, valorizza quel contributo alla riproduzione che è tipicamente maschile: la fornitura di gameti. L’essenzialismo genetico, quindi, riducendo gli esseri umani al contenuto delle nostre cellule, tiene in considerazione solo una minima parte della partecipazione femminile alla riproduzione (fornitura di gameti) e finisce per ignorare i contributi di natura relazionale, affettiva e biologica che solo le donne – mediante la gestazione, il *bonding* intrauterino, il travaglio, il parto e a volte l’allattamento – sono in grado di offrire<sup>39</sup>.

Come dimostrato dal caso in esame, un approccio improntato all’essenzialismo genetico è anche insensibile ai bisogni del minore in quanto trascura l’importanza delle relazioni affettive che si formano al di fuori del paradigma genetico. Per effetto di una simile impostazione, infatti, le altre vie – diverse dalla genetica – mediante le quali si creano rapporti familiari sono considerate irrilevanti al fine di stabilire non solo chi siano i genitori legali del minore, ma anche chi possa (continuare a) frequentarlo. Un simile approccio, pertanto, invece di concepire realtà genetica e realtà sociale come distinte ma potenzialmente compresenti, adotta la logica dei diritti in competizione: la prevalenza del dato genetico esclude in maniera risolutiva qualsiasi rilevanza della componente sociale-affettiva<sup>40</sup>. E, nel caso concreto, la

<sup>38</sup> Bender, *Genes, Parents and Assisted Reproductive Technologies: ARTs, Mistakes, Sex, Race and Law*, cit., p. 4.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> I. Corti, *Due gemelli e quattro genitori interrogano il diritto. (Riflessioni in merito all’er-*



dichiarazione di genitorialità in capo ai Rogers ha comportato la negazione di qualsiasi forma di partecipazione a favore dei Fasano.

Al fine di rimanere fedele al modello di famiglia tradizionale e – presumibilmente – nella convinzione che configurare relazioni familiari diverse avrebbe pregiudicato il minore, il giudice si è, infatti, sentito in dovere di compiere una scelta tra le due coppie genitoriali, scelta che una visione più moderna e pluralistica della genitorialità non avrebbe reso necessaria. La concezione tradizionale della famiglia che sta alla base di questa decisione riflette, a sua volta, una lettura altrettanto monodimensionale dell'interesse del minore. Anche se non esplicitamente tirato in causa, l'unico interesse del minore che il giudice newyorkese ritiene di dover preservare è la conoscenza delle proprie origini e la costruzione di un rapporto di filiazione che corrisponda alla verità genetica. Oltre a stabilire una forte correlazione tra questa parziale visione dell'interesse di Joseph/Akeil e il mancato riconoscimento di un diritto di visita in capo ai Fasano, si può quindi concludere che un'interpretazione più ampia e meno astratta dei *best interests*, che tiene in considerazione anche la realtà sociale caratterizzante la singola vicenda in esame, avrebbe favorito modalità relazionali diverse e potenzialmente più in armonia con il vissuto e gli affetti delle persone coinvolte.

### 3.2. *Il caso di Leeds*<sup>41</sup>: la verità genetica coesiste con la genitorialità sociale

Ecco un altro caso in cui le vite di estranei si intrecciano a causa di un errore medico. Due coppie di coniugi, Mr e Mrs A e Mr e Mrs B, si erano rivolte alla stessa clinica – Leeds Teaching Hospitals – per sottoporsi a fecondazione assistita di tipo omologo. Per errore e, quindi, senza il consenso delle parti, lo sperma di Mr B era stato utilizzato per fecondare gli ovociti di Mrs A, la quale aveva dato alla luce due gemelli, XA e ZA. Per i coniugi B, invece, la stessa procedura di fecondazione assistita non aveva avuto esito positivo. Lo scambio di materiale genetico era divenuto evidente al momento della nascita di XA e ZA, essendo i coniugi A una coppia bianca e i gemellini di colore, e indagini genetiche avevano in seguito stabilito che Mr B fosse il padre biologico dei bambini. Anche in seguito a questa scoperta, la vita dei gemelli era di fatto rimasta la stessa: essi continuavano a godere delle amorevoli cure e attenzioni della famiglia A, in cui Mr A svolgeva la funzione paterna nelle sue dimensioni sociali e psicologiche, senza alcuna frequentazione con Mr B.

Sebbene fosse dell'opinione che YA e ZA dovessero restare con la famiglia in cui erano nati e con la quale avevano vissuto per ormai più di un

rono scambio di embrioni: ordinanza del Tribunale di Roma 8 agosto 2014), in «Rivista Critica del Diritto Privato», 2016, n. 1, p. 139.

<sup>41</sup> *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust c. Mr and Mrs A and Others*, cit.



anno, ovvero con Mr e Mrs A, Mr B si era rivolto alla High Court al fine di ottenere una dichiarazione giudiziale di paternità. Alla nascita, infatti, i gemellini erano stati registrati come figli di Mr e Mrs A. La High Court era quindi unicamente chiamata a risolvere la questione di chi fosse il padre legale dei nati, questione che essenzialmente esigeva una scelta tra genitorialità genetica e genitorialità sociale.

Trattandosi di conseguenze inaspettate derivanti dall'impiego di tecniche di PMA, non esisteva né legislazione né regola di *common law* volta a definire lo *status filiationis* di minori nati a seguito di simili errori. In mancanza di una disposizione direttamente applicabile alla fattispecie, la High Court si è, quindi, vista costretta a risolvere la controversia ricorrendo alla regola generale – sorta per disciplinare fenomeni famigliari del tutto diversi, in quanto antecedenti all'avvento della PMA – secondo cui il padre genetico dei gemelli – e, quindi, non l'uomo che li sta accudendo e crescendo come figli loro – è anche il padre legale.

Prima di giungere a questa conclusione, tuttavia, la High Court ha meticolosamente esaminato la legislazione allora vigente in materia di PMA (*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*) al fine di comprendere se le disposizioni ivi contenute potessero essere di aiuto nella determinazione della paternità dei nati. In particolare, il giudice si è chiesto se la situazione in cui lo sperma di un uomo è stato erroneamente usato per fecondare gli ovociti di una donna, anche se non espressamente contemplata dal legislatore, potesse essere risolta alla luce delle regole attributive degli status contenute nella sezione 28 dello *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*. Qualora si tratti di una coppia coniugata, il comma 2 di questa disposizione prevede che, in caso di gravidanza generata dallo sperma di un uomo diverso dal marito o dall'impianto di un embrione, a sua volta, creato con il materiale genetico di un altro uomo, la paternità debba comunque essere attribuita al marito della partoriente (padre sociale), a meno che – e questa era la questione cruciale nel caso di specie – vi sia la prova che questi non abbia prestato il proprio consenso alla procedura.

A prima vista, ha affermato la High Court, questa norma – in virtù della quale Mr A avrebbe ottenuto lo status di padre legale – avrebbe potuto essere ritenuta applicabile: Mr e Mrs A erano, infatti, uniti in matrimonio al momento della creazione degli embrioni ed entrambi avevano prestato il loro consenso al trattamento FIVET<sup>42</sup>. La questione fondamentale da chiarire era, tuttavia, la seguente: a quale procedura Mrs e Mr A avevano acconsentito? Anche se in seguito alla scoperta dell'errore, Mr A aveva dichiarato di non voler ritrarre il proprio consenso e di volersi avvalere della presunzione di paternità prevista dal comma 2 della sezione 28, il giudice ha affermato che ciò che faceva fede fossero le liberatorie debitamente compilate e

<sup>42</sup> *Ibidem*, § 24.

firmate da Mr A prima dell'inizio del trattamento. In altre parole, se Mr A aveva prestato il suo consenso era una questione di fatto, da accertarsi indipendentemente dal suo punto di vista.

Come ha osservato la High Court, dalle liberatorie, si evinceva con chiarezza che Mrs A aveva prestato il proprio consenso alla sola fecondazione dei propri ovociti con lo sperma del marito e all'impianto di massimo due embrioni nel proprio utero; in maniera analoga, Mr A aveva acconsentito all'inseminazione omologa della propria moglie e si era esplicitamente opposto alla fecondazione degli ovociti di quest'ultima con lo sperma di un donatore anonimo o conosciuto<sup>43</sup>. Il consenso prestato dai coniugi A era, quindi, strettamente limitato alla procedura FIVET che prevedeva l'utilizzo dei loro gameti.

Lo stesso valeva per la coppia B: entrambi i coniugi avevano, infatti, sottoscritto dei moduli con i quali prestavano il loro consenso a una procedura FIVET di tipo omologo, mentre lo negavano per l'utilizzo dei loro gameti al fine di trattare altri pazienti della clinica. A parere del giudice, quindi, ciò che era avvenuto «non era stato contemplato da nessuna delle due famiglie ed era completamente contrario al consenso prestato da Mr A»<sup>44</sup>. Considerato che l'embrione frutto dell'errore medico era stato creato senza il consenso della coppia A e che lo stesso embrione impiantato nell'utero di Mrs A era fundamentalmente diverso da quello che sarebbe stato generato con lo sperma di Mr A (unica procedura a cui la coppia aveva prestato il proprio consenso), la High Court ha concluso per l'inapplicabilità al caso di specie del comma 2 della sezione 28<sup>45</sup>.

Il giudice ha poi valutato la potenziale applicabilità del comma 3 raggiungendo la medesima conclusione<sup>46</sup>. Questa disposizione – come la precedente – mira a disciplinare l'attribuzione della paternità dei nati da PMA, ma si riferisce all'ipotesi in cui una donna si sottopone a un trattamento di PMA «insieme a un uomo» («in the course of treatment services provided for her and a man together»); nello specifico, stabilisce che quando un embrione oppure sperma e ovociti sono impiantati nell'utero di una donna nel corso di una procedura di PMA a cui essa si è sottoposta insieme a un uomo, e lo sperma impiegato proviene da un altro uomo, lo status di padre legale spetta comunque a colui che – insieme alla partner – ha fatto ricorso alla PMA con l'intenzione di avere un figlio. Il punto da chiarire era se questa regola si rivolgesse soltanto alle coppie di fatto oppure fosse applicabile anche a quelle unite in matrimonio, come Mrs e Mr A.

<sup>43</sup> *Ibidem*, § 27.

<sup>44</sup> *Ibidem*, § 29, traduzione dell'autrice. Testo originale: «[...] the mixing of the sperm of Mr B with the eggs of Mrs A was not within the contemplation of either family and was entirely contrary to the written consents given by Mr A».

<sup>45</sup> *Ibidem*, § 28.

<sup>46</sup> *Ibidem*, §§ 30-37.

Sulla questione si era già espressa la stessa High Court, la quale – una settimana prima, nel caso *Re R (a child)*<sup>47</sup> – era stata chiamata a decidere se l'uomo che aveva partecipato a gran parte del trattamento di PMA a cui aveva fatto ricorso insieme alla sua partner, ma da lei si era separato al momento dell'impianto dell'embrione nell'utero di quest'ultima, dovesse considerarsi padre legale del nato. In quella circostanza, il giudice aveva definito il comma 3 della sezione 28 una disposizione «inusuale», in quanto conferisce lo status di padre a una persona che non ha alcun legame – né di sangue né di matrimonio – col figlio. Confermando l'approccio seguito in *Re R (a child)*, la High Court ha quindi escluso che l'ambito di applicazione del comma 3 si estendesse anche alle coppie coniugate. Peraltro, ha aggiunto il giudice, anche se si fosse adottata un'interpretazione più ampia, il drammatico errore al centro della vicenda avrebbe comunque fatto sì che non si potesse più parlare di «trattamento insieme» ai sensi del comma 3<sup>48</sup>.

Per supplire all'inadeguatezza della sezione 28 a regolare le conseguenze di uno scambio di sperma – come quello avvenuto nel caso in esame – l'unica soluzione di cui disponeva il giudice era quella di determinare la paternità dei gemelli alla luce della regola generale secondo cui Mr B, essendo il padre genetico, è anche il padre legale di XA e ZA<sup>49</sup>. Non essendo coniugato con la madre legale (Mrs A) al momento della nascita, Mr B era padre di figli nati fuori dal matrimonio e, in virtù della sezione 2(2) del *Children Act 1989*, pur vantando lo status di padre legale, non era automaticamente titolare della responsabilità genitoriale che rimaneva invece in capo ai coniugi A. Infine, la High Court ha rilevato che Mr A avrebbe potuto formalizzare il suo legame coi minori ed essere così riconosciuto loro padre legale presentando richiesta di adozione<sup>50</sup>. Questo procedimento avrebbe infatti potuto perfezionarsi anche senza il consenso o contro la volontà di Mr B (in quanto genitore senza responsabilità genitoriale), previa verifica della corrispondenza del progetto adottivo al superiore interesse di XA e ZA<sup>51</sup>.

Con l'avvento della PMA, è innegabile, il peso attribuito alle intenzioni e al desiderio delle parti di diventare genitori ed essere riconosciuti in quanto tali è notevolmente cresciuto fino a diventare il test primario impiegato per determinare la genitorialità giuridica dei nati grazie a queste tecniche. Anche in questo caso, la sezione 28 HFEA e, soprattutto, il giudice che ne ha dichiarato l'inapplicabilità ha – erigendo il consenso delle parti a principio fondamentale da preservare nel corso dell'intero trattamento – rimesso la definizione dello *status filiationis* di XA e ZA al criterio volontaristico. In-

<sup>47</sup> 19 febbraio 2003, citato in *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust c. Mr and Mrs A and Others*, cit., § 33.

<sup>48</sup> *Ibidem*, § 37.

<sup>49</sup> *Ibidem*, § 1.

<sup>50</sup> *Ibidem*, § 52.

<sup>51</sup> *Ibidem*, § 53.

fatti, se è vero che i coniugi A – così come la coppia B – si erano rivolti alla clinica al fine di attuare il loro progetto genitoriale, è altrettanto vero che essi – prima che la procedura avesse inizio – non intendevano diventare genitori di figli il cui patrimonio genetico non corrispondeva totalmente al loro. Quindi, per paradossale che possa sembrare, la decisione della High Court che attribuisce la paternità legale a Mr B risponde alla logica della piena attuazione delle intenzioni delle parti.

La sezione 28 HFEA, inoltre, sembra riflettere la convinzione che nelle famiglie contemporanee – non solo quelle create mediante l'impiego di tecniche di PMA – ciò che conta siano le relazioni affettive, non quelle genetiche<sup>52</sup>. *Prima facie*, la decisione della High Court nel caso di Leeds sembra distanziarsi da questa prospettiva<sup>53</sup>. Secondo una lettura superficiale della decisione può infatti sembrare che, invece di favorire una visione «sociale» della genitorialità intesa come un fare/un'attività – più che un essere – il giudice abbia attribuito rilevanza decisiva a un errore medico e, quindi, abbia dato priorità al dato genetico dichiarando che il donatore di sperma – piuttosto che l'uomo con cui i gemelli sono cresciuti ed hanno instaurato un legame familiare – fosse da considerarsi loro padre agli occhi della legge.

Ad un esame più approfondito, tuttavia, la realtà si rivela alquanto diversa: lo stesso giudice considera la genitorialità come un ruolo primariamente sociale<sup>54</sup>. La decisione di conferire lo status di padre legale in capo a Mr B, infatti, non implica l'esclusione di Mr A dalla vita dei gemelli. Al contrario, quest'ultimo può – anzi, deve – continuare a svolgere la funzione paterna che ha volontariamente assunto nei confronti di XA e ZA al momento della loro nascita in quanto titolare della responsabilità genitoriale, insieme a Mrs A. A differenza della Corte Suprema di New York nel caso *Perry-Rogers c. Fasano*, quindi, il giudice inglese ha avuto un occhio di riguardo verso l'esperienza di vita che i gemelli e le famiglie coinvolte avevano maturato fino a quel momento e, anziché seguire la logica dei diritti in competizione, ha adottato una soluzione mediatrice, rispettosa della complessa realtà sociale generata dall'errore medico.

L'importanza conferita alla dimensione sociale del ruolo genitoriale diviene, inoltre, evidente nel momento in cui la High Court valuta la rilevanza dell'art. 8 dello *Human Rights Act* – che ha reso la CEDU applicabile nell'ordinamento inglese e, in particolare, sancisce il diritto di ognuno al rispetto della vita privata e familiare – ai fini della risoluzione del caso di specie. Partendo dalla posizione di Mr B, il giudice ha osservato che – ben-

<sup>52</sup> M. Ford e D. Morgan, *Misconceived Conceptions*, in «Journal of Medical Ethics», 30, 2004, n. 5, p. 479.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

ché fosse il padre genetico dei gemelli – egli non aveva avuto occasione di stabilire alcun legame affettivo con i minori<sup>55</sup>. Di conseguenza, anche se – com'era evidente – non potesse considerarsi un donatore nel senso tradizionale del termine (se non nell'ambito della procedura omologa con sua moglie), l'unico fattore che lo univa a XA e ZA era – viste le tristi circostanze del caso – proprio l'uso del suo sperma<sup>56</sup>.

Tuttavia, il solo apporto di materiale genetico, ha rilevato la High Court, non è sufficiente a rendere un uomo titolare del diritto al rispetto della vita familiare protetto dall'art. 8. Come si evince dalla giurisprudenza di Strasburgo, l'esistenza di una vita familiare presuppone infatti relazioni affettive tra le persone coinvolte. In altre parole, l'esistenza di un legame genetico offre al padre genetico l'opportunità di sviluppare un legame affettivo con il figlio; tuttavia, se quest'uomo non assume alcuna responsabilità né dimostra alcun interesse a partecipare concretamente alla vita del figlio, i suoi diritti possono essere legittimamente limitati. Ne consegue quindi che – ribadisce la High Court – la situazione in cui una persona dona il suo sperma al solo fine di consentire a una donna di avere un figlio mediante PMA non conferisce al donatore il diritto al rispetto della sua vita familiare con il minore<sup>57</sup>.

A sostegno di tale principio, il tribunale ha riportato la decisione della Corte EDU nel ricorso *M c. Paesi Bassi*<sup>58</sup>. In questo caso, i giudici europei avevano affermato che persino un donatore che aveva saltuariamente contribuito alle cure del suo figlio biologico, nato e cresciuto da una coppia lesbica, non rientrava tra le persone aventi diritto al rispetto della vita familiare con il minore. Il ricorso del signor M – volto a ottenere il riconoscimento di un diritto di visita – era infatti stato ritenuto inammissibile nonostante le sue frequentazioni occasionali con il figlio a conferma dell'insufficienza del mero dato genetico a innescare l'applicabilità dell'art. 8 CEDU. A maggior ragione, ha affermato il giudice inglese, considerata l'assenza di alcun contatto tra i gemelli e Mr B, non poteva che concludersi così anche nei confronti di quest'ultimo<sup>59</sup>.

Sulla base delle stesse considerazioni, Mrs e Mr A erano invece titolari di un diritto al rispetto della vita familiare protetto dall'art. 8 CEDU: Mrs A – ha ribadito la High Court – è infatti la madre biologica dei gemelli; Mr A ha di fatto assunto sin dalla nascita il ruolo paterno e, così facendo, ha instaurato una relazione affettiva nei confronti di XA e ZA che considera suoi propri figli<sup>60</sup>. Attribuire la paternità legale in capo a Mr B comportava quindi un'ingerenza nella vita familiare dei coniugi A. Secondo il giudice

<sup>55</sup> *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust c. Mr and Mrs A and Others*, cit., § 44.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Ricorso n. 16944/90, sentenza dell'8 febbraio 1993.

<sup>59</sup> *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust c. Mr and Mrs A and Others*, cit., § 45.

<sup>60</sup> *Ibidem*, § 49.

adito, tuttavia, questa interferenza era giustificata in quanto prevista dalla legge e perseguente uno scopo legittimo – quale è la protezione dei diritti e degli interessi dei gemelli<sup>61</sup>. Inoltre, come anticipato sopra, l'adozione costituiva – per Mr A – un possibile rimedio atto a superare gli ostacoli al pieno godimento della sua vita familiare con XA e ZA.

La decisione del tribunale britannico, insomma, anziché scegliere tra due realtà apparentemente in competizione e mutualmente escludenti, concepisce il dato genetico e quello sociale come potenzialmente coesistenti; tutto ciò allo scopo di assicurare la protezione degli interessi di XA e ZA che, tra le parti coinvolte nello scambio, rappresentavano – a giudizio della High Court – coloro i cui diritti erano stati più severamente violati<sup>62</sup>. Così facendo, il giudice raggiunge un equo bilanciamento tra interessi ed esigenze, apparentemente, contrapposte.

Da un lato, la decisione di mantenere la situazione familiare dei gemelli inalterata e quindi di confermare la loro permanenza presso la famiglia A (in conformità all'accordo delle parti) risponde al bisogno di proteggere l'integrità della vita familiare di fatto esistente tra i coniugi A e i minori. Dall'altro lato, il riconoscimento della paternità legale in capo a Mr B in conformità ai risultati ottenuti dal test del DNA attribuisce rilevanza a un altro aspetto fondamentale dell'esistenza di XA e ZA, ovvero la loro identità paterna e, così facendo, soddisfa l'interesse dei minori a conoscere le proprie origini genetiche<sup>63</sup>. Il giudice ha infatti ritenuto che, viste le circostanze del caso, la conoscenza della verità genetica fosse – rispetto a una certezza fittizia, come quella derivante dalla presunzione di paternità – più funzionale al rispetto dei diritti dei gemelli e al loro benessere<sup>64</sup>: rifiutare di riconoscere Mr B come padre legale equivale (infatti) a distorcere la verità di cui, un giorno o l'altro, i gemelli verranno a conoscenza<sup>65</sup>.

In conclusione, anziché cercare di mantenere intatta l'immagine della famiglia tradizionale rimuovendo quanto ad essa non funzionale, il giudice ha preso atto della frammentazione della figura paterna come conseguenza inevitabile dello scambio di sperma. Questa decisione dimostra che dare rilievo alla verità genetica, quando questa non coincide con la realtà sociale dei minori coinvolti, non significa necessariamente sminuire o ignorare l'aspetto relazionale e affettivo della genitorialità, bensì riconoscere la complessità dei nuovi fenomeni familiari. Nel caso di specie, la dichiarazione di paternità a favore di Mr B non ha infatti impedito il consolidarsi di relazioni permanenti tra i minori e Mr A e, allo stesso tempo, ha riconosciuto l'impor-

<sup>61</sup> *Ibidem*, § 54.

<sup>62</sup> *Ibidem*, § 55.

<sup>63</sup> *Ibidem*, § 56, «They also retain the great advantage of preserving the reality of their paternal identity».

<sup>64</sup> *Ibidem*, § 57.

<sup>65</sup> *Ibidem*.



tanza della genitorialità genetica come componente essenziale dell'identità di ognuno.

### 3.3. *Il caso dell'ospedale Pertini: la genitorialità biologica-sociale prevale su quella genetica*

Infine, merita volgere la nostra attenzione alla più recente – almeno tra quelle conosciute – vicenda di scambio con implicazioni sulla determinazione dello *status filiationis*: quella avvenuta in un ospedale romano, le cui circostanze fattuali sono ampiamente conosciute in conseguenza dell'espasata vetrina mediatica a cui è stata sottoposta. Questo caso ha origine alla fine del 2013, quando due coppie – entrambe affette da infertilità – si rivolgono all'ospedale Pertini di Roma per soddisfare il loro desiderio di genitorialità avviando due distinte procedure di fecondazione omologa – unica tecnica di PMA praticabile ai sensi dalla normativa vigente all'epoca dei fatti. In conseguenza di un grave errore verificatosi in laboratorio e scopertosi solo durante la gravidanza di una delle due donne, l'esito si è tradotto in due procedure eterologhe: le provette contenenti gli embrioni creati *in vitro* con i gameti appartenenti rispettivamente ai componenti di ciascuna delle coppie sono state involontariamente scambiate e gli embrioni sono stati impiantati nell'utero della donna diversa da quella geneticamente destinata.

Ad aggravare la situazione, mentre in un caso l'impianto dell'embrione ha dato luogo a una regolare gravidanza da cui, il 3 agosto del 2014, sono nati due gemelli, l'altra coppia non ha raggiunto il risultato sperato. Accertato l'avvenuto scambio prima del parto, la donna gestante ha comunque deciso di portare a termine la gravidanza e ha espresso l'intenzione di assumersi la responsabilità genitoriale nei confronti dei nascituri, anche se geneticamente a lei estranei. Il marito ha manifestato la medesima intenzione, così come l'altra coppia che, facendo leva sul dato genetico – ovvero sul fatto che l'embrione erroneamente impiantato fosse esclusivamente frutto del loro patrimonio genetico – ha rivendicato la titolarità del rapporto di filiazione nei confronti dei nascituri.

È quindi da questo momento che il consenso delle parti, *ab origine* unidirezionale, si è scisso<sup>66</sup>. Di qui l'esigenza di stabilire chi sia la madre e chi sia il padre dei nati, sciogliendo un dilemma – che non si era mai posto prima ai giudici italiani – la cui problematicità etica è innegabile e sorge essenzialmente dalla necessità di ricomporre bisogni totalmente contrapposti: da un lato, quello di assicurare ai nascituri la certezza di riferimenti genitoriali e di una famiglia; dall'altro, quello di garantire – finché possibile – la

<sup>66</sup> A. Mendola, *Favor minoris e presidio del dato biologico*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», 2015, n. 2, p. 558.



tutela degli interessi di coloro che hanno fatto ricorso alla PMA con il desiderio di diventare genitori<sup>67</sup>.

Il percorso giudiziario della vicenda si compone di quattro tappe principali: il ricorso cautelare proposto dalla coppia di genitori genetici che si è concluso con l'ordinanza del Tribunale di Roma dell'8 agosto 2014; il ricorso presentato dinanzi alla Corte EDU, lamentando la violazione dell'art. 8 CEDU, che è stato ritenuto irricevibile dai giudici di Strasburgo in data 10 ottobre 2014<sup>68</sup>; una seconda richiesta avanzata dal padre genetico, rigettata dallo stesso giudice romano con ordinanza del 22 aprile 2015; e, infine, la richiesta dei genitori genetici volta a ottenere una dichiarazione di genitorialità genetica in loro favore che, in conformità ai provvedimenti precedenti, è stata ritenuta infondata dal Tribunale di Roma con sentenza del 10 maggio 2016.

Nell'analisi che segue, si ritiene opportuno soffermarsi, in particolar modo, sulla prima ordinanza emessa dal Tribunale di Roma in data 8 agosto 2014, in quanto essa rappresenta il provvedimento più significativo dell'intera vicenda e le ordinanze successive si limitano a reiterarne il contenuto. Prima di addentrarci nell'analisi di questo provvedimento, tuttavia, merita introdurre – seppur brevemente – il parere formulato dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), il quale – visti i delicati interrogativi etici sollevati dallo scambio di embrioni – era stato interpellato ancora prima della nascita dei gemelli<sup>69</sup>. A dimostrazione dell'estrema complessità della questione, il CNB non si è sentito pronto a stabilire la prevalenza dell'una o dell'altra coppia genitoriale «nella consapevolezza che qualsiasi sia la situazione in cui i bambini cresceranno il dilemma etico resterà aperto»<sup>70</sup>, ma si è limitato ad avanzare argomenti a favore delle varie figure genitoriali coinvolte (madre gestante, madre genetica, padre genetico, padre legale o sociale).

Pur non esprimendo una «preferenza» bioetica<sup>71</sup>, il CNB ha sottolineato che il bilanciamento degli interessi in gioco dovesse essere realizzato muovendo dalla prospettiva dell'interesse dei futuri nati, a cui spetta una posizione di preminenza, in quanto soggetti più deboli della vicenda<sup>72</sup>. Per parlar più chiaro, a detta del CNB, la soluzione adottata doveva rispondere all'esigenza di assicurare «due figure genitoriali certe di riferimento, con piena titolarità di responsabilità giuridiche e in condizione di esercitare il diritto di scegliere con consapevolezza e autorevolezza ciò che ritengono es-

<sup>67</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, cit., p. 9.

<sup>68</sup> *X e Y c. Italia*, ricorso n. 41146/14, decisione del 16 dicembre 2014.

<sup>69</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, cit.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

sere il meglio per i propri figli»<sup>73</sup>, ma allo stesso tempo superare la logica dei diritti in competizione e, quindi, evitare l'esclusione dell'altra coppia dalla vita dei nati, essendo fondamentale per il loro sereno ed equilibrato sviluppo instaurare un rapporto significativo con tutti coloro che avevano contribuito alla loro esistenza, in modo genetico o gestazionale<sup>74</sup>. Il pericolo di eventuali comportamenti escludenti posti in essere da un nucleo familiare nei confronti dell'altro poteva essere scongiurato, secondo il CNB, prevedendo un diritto di visita, strumento essenziale per assicurare ai figli una vita serena al di fuori del conflitto<sup>75</sup>.

Come anticipato, l'iter giudiziario della vicenda ha origine ancor prima della nascita dei gemelli, quando i genitori genetici hanno proposto ricorso davanti al Tribunale di Roma ai sensi dell'art. 700 c.p.c. L'azione cautelare era volta a evitare la formazione dell'atto di nascita a favore della partoriente e, per effetto dei conseguenti effetti di legge, del marito di lei, chiedendo, al contempo, di poter dichiarare la propria genitorialità legale, in conformità alla realtà genetica, con conseguente consegna dei neonati. Nelle more tra il ricorso e l'udienza di discussione, sono nati i gemelli, i quali sono stati registrati all'anagrafe come figli della partoriente e del marito. Questo fatto ha costretto i ricorrenti a modificare la loro domanda in udienza, chiedendo che i neonati fossero affidati a una struttura idonea, così separandoli dai genitori biologici o, in subordine, che fosse loro riconosciuto un diritto di visita al fine di garantire l'instaurazione, nell'immediato, di un rapporto affettivo con i minori. Entrambe le istanze venivano fatte precedere dalla richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale delle norme sulla filiazione – la cui applicazione aveva portato al riconoscimento dei resistenti quali genitori dei nati – laddove non ammettono eccezioni al principio *mater semper certa est* e non consentono ai genitori genetici di proporre azioni volte all'accertamento della genitorialità<sup>76</sup>.

L'altra coppia – quella dei genitori biologici – si era opposta alla domanda cautelare dei ricorrenti osservando che, in seguito alla nascita avvenuta in data 3 agosto 2014 (ovvero qualche giorno prima l'udienza di discussione), i gemelli avevano legittimamente acquisito lo status di figli della partoriente e, per effetto della presunzione di paternità, del marito di quest'ultima, in

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 10-11.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> In particolare, i ricorrenti richiedevano di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 269 c.c., nella parte in cui dispone, senza eccezioni, che madre sia colei che partorisce il figlio, dell'art. 239, comma 1, c.c. nella parte in cui prevede la possibilità di reclamare lo stato di figlio solo in caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato, e dell'art. 243-bis c.c. nella parte in cui limita la legittimazione a proporre l'azione di disconoscimento di paternità soprattutto per manifesta disparità di trattamento con quanto previsto dall'art. 263 c.c., il quale stabilisce, invece, che l'azione possa essere proposta da chiunque vi abbia interesse.

armonia con le disposizioni vigenti, ritenute compatibili con la piena realizzazione dell'interesse del minore a conservare il rapporto con la madre che li aveva messi al mondo. Anche il Pubblico Ministero, intervenuto nell'udienza, aveva chiesto il rigetto del ricorso in quanto si sarebbe verificata la piena applicazione del principio *mater semper certa est* e vi sarebbe stato un interesse dei minori a non essere separati dalla madre biologica.

In data 8 agosto 2014, il giudice monocratico del Tribunale di Roma ha respinto la domanda cautelare dei genitori genetici dei due gemelli, che erano nel frattempo nati (anche se l'intento dei ricorrenti era quello di ottenere la pronuncia del giudice *ante partum*), e ha dichiarato genitori legali dei nati la donna che li ha messi al mondo e il marito. Con questa ordinanza, il giudice ha quindi stabilito che, anche in caso di accidentale scambio di embrioni frutto di errore tecnico nell'esecuzione di una PMA omologa, lo *status filiationis* dei nati dovesse determinarsi in conformità alle regole attributive tradizionali, che fondano la maternità sull'elemento del parto e la paternità sul matrimonio con la donna partoriente, in quanto pienamente rispondenti al superiore interesse del minore, a cui spetta una posizione di preminenza rispetto agli altri interessi coinvolti.

Il giudice romano, nella sua articolata ordinanza, si è innanzitutto soffermato sull'inquadramento della fattispecie e, in via preliminare, ha affermato che la delicatezza della questione, oltre che per le gravi conseguenze umane sofferte da tutti i soggetti coinvolti, si dovesse al fatto che «il diritto non contempla e non disciplina in modo esplicito la fattispecie in esame»<sup>77</sup>. L'arduo compito che gli spettava era, quindi, quello di individuare, in assenza di una disciplina specifica, il principio giuridico più consono a risolvere la tensione relativa allo *status filiationis* tra genitori genetici, da cui provengono i gameti, e genitori biologici, ovvero la donna che ha dato alla luce i due gemelli e suo marito. A rendere particolarmente complessa l'individuazione della disciplina applicabile era, non soltanto l'assenza di una norma che regolasse espressamente la vicenda in esame, ma soprattutto l'assoluta singolarità della vicenda stessa che faceva sorgere dubbi sulla legittimità di un'applicazione delle norme vigenti per via analogica<sup>78</sup>.

Secondo il ragionamento del giudice romano, il caso in esame non era pienamente assimilabile a nessuno dei paradigmi della PMA e, di conseguenza, le norme previste dalla legge n. 40/2004 risultavano essere di limitata rilevanza attuativa. La fattispecie non era, infatti, ascrivibile – a parere del giudice – all'ipotesi di PMA eterologa, mancando, almeno inizialmente, il consenso all'utilizzo di materiale genetico di altri soggetti e l'individuazione di donatori che intendessero consapevolmente mettere a disposizione il proprio

<sup>77</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014, p. 3.

<sup>78</sup> M.G. Cabitza, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, in «Rivista di BioDiritto», 2014, n. 2, p. 200.

patrimonio genetico, rinunciando alla genitorialità<sup>79</sup>. Le regole attributive degli status in seguito a PMA eterologa – secondo le quali coloro che prestano il consenso alla procedura sono da considerarsi i genitori dei nati, senza la possibilità per il padre di disconoscere la paternità e per la madre di partorire in anonimato<sup>80</sup> – risultavano, quindi, inapplicabili in quanto le parti avevano prestato il loro consenso alle sole tecniche di fecondazione omologa<sup>81</sup>.

Pur condividendone alcuni aspetti di non secondaria importanza, la vicenda in questione non poteva neppure essere inquadrata nel paradigma della cosiddetta maternità surrogata, in quanto mancavano – al momento del ricorso al trattamento di PMA – gli elementi essenziali caratterizzanti quest'ultima: in particolare, la donna gestante intendeva sottoporsi a un trattamento di fecondazione omologa e aveva prestato il suo consenso unicamente per tale pratica e, quindi, non intendeva collaborare in qualità di estranea – portando a termine la gravidanza per conto di altri e consegnando il nato a coloro che avevano manifestato la volontà di assumersene la responsabilità – alla realizzazione del progetto genitoriale dell'altra coppia<sup>82</sup>. La gravidanza da cui sono nati i gemelli, infatti, non era il risultato di un simile accordo, bensì la conseguenza dell'altrui condotta colposa<sup>83</sup>; è un dato incontrovertibile che entrambe le coppie perseguivano un progetto genitoriale proprio e non altrui<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014, p. 3.

<sup>80</sup> Legge n. 40/2004, art. 9, commi 1 e 2.

<sup>81</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014, p. 3; Comitato Nazionale per la Bioetica, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, cit., p. 6.

<sup>82</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014, p. 3.

<sup>83</sup> E. Luzi, C. Centola e M. Crusco, *Scambio di embrioni, genitorialità e status filiationis: tra verità genetica e appartenenza biologica*, in «Rivista di BioDiritto», 2016, n. 2, p. 295; Bianca, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio di embrioni*, cit., p. 188.

<sup>84</sup> La dottrina si è spinta oltre le riflessioni del giudice romano, passando al vaglio ulteriori ipotesi di inquadramento. Alcuni autori (*inter alia*, Luzi *et al.*, *Scambio di embrioni, genitorialità e status filiationis: tra verità genetica e appartenenza biologica*, cit., p. 295; Cabitza, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, cit., p. 201) hanno sostenuto che la vicenda in esame non potesse essere ricondotta neppure all'ipotesi di donazione di gameti o di un embrione già formato, mancando – ancora una volta – la volontà dei genitori genetici idonea a giustificare la donazione di embrioni verificatasi per errore. Come sottolineato dal Comitato Nazionale per la Bioetica (*Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, cit., p. 7), la posizione dei genitori genetici non è infatti assimilabile a quella in cui versano donatori/donatrici di gameti, che partecipano al processo procreativo con la consapevolezza che non potranno vantare alcun diritto o vedersi imposto alcun obbligo parentale nei confronti del nato. A parere della stessa dottrina e del CNB, inoltre, sembra potersi sostenere anche l'inapplicabilità in via analogica dell'art. 240 c.c., il quale consente di contestare lo status del figlio come risulta dal certificato di nascita (che indica come madre colei che ha partorito e come padre il marito di quest'ultima) in caso di supposizione di parto o di sostituzione di neonato. Nel caso di cui si discute, infatti, il parto ha effettivamente avuto luogo e lo scambio materiale è avvenuto in epoca a dir poco antecedente alla futura nascita e, quindi, non ha riguardato persone già venute in esistenza.

Utilizzando le espressioni coniate dal CNB, il giudice ha affermato che ci si trovasse dinanzi a un caso di «eterologa “da errore”» o «surroga “da errore”», che – data la sua singolarità – creava una situazione di incertezza in merito alla maternità e alla paternità dei nati<sup>85</sup>. Si tratta, tuttavia, come osserva Bianca, di espressioni che non assumono alcun rilievo tecnico, ma si limitano a descrivere delle situazioni di fatto, in cui il patrimonio genetico altrui è stato impiantato nell’utero della donna partoriente e una donna porta avanti una gravidanza generata dal patrimonio genetico di persone a lei estranee, rispettivamente<sup>86</sup>. In poche parole, il caso in esame si concretizza in un’ipotesi speciale di PMA che rileva sul piano fattuale, ma al quale non risulta direttamente applicabile il regime giuridico previsto per questo tipo di filiazione e genitorialità, che trae il proprio fondamento dalla volontà e non dal dato genetico.

Sostituendosi all’elemento determinante del consenso (che ricopre un valore vincolante in ogni singola fase del trattamento che conduce alla PMA) e al principio di autoresponsabilità, su cui si fondano le disposizioni in materia di PMA, l’errore umano rende queste ultime inapplicabili<sup>87</sup>. L’errore fa sì che il diritto debba muoversi e orientarsi in spazi nuovi e inesplorati, che non sono né quelli della fecondazione omologa, da cui il processo procreativo si era sviluppato, né quelli della fecondazione eterologa o della maternità surrogata, a cui il processo non ha mai teso<sup>88</sup>. Il giudice si trova quindi di fronte a una lacuna normativa da colmare per via interpretativa, facendo uso delle disposizioni vigenti che nascono per regolare situazioni che non contemplano un involontario scambio di embrioni come quello avvenuto all’Ospedale Pertini<sup>89</sup>.

Pur constatando l’atipicità della vicenda e l’assenza di un «diritto al caso», il Tribunale di Roma, alla fine, ha trovato una soluzione applicando il diritto vigente – in particolare, i principi generali in tema di accertamento di *status filiationis* – considerato pienamente rispondente all’interesse superiore del minore. Nello specifico, il giudice monocratico del Tribunale di Roma ha stabilito che i genitori dei minori fossero la donna che ha partorito e il marito di lei. Tra i principi esistenti nell’attuale ordinamento giuridico che hanno legittimato questa scelta, rileva innanzitutto quello statuito dall’art. 269, comma 3, c.c.<sup>90</sup>, che attribuisce, senza eccezioni, la maternità a colei

<sup>85</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell’8 agosto 2014, p. 3.

<sup>86</sup> Bianca, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull’erroneo scambio di embrioni*, cit., pp. 189-190.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>88</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, cit., Postilla della prof.ssa Marianna Gensabella, p. 19.

<sup>89</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell’8 agosto 2014, p. 4.

<sup>90</sup> L’art. 269, comma 3, c.c. sancisce che: «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».

che partorisce. Secondo il diritto vigente, quindi, il parametro di attribuzione della maternità non è la verità genetica del concepimento, ma quella gestazionale e del parto della madre.

Il giudice ha inoltre osservato come, nonostante fosse stato introdotto con la riforma del 1975 (e, quindi, in un'epoca in cui la PMA era ancora agli albori), il legislatore avesse voluto mantenere il principio *mater semper certa est* e, quindi, la determinazione della maternità legata all'evento storico del parto, anche in seguito alle modifiche introdotte con la riforma della filiazione (d.lgs. n. 154/2013), la quale, peraltro, ha limitato la possibilità di contestare lo stato di figlio ai casi di sostituzione o supposizione di parto<sup>91</sup>. Questo – a parere del giudice – a dimostrazione del fatto che il legislatore ritenesse la norma tradizionale ancora adeguata per la regolamentazione dei rapporti familiari sul versante materno, nonostante la maturata consapevolezza di un contesto scientifico e sociale che permette la scissione tra i diversi aspetti della maternità<sup>92</sup>.

La decisione *ex latere pateris* è stata, invece, motivata in base all'applicazione della norma sulla presunzione di paternità, secondo cui è padre del figlio concepito o nato in costanza di matrimonio il marito della madre (art. 231 c.c.), anch'essa riconfermata dalla recente riforma della filiazione<sup>93</sup>. Pur affermando che la vicenda non è sussumibile nel paradigma della PMA eterologa, il giudice ha ritenuto opportuno osservare che lo *status filiationis* non muterebbe nell'ipotesi di figlio nato grazie all'utilizzo di tecniche di PMA – anche eterologa – in quanto l'art. 9 della legge n. 40 stabilisce che è padre non il donatore di gameti, ma colui che ha prestato il proprio consenso al trattamento, che conseguentemente non potrà agire per il disconoscimento del figlio, né per far dichiarare la non veridicità del riconoscimento.

A sostegno della soluzione adottata, il giudice ha spiegato che questa si inserisce in una più ampia tendenza – riscontrabile nel nostro ordinamento, ma non solo – a svincolare il rapporto di filiazione dal dato genetico e ad attribuire un rilievo sempre maggiore al concetto di volontarietà del comportamento e all'assunzione della responsabilità, così da attribuire la genitorialità a coloro che, indipendentemente dal loro contributo genetico, abbiano voluto il figlio<sup>94</sup>. La prevalenza della genitorialità biologica-legale su quella genetica – aggiunge il tribunale – non deve destare meraviglia anche

<sup>91</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014, pp. 4 e 7.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> L'art. 331 c.c., così come modificato dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 prevede che: «il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio».

<sup>94</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014, p. 4. Sul punto, Scalera ritiene che il principio di volontarietà non possa essere decisivo ai fini della risoluzione del caso concreto, in quanto entrambe le coppie intendevano assumersi la responsabilità genitoriale sui nascituri. Si veda A. Scalera, *Mater semper certa est? Considerazioni a margine dell'ordinanza sullo scambio di embrioni*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2014, n. 10, p. 1118.



alla luce del fatto che la stessa nozione di famiglia si è evoluta e si è andata sganciando dall'appartenenza genetica, venendo intesa sempre più come «luogo degli affetti e della solidarietà reciproca, prima comunità ove si svolge e si sviluppa la personalità del singolo»<sup>95</sup>. La genitorialità dunque, nell'interpretazione proposta dal giudice, equivale a una «volontarietà genitoriale, consapevole e informata ma anche – come nel caso del Pertini, non consapevole ma comunque voluta»<sup>96</sup>.

Il valore assoluto del dato genetico – spiega il tribunale – è stato quindi sostituito dalla valutazione del dato concreto del rapporto familiare e dell'interesse superiore del minore coinvolto<sup>97</sup>. Questo nuovo approccio emerge, ad esempio, dalle pronunce CEDU nei casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*<sup>98</sup>, in cui – osserva il giudice romano – l'importanza del carattere necessariamente genetico del rapporto di filiazione è stata ridotta in maniera significativa in favore del «diritto del minore a mantenere il legame familiare consolidatosi nel tempo»<sup>99</sup>. La giurisprudenza CEDU così come quella interna (*in primis*, la celebre sentenza della Cassazione n. 2315 del 16 marzo 1999, che ha segnato la fine della verità biologica quale principio cardine nel sistema dei rapporti di filiazione) sono – a parere del giudice romano – prova del fatto che il diritto all'identità personale è sempre più indipendente dalla verità genetica e, al contrario, modellato dalla sfera degli affetti e dal vissuto familiare della persona coinvolta<sup>100</sup>.

Un'altra prova tangibile del ridimensionamento del dato genetico – aggiunge il giudice romano – sono le nuove disposizioni in materia di disconoscimento di paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, introdotte dalla riforma del 2013, che si motivano con l'esigenza di ricercare un equilibrio tra il principio di verità della filiazione e l'interesse del figlio alla conservazione dello status<sup>101</sup>. Proprio in questo senso, la novella di cui al d.lgs. n. 154/2013 prevede un termine perentorio di cinque anni dalla nascita oltre il quale non è più possibile esercitare le suddette azioni. Così facendo, spiega il tribunale, il legislatore ha voluto dare priorità alla stabilità del rapporto consolidatosi nel tempo e al mantenimento degli affetti che ne fondano l'identità, ancorché non supportati da un legame genetico, rispetto all'emersione della verità genetica o biologica<sup>102</sup>.

<sup>95</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014, p. 5.

<sup>96</sup> F. Campodonico, *Eterologhe «da errore» e salomonici abusi. Commenti a margine della Risposta del Comitato Nazionale di Bioetica e dell'Ordinanza del Tribunale di Roma sul caso dello scambio di embrioni all'ospedale Pertini di Roma*, in «Rivista di BioDiritto», 2015, n. 1, p. 171.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> Ricorsi n. 65192/11 e 65941/11, sentenza del 26 giugno 2014.

<sup>99</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014, p. 6.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> *Ibidem*.



Alla luce di queste considerazioni, è quindi chiaro che il carattere necessariamente biologico o genetico della filiazione sia venuto meno e che la valutazione del caso concreto e del legame familiare effettivamente esistente sia emerso quale parametro-guida utilizzato per ricomporre tensioni tra interessi contrapposti<sup>103</sup>. Ne consegue quindi che, afferma il giudice, sono proprio i rapporti concreti che si instaurano tra i componenti di un nucleo familiare (indipendentemente dalla loro forma) che il diritto deve garantire, avendo sempre come riferimento l'interesse superiore del minore<sup>104</sup>. Nel caso di specie, pertanto, il tribunale ha ritenuto di rigettare la richiesta dei ricorrenti di sollevare questione di costituzionalità delle norme in materia di filiazione, proprio in virtù della loro idoneità ad assicurare una soddisfacente tutela degli «interessi dei minori alla stabilità del loro status e del loro diritto a vivere con quella che è la propria famiglia secondo l'ordinamento vigente»<sup>105</sup>.

Oltre a riflettere una visione più moderna e concreta delle relazioni familiari, quindi, l'attribuzione della genitorialità legale in capo alla coppia di genitori biologici persegue – nel ragionamento del giudice – un altro importante obiettivo: quello di garantire che l'interesse dei gemelli a mantenere rapporti affettivi già consolidati riceva una tutela adeguata. La centralità riservata all'interesse superiore del minore, innalzato a «criterio guida ai fini del bilanciamento degli interessi in conflitto»<sup>106</sup>, è, senz'altro, l'aspetto dell'ordinanza in cui si coglie con maggiore evidenza l'impronta del parere reso dal CNB. Con riferimento alla maternità, l'applicazione del principio *mater semper certa est* produce un risultato che mira alla realizzazione dell'interesse dei minori a non essere separati dalla madre che li ha portati in grembo e partoriti, considerato che – dice il tribunale – la letteratura scientifica è unanime nel riconoscere che sia proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra la madre e il nascituro<sup>107</sup>. Non a caso, aggiunge il tribunale, la madre uterina è la sola a poter provvedere all'allattamento al seno del bambino<sup>108</sup>.

Lo stesso interesse dei minori a mantenere rapporti già consolidati si paleserebbe, a parere del giudice, nei confronti del padre biologico. Considerato il fatto che, al momento dell'ordinanza, i gemelli erano già nati e inseriti in una famiglia, il giudice ha ritenuto che non potesse non riscontarsi

<sup>103</sup> *Ibidem*.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 7. Questo punto emerge anche dalle riflessioni del CNB (*Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, cit., p. 7): «tra la madre gestante e il nascituro si determinano e si consolidano, nel corso della gravidanza, innegabili legami di ordine biologico, psichico e sensoriale».

<sup>108</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014, p. 7.

un interesse dei nati a mantenere il rapporto affettivo già instaurato con entrambi i genitori biologici nei primi giorni di vita<sup>109</sup>. Questo rapporto, a parere del giudice, sarebbe stato così significativo da impedire scelte diverse. Il giudice romano ha, quindi, sancito la prevalenza della genitorialità biologica su quella genetica come soluzione che meglio si concilia con l'interesse dei gemelli a rimanere dentro la famiglia, intesa come comunità di affetti, che hanno già costituito<sup>110</sup>.

Nonostante l'ordinanza dell'8 agosto rappresenti senz'altro la tappa più significativa dell'iter giudiziario della vicenda, merita, ai fini della completezza della trattazione, dedicare qualche considerazione ai passi successivamente intrapresi dalla coppia dei genitori genetici. Vedendosi rigettato il loro primo ricorso dinanzi al Tribunale di Roma, i ricorrenti avevano deciso di portare il caso all'attenzione della Corte EDU, lamentando la lesione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare, protetto dall'art. 8 CEDU<sup>111</sup>. La decisione dei giudici di Strasburgo, tuttavia, non avanza alcuna riflessione sul merito in quanto il ricorso è stato ritenuto irricevibile per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne<sup>112</sup>. In particolare, la Corte ha evidenziato che i ricorrenti non avevano introdotto alcuna azione volta a ottenere il risarcimento del danno derivante da negligenza medica (come indicato nella decisione del Tribunale di Roma), né ad accertare l'eventuale responsabilità penale delle parti coinvolte. Parimenti, ha aggiunto la Corte, i ricorrenti non avevano presentato domanda di accesso ai documenti amministrativi per ottenere le informazioni richieste nell'ambito del processo cautelare.

Tentata infruttuosamente la via europea, il padre genetico aveva presentato un secondo ricorso, con il quale conveniva in giudizio i genitori biologici al fine di proporre un'azione di disconoscimento della paternità<sup>113</sup>. Essendo consapevole di non essere legittimato, secondo l'ordinamento vigente, alla proposizione di questa azione, il ricorrente aveva chiesto al Tribunale di Roma di sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 243 c.c., nella parte in cui non annovera il padre genetico tra i soggetti legittimati a proporre l'azione di disconoscimento in caso di sostituzione di embrione avvenuta nel corso di un trattamento di PMA. Col medesimo ricorso,

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> *X e Y c. Italia*, cit. A commento di questa decisione, si veda, *inter alia*, A. Scalerà, *La vicenda dello scambio di embrioni al vaglio della Corte di Strasburgo*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2015, n. 4, pp. 385-386.

<sup>112</sup> Questo requisito è previsto dall'art. 35, par. 1 della CEDU; I. Rivera, *Caso X e Y c. Italia della Corte europea dei diritti dell'uomo: lo scambio degli embrioni (non) va a Strasburgo*, in «Forum Costituzionale», 27 novembre 2014, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/12/rivera.pdf>.

<sup>113</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza del 22 aprile 2015.

il padre genetico richiedeva, inoltre, un provvedimento di urgenza che gli garantisse il diritto di frequentare i gemelli – anche alla presenza di una figura terza specializzata in mediazione familiare – così da non compromettere la possibilità di instaurare una relazione genitoriale, nel tempo necessario per l'accertamento del suo diritto.

Pronunciandosi sul merito, il giudice romano ha confermato il rigetto delle richieste del ricorrente, peraltro ribadendo quanto statuito nel suo precedente provvedimento, facendo leva su due argomenti principali. Il tribunale ha innanzitutto osservato che, trascorsi otto mesi dalla nascita dei gemelli, i legami familiari tra i nati e i genitori biologici – già riscontrati in occasione del precedente ricorso – non potessero che essersi rafforzati e intensificati e che, quindi, dovesse escludersi la rispondenza all'interesse dei minori «di un protrarsi della condizione di instabilità e incertezza della loro situazione familiare e di una prospettiva di recisione delle relazioni genitoriali già instaurate tra gli stessi e la coppia dei resistenti»<sup>114</sup>. Oltre a porsi in netto contrasto con l'interesse dei minori, la questione di costituzionalità proposta dal ricorrente non poteva – a detta del giudice – essere sollevata in quanto avrebbe invocato interventi manipolativi della Consulta in materia «non costituzionalmente obbligata», ma riservata alla discrezionalità del legislatore.

Le richieste dei genitori genetici non hanno trovato accoglimento neppure nella sentenza emessa dallo stesso tribunale romano in data 29 aprile 2016, con cui si è concluso il primo grado del giudizio di merito della drammatica vicenda del Pertini<sup>115</sup>. Oltre a respingere l'istanza di sollevare la questione di legittimità costituzionale delle regole attributive degli status, il giudice adito ha – ancora una volta – rigettato la domanda dei ricorrenti di vedersi riconoscere la qualifica di madre e padre genetici richiamando i suoi precedenti arresti giurisprudenziali e, essenzialmente, sulla base dei seguenti motivi: innanzitutto, perché le disposizioni normative in materia di filiazione impongono l'attribuzione della genitorialità in capo ai convenuti; inoltre, perché la richiesta dei genitori genetici era volta a una modificazione della situazione familiare dei minori contraria al loro interesse che – nella risoluzione del caso concreto – deve essere considerato preminente.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>115</sup> A commento di questa sentenza, si veda, *inter alia*, M.N. Bugetti, *Fecondazione accidentalmente eterologa e tutela dell'interesse del minore*, in «Famiglia e Diritto», 2016, n. 7, pp. 680-686.

### 3.3.1. Punti critici: l'interesse dei minori e l'attribuzione della paternità legale in capo al padre biologico

Seppur largamente condivisa, la decisione del Tribunale di Roma non è stata da tutti considerata la migliore risposta che l'ordinamento potesse fornire a una situazione di scambio involontario di embrioni. Per quanto riguarda la determinazione dello *status filiationis* sul versante materno, la prevalenza della madre biologica su quella genetica non ha destato particolari reazioni. Sebbene il tribunale si trovasse di fronte a una co-partecipazione di più donne e, quindi, a un fenomeno complesso rispetto al quale «difficilmente il diritto potrà trovare soluzioni di giustizia»<sup>116</sup>, la scelta di applicare la regola tradizionale *mater semper certa est* ha trovato ampio accoglimento per ragioni innanzitutto emotivo-relazionali: appare, infatti, decisamente più traumatico sottrarre il nato a colei che lo ha partorito rispetto alla madre genetica<sup>117</sup>. La preferenza espressa dal tribunale è, inoltre, anche coerente con le indicazioni provenienti da altre giurisdizioni che, prima della nostra, hanno affrontato le questioni poste dalla pratica della maternità surrogata. Nessun ordinamento che la consente prevede infatti la possibilità di costringere la madre gestante a rinunciare al figlio che ha messo al mondo e a consegnarlo alla madre intenzionale, anche nel caso in cui quest'ultima sia geneticamente legata al nato.

Le critiche mosse dalla dottrina hanno, pertanto, riguardato altri passaggi della decisione. Tra gli aspetti indubbiamente più controversi vi è l'attribuzione della paternità in capo al padre sociale e l'interpretazione del principio dei *best interests of the child* offerta a giustificazione di questa conclusione. Come anticipato nel capitolo precedente, infatti, la flessibilità che è insita nel concetto di *best interests* fa sì che il suo contenuto vari a seconda dell'interpretazione che gli viene data e che, quindi, sia la discrezionalità del giudice nello stabilire a quale aspetto, in particolare, dare priorità a determinare l'esito del caso concreto. Pertanto, seppure sia assolutamente condivisibile la scelta del giudice romano di assumere come punto fondamentale l'interesse dei nati, parte della dottrina sostiene che la lettura proposta nel caso di specie non fosse quella più idonea al raggiungimento del superiore interesse dei gemelli.

Come illustrato sopra, il tribunale ha confermato l'operatività delle regole tradizionali che disciplinano l'attribuzione della genitorialità nel nostro ordinamento – preservandole dal giudizio di costituzionalità – in quanto compatibili con l'interesse dei minori alla continuità dei rapporti famigliari

<sup>116</sup> Corti, *Due gemelli e quattro genitori interrogano il diritto. (Riflessioni in merito all'erroneo scambio di embrioni: ordinanza del Tribunale di Roma 8 agosto 2014)*, cit., p. 128.

<sup>117</sup> *Ibidem*; Cabitza, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, cit., p. 210.

e affettivi sviluppati con la coppia di genitori biologici. Il giudice ha inoltre ritenuto che l'interesse dei minori fosse lo stesso in relazione alle due dimensioni della genitorialità, quella materna e quella paterna. Secondo un'opinione divergente, invece, ci sarebbero chiari elementi che fanno dubitare sull'opportunità di una trattazione congiunta e che, in particolare, invitano riflessioni più approfondite sulla compatibilità della prevalenza della paternità sociale su quella genetica con l'interesse dei nati.

Ad esigere un'analisi distinta di maternità e paternità sarebbe il ruolo primario e unico che la donna svolge nel processo procreativo e l'impossibilità, nel caso di specie, di rinvenire legami affettivi tra il padre sociale e i nati. Considerato, infatti, che «pertiene solo al sesso femminile il sostenere una gravidanza, portare il bambino e farlo nascere partorendo»<sup>118</sup>, tra il padre sociale e i gemelli non era – all'epoca della decisione – riscontrabile lo stesso legame consolidatosi con la madre durante la gestazione. A pochi giorni dalla nascita, il rapporto affettivo tra il padre sociale e i gemelli era ancora tutto da costruire; il padre sociale si trovava, infatti, in una posizione analoga a quella del padre genetico, non essendo riscontrabile in capo a nessuno dei due un legame affettivo idoneo a giustificare la prevalenza della *factio iuris* sulla verità genetica<sup>119</sup>. Pur non attribuendo un valore assoluto alla verità genetica, tale prospettiva prevede che, in assenza di legami famigliari significativi, debba darsi la priorità alla paternità genetica, essendo tale opzione funzionale alla realizzazione dell'interesse dei gemelli a conoscere le proprie origini genetiche e a costruire il rapporto di filiazione fondato su basi veritiere<sup>120</sup>.

Oltre a essere condivisa da parte della dottrina, questa lettura dei *best interests* è anche in sintonia con quella avanzata dal CNB. A differenza del tribunale per cui l'unico interesse dei minori che rileva è quello alla stabilità del proprio status e alla continuità dei rapporti famigliari, nel parere del CNB, l'interesse dei minori assume (almeno) due dimensioni. Oltre all'interesse ad avere due figure genitoriali certe, di riferimento, il CNB afferma

<sup>118</sup> H. Atlan, *L'utero artificiale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 75.

<sup>119</sup> Cabitza, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, cit., p. 211; Corti, *Due gemelli e quattro genitori interrogano il diritto. (Riflessioni in merito all'erroneo scambio di embrioni: ordinanza del Tribunale di Roma 8 agosto 2014)*, cit., p. 130. Vi è anche chi sostiene che, sebbene il principio per cui il legislatore ha voluto creare un sistema volto a sacrificare la verità genetica al fine di garantire la stabilità del rapporto di filiazione sia condivisibile, nel caso concreto, non potesse parlarsi di rapporti già consolidati tra i minori e i genitori biologici, essendo la decisione stata presa pochi giorni dopo la nascita. Secondo questa impostazione, l'argomento dell'interesse del minore avanzato dal giudice romano sarebbe quindi piuttosto debole in quanto si trattava di neonati in tenerissima età che difficilmente avevano già potuto instaurare un rapporto con la famiglia biologica così significativo da escludere *tout court* la possibilità dell'allontanamento.

<sup>120</sup> Cabitza, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, cit., p. 212.

che «nel contesto dei diritti del minore, vi è anche l'ulteriore e irrinunciabile interesse [...] per i nati di conoscere le proprie origini»<sup>121</sup>. Sebbene abbiano il diritto a mantenere il rapporto con la madre che li ha accolti nel suo grembo e li ha portati alla luce, quindi, a parere del CNB, i gemelli hanno anche il diritto a conoscere la verità del loro concepimento e della loro ascendenza biologica e, di conseguenza, sui genitori che li accudiscono incombe il dovere di rivelare loro questa verità<sup>122</sup>.

### 3.3.2. Punti critici: il mancato riconoscimento di un diritto di visita

Indipendentemente dalla decisione in merito all'attribuzione della paternità, un altro punto particolarmente critico è parso quello dell'esclusione di ogni forma di partecipazione dei genitori genetici alla vita dei gemelli. Da un lato, vi è chi concorda con la soluzione adottata dal giudice e sostiene che, sebbene non sia sufficiente la sola tutela risarcitoria, il riconoscimento di un diritto di visita in capo ai genitori genetici si porrebbe in contrasto con l'esigenza di tutelare l'equilibrio psico-fisico dei nati: questi ultimi, infatti, avrebbero figure genitoriali non certe, con ovvie ricadute negative in merito alle decisioni riguardanti la loro crescita e il loro sviluppo<sup>123</sup>. Tra i sostenitori di questa posizione, Bianca – oltre a schierarsi contro soluzioni che, ammettendo la moltiplicazione delle figure genitoriali in armonia con la realtà sociale, creano un disallineamento tra profilo genetico e biologico – ritiene che, nello specifico, debbano essere evitate soluzioni apparentemente equilibrate e di compromesso tra i vari interessi in gioco, quali il riconoscimento di diritti di visita a favore di coloro che non figurano quali genitori legali sull'atto di nascita<sup>124</sup>. In altre parole, a parere di Bianca, si dovrebbe «evitare di far sì che il dato scientifico si traduca in dato giuridico», attraverso il riconoscimento di madri genetiche, biologiche, sociali e gestazionali e, più in generale, dei vari soggetti che concorrono alla procreazione<sup>125</sup>.

Secondo un'opinione divergente, invece, sebbene sia innegabile l'interesse dei figli a essere cresciuti da genitori uniti tra loro da uno stabile rapporto di coppia e, quindi, l'eventuale scelta di attribuire la genitorialità

<sup>121</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, cit., p. 11.

<sup>122</sup> *Ibidem*, pp. 11-12.

<sup>123</sup> Mendola, *Favor minoris e presidio del dato biologico*, cit., p. 565.

<sup>124</sup> Bianca, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio di embrioni*, cit., p. 194. Del medesimo avviso è M.G. Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*, in «Famiglia e Diritto», 2014, n. 10, p. 941.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 202.

legale a due soggetti estranei possa apparire azzardata, la decisione avrebbe almeno potuto riconoscere diritti di visita in capo ai genitori genetici<sup>126</sup>. Più in generale, proprio alla luce della mutata concezione della famiglia come «luogo degli affetti»<sup>127</sup>, il tribunale romano avrebbe potuto dimostrarsi più coraggioso e avanzare una soluzione di più ampio respiro, così superando la logica dei diritti in competizione, come suggerito dal CNB<sup>128</sup>.

Secondo questa impostazione, infatti, è soltanto facendo in modo che i nati possano stabilire rapporti con entrambe le coppie genitoriali che si darà piena attuazione all'interesse dei minori che, nel caso specifico, comprende sia l'interesse a conoscere le proprie origini sia l'interesse a sviluppare e mantenere legami significativi con tutti coloro che, svolgendo ruoli diversi, hanno partecipato al progetto procreativo che ha portato alla loro nascita – la cui presenza non potrà mai cancellarsi dalla vita di ogni persona coinvolta<sup>129</sup>. Secondo i sostenitori di tale posizione, quindi, il diritto a conoscere le proprie origini non dovrebbe essere inteso in termini prettamente statici e, quindi non si ridurrebbe a un mero diritto a essere informati sulla propria discendenza, ma avrebbe anche una componente dinamico-relazionale che si attua nel momento in cui l'individuo ha la possibilità di stringere e approfondire relazioni con i propri simili e il mondo esterno<sup>130</sup>.

In sintesi, la scelta di conferire lo status di padre legale al padre sociale in virtù della presunzione legale e il mancato riconoscimento di un ruolo – seppur di secondo ordine – dei genitori genetici nella vita dei gemelli, sono indicativi della volontà del giudice di aderire allo schema della famiglia tradizionale, intesa come una coppia eterosessuale, sposata o convivente, che desidera un figlio «proprio», ovvero frutto del patrimonio genetico dei due componenti<sup>131</sup>. L'attribuzione della paternità legale in capo al padre genetico avrebbe infatti comportato la scissione dell'unità della coppia che ha intrapreso il progetto genitoriale e, quindi, prefigurato una genitorialità incrociata. Anche se in maniera più attenuata, il riconoscimento di diritti di visita avrebbe contemplato la partecipazione di «terzi estranei» alla vita dei gemelli, a danno dell'integrità e compattezza della famiglia tradizionale biparentale.

<sup>126</sup> Corti, *Due gemelli e quattro genitori interrogano il diritto. (Riflessioni in merito all'erroneo scambio di embrioni: ordinanza del Tribunale di Roma 8 agosto 2014)*, cit., p. 134.

<sup>127</sup> Tribunale di Roma, Sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014, p. 5.

<sup>128</sup> Corti, *Due gemelli e quattro genitori interrogano il diritto. (Riflessioni in merito all'erroneo scambio di embrioni: ordinanza del Tribunale di Roma 8 agosto 2014)*, cit., p. 135.

<sup>129</sup> *Ibidem*.

<sup>130</sup> Scalera, *Mater semper certa est? Considerazioni a margine dell'ordinanza sullo scambio di embrioni*, cit., p. 1119.

<sup>131</sup> Corti, *Due gemelli e quattro genitori interrogano il diritto. (Riflessioni in merito all'erroneo scambio di embrioni: ordinanza del Tribunale di Roma 8 agosto 2014)*, cit., p. 134.



#### 4. Osservazioni conclusive: logiche a confronto

I casi esaminati in questo capitolo costituiscono un chiaro esempio delle conseguenze inaspettate dell'impiego di tecniche di PMA e dimostrano che, anche in presenza di una normativa che mira a disciplinare queste «nuove» modalità di diventare genitori, la fenomenologia con cui il diritto è chiamato a confrontarsi, a volte, può andare al di là dell'immaginazione del legislatore. In questi casi, la mancanza di una disciplina giuridica *ad hoc* non è da imputarsi alla celerità dell'evoluzione medico-scientifica e, quindi, all'impossibilità per il legislatore di prevedere il sorgere di determinati scenari in tempo utile, quanto più a una mancanza di volontà di esprimersi su intricate questioni di natura etico-giuridica fornendo regole atte a dirimere controversie sulla titolarità del rapporto di filiazione in cui appare estremamente complicato trovare soluzioni di compromesso tra le varie esigenze, diritti e interessi in gioco.

Accertata la difficoltà oggettiva di regolare le conseguenze giuridiche di questi scambi per via legislativa, un'alternativa che si pone – almeno sul piano teorico – è quella contrattuale. Un'ipotesi avanzata dalla dottrina consisterebbe nell'inserimento di una domanda a risposta multipla nel modulo di acquisizione del consenso informato, in cui gli aspiranti genitori sarebbero chiamati a scegliere come vorrebbero che la clinica si comportasse in caso di errore<sup>132</sup>. Si tratta tuttavia di un meccanismo poco realistico in quanto funzionerebbe solo nella fortunata eventualità che le risposte fornite dagli adulti coinvolti fossero compatibili. A fronte di volontà inconciliabili, infatti, la risoluzione del caso concreto necessiterebbe comunque l'intervento di un giudice.

Si potrebbe altrimenti pensare di includere nel contratto tra la clinica e i pazienti una clausola che contempra esplicitamente l'ipotesi di scambio e stabilisca gli effetti concreti che ne conseguirebbero. Il contratto potrebbe – ad esempio – prevedere che, nel caso di errore, la donna che partorisce sarà considerata madre del nato e il suo (eventuale) partner sarà riconosciuto come altro genitore. Secondo questo schema, qualora in disaccordo con le condizioni previste dal contratto, le parti avrebbero la facoltà di rinunciare al trattamento, ancor prima della raccolta del loro materiale genetico e/o della creazione dei loro embrioni.

Il vantaggio di adottare una prospettiva contrattuale – come mostrano questi esempi – è che le parti sono obbligate a considerare e a riflettere sulle conseguenze che ne possono derivare prima di partecipare a procedure di PMA. Da un punto di vista esterno, quindi, l'approccio contrattuale permette di decifrare le «vere» intenzioni delle parti, ovvero quelle da esse formulate quando si trovavano ancora nella condizione di pensare razional-

<sup>132</sup> Bender, «*To err is human*» *ART Mix-Ups: A Labor-Based, Relational Proposal*, cit., p. 460.

mente, senza coinvolgimento emotivo *vis-à-vis* l'accaduto. Si tratta, tuttavia, di una via che, da un punto di vista pratico, le cliniche sono poco inclini a intraprendere in quanto, è chiaro, portare alla luce gli effetti indesiderati – relativamente rari ma alquanto gravi – delle pratiche da loro offerte va contro il loro interesse.

Di fatto, quindi, il contesto in cui queste controversie finiscono per trovare una soluzione è quello giudiziario. Sebbene l'intervento legislativo sia stato spesso sollecitato, come spesso accade nel dominio delle «nuove famiglie», il giudice si trova di fronte a una lacuna normativa da colmare per via interpretativa e, in questa impresa, gli strumenti di cui dispone sono spesso limitati e/o inadeguati. Il giudice è, infatti, tenuto a reperire la soluzione che meglio tutela gli interessi e i diritti delle varie parti coinvolte – attribuendo all'interesse dei minori una posizione di preminenza – arrabattandosi tra le norme del diritto vigente, ovvero facendo ricorso alle regole tradizionali attributive degli status e/o a disposizioni che, seppur pensate appositamente per regolare le nuove forme familiari scaturenti dall'impiego della PMA, non prevedono l'ipotesi di errore.

Come illustrato nel capitolo precedente, il diritto ha tradizionalmente ancorato la definizione dello *status filiationis* a due regole principali, che attribuiscono lo status familiare per effetto di alcuni automatismi. La maternità è determinata come conseguenza immediata dell'evento naturale del parto, in armonia con il principio *mater semper certa est*. L'attribuzione della paternità, invece, avviene generalmente per effetto di presunzioni legali (di paternità e di concepimento durante il matrimonio) secondo cui il marito della madre è il padre del figlio concepito in costanza di matrimonio.

L'inidoneità di queste regole a stabilire la genitorialità giuridica dei nati da errore deriva dal fatto che esse risalgono a un'epoca antecedente l'avvento della PMA e, quindi, riflettono il paradigma della famiglia tradizionale, secondo cui – agli occhi della legge – non c'è altra madre se non colei che ha partorito né altra figura paterna se non il marito di quest'ultima. L'automaticità e la rigidità che caratterizzano la disciplina delle presunzioni legali in materia di filiazione non si prestano, quindi, a regolamentare relazioni familiari ben più intricate e complesse, in cui il ruolo materno/paterno o semplicemente genitoriale è svolto – nelle sue diverse componenti – da una pluralità di parti e, quindi, più persone concorrono al titolo di madre legale e padre legale.

Come anticipato sopra, la presunzione di paternità, in particolare, era l'*escamotage* adottato dal diritto per sopperire all'impossibilità di determinare con accettabile certezza chi fosse il padre di un determinato bambino<sup>133</sup>. Oggi, tuttavia, l'ambiguità che questa presunzione intendeva chiarire

<sup>133</sup> L. Lenti, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, Cedam, 1993, p. 261.

(non esiste più o meglio) può essere risolta grazie a indagini genetiche in grado di accertare con sicurezza e precisione ampiamente sufficienti se un uomo è effettivamente il padre biologico di un altro individuo o meno. Lo sviluppo medico-scientifico ha pertanto messo a dura prova la funzionalità di questa presunzione rendendola, in un numero crescente di casi, una mera finzione giuridica. Potendosi stabilire mediante semplici analisi di laboratorio la paternità di un minore, è quindi lecito chiedersi se e in quale misura sia ragionevole continuare a rimettere la definizione dello *status filiationis* alla presunzione di paternità soprattutto quando la sua applicazione porta a risultati di falsità assolutamente certa e evidente, come nei casi esaminati in questo capitolo.

Anche se di più recente introduzione e pensate appositamente per far fronte ai nuovi fenomeni famigliari, i principi generali che regolano la filiazione assistita – indipendentemente dalle variazioni nazionali – si rivelano ugualmente inadeguati a determinare lo *status filiationis* dei nati da errore, in quanto tendono ad attribuire un peso decisivo all'elemento del consenso delle parti che, nelle vicende analizzate, risulta viziato dall'errore. Pertanto, sebbene in armonia con una rinnovata definizione di famiglia intesa come «luogo degli affetti»<sup>134</sup> che prescindono dal dato genetico, il criterio volontaristico non si presta alla risoluzione dei casi di scambio poiché, in conseguenza dell'errore medico, nessuna delle intenzioni espresse dalle parti prima di sottoporsi al trattamento di PMA trova piena attuazione<sup>135</sup>. Quindi, anche se la situazione che si origina in conseguenza a uno scambio di materiale genetico è, di fatto, assimilabile a quella che fa seguito a un contratto di maternità surrogata, i due scenari vanno tenuti distinti in quanto, nel caso di errore, le parti non si conoscevano, non si erano fatte promesse e, soprattutto, non intendevano creare la situazione in cui vengono a trovarsi<sup>136</sup>.

«A fronte di una normativa non più adeguata a risolvere problematiche emergenti nell'ambito dello sviluppo e delle applicazioni delle nuove tecnologie riproduttive»<sup>137</sup>, i giudici hanno il privilegio – ma anche la responsabilità – di poter interpretare e applicare le disposizioni vigenti con un certo margine di flessibilità volta a cogliere e a riconoscere la diversità con cui le relazioni interpersonali si manifestano nella realtà. Essendo espressione della discrezionalità del giudice, questa operazione può, tuttavia, condurre a esiti differenti, addirittura contrapposti. Ne sono un chiaro esempio le pronunce analizzate nel presente capitolo.

<sup>134</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza dell'8 agosto 2014, p. 5.

<sup>135</sup> Bender, «*To Err is Human*» *ART Mix-Ups: A Labor-Based, Relational Proposal*, cit., p. 468.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 464.

<sup>137</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, cit., p. 10.

A un'estremità, si colloca la decisione del tribunale romano che, proponendo una lettura totalmente convenzionale delle norme in materia di filiazione, conferisce lo status di genitore legale in capo alla madre biologica e al di lei marito, così vincolando la genitorialità giuridica dei nati da errore al fatto biologico del parto e al rapporto coniugale ma anche al rapporto sociale che ne deriva. All'estremità opposta, troviamo invece la decisione della Corte newyorkese nel caso *Perry-Rogers c. Fasano* che, benché chiamato a esprimersi sulla circoscritta questione del diritto di visita, ha confermato la titolarità del rapporto di filiazione in capo ai coniugi Perry-Rogers, così individuando il dato genetico quale fattore determinante nella definizione di chi sia da considerarsi genitore agli occhi della legge.

Nonostante gli esiti divergenti, entrambe le pronunce mettono in evidenza l'inefficienza o, addirittura, la pericolosità di soluzioni allineate alla logica dei diritti in competizione che, individuando un vinto e un vincitore, sono difficilmente conciliabili con quadri familiari caratterizzati da molteplici relazioni – di diversa natura, biologica, genetica e sociale – che si intrecciano tra loro. Entrambe le soluzioni mirano, infatti, a preservare l'integrità del modello tradizionale di famiglia, difendendolo da possibili incurSIONI «terze» e quindi ignorando sentimenti e desideri<sup>138</sup>. Questo approccio che, di fatto, riduce la complessa questione dello *status filiationis* a una battaglia tra le due coppie genitoriali finisce inevitabilmente per relegare in una posizione di secondaria importanza gli interessi dei minori coinvolti, a cui – di regola – spetterebbe invece una posizione preminente.

Oltre a promuovere un approccio incentrato principalmente sui bisogni e sui desideri degli adulti, la stessa logica dei diritti in competizione si ripercuote anche sull'interpretazione della nozione di interesse del minore, condizionandone il contenuto. Per quanto abbia giocato un ruolo più o meno esplicito in tutte le decisioni esaminate, il principio dei *best interests* è stato infatti invocato a sostegno di soluzioni diametralmente opposte e questa dimensione di variabilità si deve, essenzialmente, alla lettura che il giudice ne ha dato nell'ambito di ogni singola pronuncia<sup>139</sup>.

Partendo dal caso statunitense, il valore assoluto concretamente attribuito al dato genetico e il mancato riconoscimento di un diritto di visita in capo ai coniugi Fasano sono indicativi di una visione assai limitata dell'interesse del minore, che contempla solo l'interesse alla verità genetica, trascurando quello a mantenere rapporti significativi con coloro che lo avevano accudito come figlio proprio. Per effetto di questa pronuncia, infatti, Joseph/Akeil è stato privato della stabilità e sicurezza degli unici genitori che conosceva, allontanato dalla madre nel cui grembo era cresciuto, dall'uomo

<sup>138</sup> Corti, *Due gemelli e quattro genitori interrogano il diritto. (Riflessioni in merito all'errore scambio di embrioni: ordinanza del Tribunale di Roma 8 agosto 2014)*, cit., p. 139.

<sup>139</sup> Sull'equivocabilità del criterio dei *best interests of the child*, si rinvia al capitolo 1.

che aveva assunto il ruolo paterno nei suoi confronti, e dal fratello con cui aveva condiviso la vita intrauterina e i primi mesi di vita, in nome dell'esigenza di privilegiare la consanguineità genetica<sup>140</sup>.

Ugualmente ristretta, anche se di matrice opposta, è l'interpretazione dei *best interests* emergente dalla pronuncia romana che, come illustrato sopra, prende in considerazione (soltanto) l'esigenza di garantire la conservazione dei legami famigliari di fatto esistenti tra i gemelli e la coppia di genitori biologici a scapito dell'interesse dei minori a conoscere le proprie origini. Entrambe le decisioni, quindi, per effetto di una logica che costruisce la genitorialità genetica e la genitorialità sociale in termini antitetici e mutualmente escludenti, sono in grado di cogliere e, quindi, di tutelare solo un aspetto dell'interesse del minore, ovvero quello che coincide con gli interessi della coppia genitoriale dichiarata «vincitrice».

Il giudice britannico, invece, si fa portatore di una visione della genitorialità decisamente più ampia e pluralistica che, anziché mascherare, prende atto della scomposizione della figura paterna come conseguenza inevitabile dello scambio di sperma. È questo diverso punto di partenza che consente alla High Court di giungere a una soluzione che, invece di preservare la compattezza della famiglia tradizionale rimuovendo quanto «in eccesso» e, quindi, di schierare i coniugi A contro i coniugi B, ne favorisce la co-partecipazione nella vita del minore.

L'abilità del giudice britannico di superare la logica dei diritti in competizione ha ripercussioni positive anche sulla nozione di *best interests* invocata ed effettivamente tutelata dalla decisione. L'accettazione dell'errore e, soprattutto, delle sue ripercussioni pratiche nella vita quotidiana delle persone coinvolte – *in primis*, il minore – ha, infatti, permesso alla High Court di avanzare una concezione pluridimensionale dell'interesse del minore che include e dà rilievo a due aspetti – apparentemente in contraddizione ma, a parere del giudice adito, complementari – dell'esistenza dei gemelli: la verità genetica e la realtà sociale delle relazioni famigliari fino a quel momento instauratesi. Questo a dimostrazione del fatto che l'adozione di una logica che, prendendo consapevolezza dei nuovi fenomeni famigliari (frutto di errore o meno), mira a conciliare posizioni confliggenti, ha il fondamentale vantaggio di lasciare spazio a una valutazione dei *best interests* più genuina – ovvero, che riflette le circostanze del caso più da vicino – e, quindi, meno normativa – ovvero meno orientata verso la preservazione della famiglia tradizionale strettamente biparentale «a tutti i costi».

<sup>140</sup> Bender, «To Err is Human» *ART Mix-Ups: A Labor-Based, Relational Proposal*, cit., p. 499.



Parte terza

## Maternità surrogata





## Capitolo settimo

# La filiazione a seguito di maternità surrogata: profili critici

### 1. *Contestualizzare la maternità surrogata: una pratica variegata*

Con l'espressione maternità surrogata si intende la pratica per cui una donna (definita madre surrogata o gestante) si impegna a portare avanti una gravidanza per conto di altri e, alla nascita, a rinunciare alla propria genitorialità e a consegnare il neonato a coloro che intendono assumere l'esercizio della responsabilità genitoriale e crescerlo come figlio loro (definiti committenti). Le ragioni che spingono le coppie eterosessuali ad avvalersi di questa pratica possono riguardare gravi patologie dell'apparato riproduttivo femminile (ad esempio, l'assenza di utero o la presenza di malformazioni tubariche), l'incapacità della donna di produrre ovociti in seguito a interventi chirurgici o ancora il rischio di trasmissione di malattie genetiche al feto.

Oltre a porsi come rimedio per coppie eterosessuali desiderose di avere un figlio, la maternità surrogata rende l'esperienza della genitorialità accessibile ad aggregazioni sociali che si discostano dal modello della famiglia tradizionale, ovvero dalla coppia eterosessuale unita in matrimonio. Consente infatti alle coppie dello stesso sesso e alle persone single di perseguire un progetto genitoriale la cui attuazione prescinde dalla compresenza di un uomo e di una donna in età fertile ed è totalmente dipendente da interventi tecnologici, espressione dell'autodeterminazione degli aspiranti genitori.

A seconda del patrimonio genetico del nato e del ruolo svolto dai soggetti coinvolti, è possibile distinguere l'ipotesi della maternità surrogata tradizionale, in cui l'apporto della madre surrogata non si esaurisce nella «mera» gestazione ma implica anche il suo contributo genetico. Accanto a quella tradizionale, vi è la maternità surrogata gestazionale, in cui gli ovuli utilizzati per la creazione dell'embrione provengono invece dalla madre committente o da una donatrice estranea sia alla coppia che alla madre surrogata.

In quest'ultima ipotesi – di gran lunga la più frequente – la maternità surrogata presuppone una FIVET, ovvero la fecondazione di un ovulo

con uno spermatozoo in laboratorio con successivo trasferimento dell'embrione così generato nell'utero della donna. Per ragioni di ordine tecnico, quindi, questa tipologia di surrogazione presuppone l'ausilio medico e si realizza – almeno nella sua fase iniziale – presso cliniche specializzate. La surrogazione tradizionale, invece, per la sua caratteristica di non dipendere dall'apporto genetico di una donna diversa dalla gestante, coinvolge operazioni notevolmente meno complesse da un punto di vista tecnico. L'autoinseminazione vaginale – che consiste nel semplice rilascio di sperma in fondo alla vagina – può, infatti, essere realizzata a casa, seguendo semplici istruzioni reperibili in libri o siti internet destinati a aspiranti genitori e impiegando strumenti acquistabili in farmacia. Non stupisce quindi che, nella realtà, si verifichino anche casi di maternità surrogata «fai-da-te», ovvero realizzata a domicilio senza alcuna assistenza medica.

Un altro criterio di classificazione attiene all'aspetto economico dell'accordo. Qualora sia previsto un corrispettivo per il «servizio» reso che, quindi, eccede il rimborso delle spese mediche e ospedaliere o comunque strettamente conseguenti la gravidanza sostenute dalla donna gestante, si parlerà di maternità surrogata di tipo commerciale. Nel caso in cui, invece, la donna si sottoponga alla gravidanza con spirito di solidarietà, al solo fine di essere d'ausilio al soddisfacimento del desiderio altrui di essere genitore, la maternità surrogata sarà definita altruista o di tipo solidaristico.

Si tratta quindi di una pratica variegata dal punto di vista fenomenico, a cui corrisponde una trattazione normativa altrettanto multiforme. Benché il panorama legislativo in materia di maternità surrogata sia caratterizzato da una tendenziale disomogeneità, è possibile rintracciare in esso tre approcci legislativi principali.

Il primo è costituito dalla predisposizione di una disciplina *ad hoc* da parte dello Stato. Gli ordinamenti che seguono questa linea riconoscono la maternità surrogata come pratica legittima e si adoperano per disciplinarne l'aspetto contrattuale, determinando *ex lege* i requisiti essenziali per la validità del contratto e fornendo le linee guida per la sua fruizione. Si tratta però di una categoria ampia e inevitabilmente varia nella sostanza delle previsioni adottate, al punto che è possibile compiere ulteriori divisioni al suo interno.

Una prima distinzione che va necessariamente operata riguarda il profilo economico del contratto di maternità surrogata. Se infatti un considerevole gruppo di paesi – Portogallo<sup>1</sup>, Regno Unito, Grecia, Olanda, Israele,

<sup>1</sup> Tra le legislazioni più recenti, la legge (n. 25/2016) che autorizza la maternità surrogata in Portogallo è entrata in vigore per effetto del decreto Regulamentar n. 6/2017 del 31 luglio 2017. Per una breve analisi delle sue disposizioni principali, si veda G. Damele, *Primo caso di GPA in Portogallo dopo l'approvazione della legge*, in «Articolo 29», 3 ottobre 2017, <http://www.articolo29.it/2017/primo-caso-di-gpa-in-portogallo-dopo-lapprovazione-della-legge/>.

Canada<sup>2</sup>, parte dell'Australia, Sudafrica e Nuova Zelanda per citarne alcuni – subordina la validità contrattuale dell'accordo al requisito della prestazione a titolo gratuito (e quindi al fine altruistico), sono altresì numerosi gli Stati in cui il fine di lucro è elemento caratterizzante la disciplina della maternità surrogata. In paesi come la Russia, l'India, l'Ucraina, la Georgia e alcuni Stati USA (quali la California, l'Illinois, l'Arkansas e il Maryland), grazie al fiorire di agenzie di intermediazione, questa pratica è divenuta un vero e proprio business.

Una seconda differenziazione emerge se si considera la modalità e il momento in cui i committenti acquisiscono lo status genitoriale rispetto al nato. Vi sono infatti legislazioni che offrono una regolazione *ex ante* della pratica e, quindi, presuppongono l'espletamento di una serie di formalità prima che la maternità surrogata sia realizzata affinché l'accordo sia ritenuto valido e la genitorialità sia automaticamente attribuita ai genitori committenti al momento della nascita, e legislazioni che prevedono invece il trasferimento dello status genitoriale in un secondo momento, *ex post-facto*. Esempio del primo modello è la disciplina greca, per cui la madre committente è tenuta a richiedere l'autorizzazione del giudice prima del trasferimento degli ovuli fecondati nell'utero della madre surrogata e, alla nascita, sarà automaticamente nominata madre legale del nato (a seguito del semplice deposito della sentenza con cui si è autorizzata la pratica)<sup>3</sup>.

Diversamente, nel Regno Unito<sup>4</sup>, la regolarizzazione dello *status filiationis* del minore nato da maternità surrogata avviene successivamente alla nascita per mezzo di un *parental order*, ovvero di un provvedimento giudiziale che ha l'effetto di emendare il certificato di nascita e trasferire lo status genitoriale dalla madre surrogata in capo ai genitori committenti<sup>5</sup>. La deter-

<sup>2</sup> L'*Assisted Human Reproduction Act 2004* fissa i principi generali che possono essere specificati nell'ambito della competenza di ogni provincia. L'art. 6 vieta la retribuzione delle madri surrogate e dei possibili intermediari. Nelle province dell'Alberta, British Columbia, Manitoba, New Brunswick, Newfoundland e Labrador, Ontario, Prince Edward Island, e Saskatchewan, la maternità surrogata è ammessa solo a titolo gratuito, mentre il codice civile del Québec prevede un divieto assoluto e stabilisce la nullità del contratto. Per una breve introduzione alla regolazione della pratica in Canada, si veda l'introduzione a cura di E. Falletti in S. Marchi, *Mio tuo suo loro. Donne che partoriscono per altri*, Roma, Fandango, 2017, pp. 77-79.

<sup>3</sup> Art. 1458 della legge n. 3089/2002. Per esempi ulteriori, si veda L. Brunet *et al.*, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Brussels, PE 474.403, European Parliament, 2012, pp. 40 ss.

<sup>4</sup> In questo paese, la prima disciplina in materia fu introdotta nel 1985 (*Surrogacy Agreements Act*), in risposta al caso mediatico di *Baby Cotton* cui si fa riferimento nel capitolo 8, paragrafo 2.1.2. Lo stesso meccanismo di trasferimento della genitorialità in seguito alla nascita (mediante *parental order*) è previsto, ad esempio, dalla legislazione del Queensland, Australia.

<sup>5</sup> Si tratta quindi di un sistema che non conferisce alcuna rilevanza alle intenzioni delle parti coinvolte di per sé.

minazione della filiazione materna segue, quindi, la regola standard *mater semper certa est* (per cui la partoriente acquisisce lo status di madre legale anche se non ha alcun legame genetico con il nato e non intende essere considerata tale) e l'eventuale marito della madre surrogata è considerato padre legale del nato ma, a fronte di una richiesta presentata dai committenti, il giudice può rilasciare un *parental order* in virtù del quale, agli occhi della legge, il bambino risulta figlio dei richiedenti. In termini concreti, quindi, estinguendo il precedente *status filiationis* e responsabilità genitoriale e conferendoli in capo ai richiedenti, un *parental order* equivale a un procedimento di adozione *fast-track* (particolarmente rapido)<sup>6</sup>.

Il trasferimento della genitorialità in capo ai committenti, a sua volta, è subordinato al rispetto di alcune condizioni: la richiesta di *parental order* deve essere presentata da due persone coniugate, unite civilmente o conviventi in maniera stabile e duratura («enduring family relationship»)<sup>7</sup>, entro il termine di sei mesi dalla nascita del minore; almeno uno dei committenti deve avere un legame genetico con il nato; entrambi i richiedenti devono essere maggiorenni; la gravidanza deve essere stata generata mediante PMA (e, quindi, non mediante unione sessuale); la partoriente (almeno sei settimane dopo la nascita) e, se coniugata, il marito devono prestare il loro consenso al trasferimento della genitorialità; inoltre, la madre surrogata non deve aver ricevuto alcun compenso, se non il rimborso per le spese da lei sostenute; infine, almeno uno dei richiedenti deve essere domiciliato nel Regno Unito, Channel Islands o The Isle of Man. Quest'ultimo requisito mira essenzialmente a evitare che le corti inglesi diventino mete del *forum shopping* o del cosiddetto turismo procreativo<sup>8</sup>, ovvero la pratica di recarsi all'estero, dove la maternità surrogata (e altre tecniche vietate nel foro interno) è lecita, al fine di realizzare il proprio progetto genitoriale.

Il secondo degli approcci legislativi individuabili è costituito dall'esplicito divieto di ricorso alla maternità surrogata. Numerosi paesi europei – tra i quali figurano l'Italia, la Francia, la Germania<sup>9</sup>, l'Austria e la

<sup>6</sup> Per una trattazione esauriente della normativa inglese in materia di maternità surrogata e della sua evoluzione temporale, si veda, ad esempio, D. Gruenbaum, *Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat*, in «American Journal of Comparative Law», 60, 2012, n. 2, pp. 483 ss.; M. Crawshaw, E. Blyth e O. van den Akker, *The Changing Profile of Surrogacy in the UK. Implications for National and International Policy and Practice*, in «Journal of Social Welfare and Family Law», 34, 2012, n. 3, pp. 267-277.

<sup>7</sup> Prima della riforma del 2008, lo *Human Fertilisation and Embryology Act* prevedeva che solo le coppie coniugate potessero chiedere il rilascio di un *parental order*. Oggi, questa possibilità è stata estesa alle coppie di fatto e alle coppie omosessuali. Le persone single, al contrario, possono ottenere il trasferimento della genitorialità soltanto ricorrendo all'adozione.

<sup>8</sup> Il turismo procreativo, a sua volta, può essere visto come parte del ben più ampio fenomeno del *circumvention tourism*, ovvero la pratica di recarsi all'estero al fine di partecipare ad attività o avvalersi di servizi che sono proibiti sul territorio nazionale. Si veda I. Glenn Cohen, *Circumvention Tourism*, in «Cornell Law Review», 97, 2012, pp. 1309-1398.

<sup>9</sup> Sull'inquadramento della maternità surrogata nel dettato normativo tedesco, si veda M.

Svizzera – hanno optato per questa soluzione diametralmente opposta alla precedente proibendo il ricorso alla maternità surrogata e, in alcuni casi, addirittura perseguendo penalmente la pratica. Nel contesto italiano, ad esempio, il processo di graduale smantellamento (che, tra le varie cose, ha colpito il divieto di PMA eterologa) a cui è stata sottoposta la legge n. 40/2004 ha lasciato intatto il divieto, penalmente sanzionato, di surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma 6: «chiunque [...] realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro». Si tratta, essenzialmente, di divieti di tipo paternalistico, la cui ragione è identificata con la tutela della dignità della donna che pure sceglierebbe liberamente di essere madre surrogata<sup>10</sup>.

Il terzo e ultimo indirizzo legislativo si sostanzia in realtà in un'omissione, ovvero nella carenza di normativa che disciplini la materia. Negli ordinamenti che hanno scelto di non prendere posizione (legislativa) sull'argomento – Svezia, Repubblica Ceca e Belgio (dove, sono anni che la materia è discussa in Parlamento senza giungere ad alcun esito concreto) per fornire qualche esempio europeo, ma anche la Colombia e il Northern Territory in Australia – la pratica della maternità surrogata non è formalmente consentita né vietata e, nel silenzio del legislatore, viene generalmente tollerata solo la forma altruistica<sup>11</sup>.

La categorizzazione appena proposta, tuttavia, rileva solo a fini organizzativi/di sistematizzazione. A voler essere più chiari, il fatto che la tecnica in questione sia esplicitamente proibita dalla legge non è garanzia che, in pratica, questa non abbia luogo. Il divieto può essere nei fatti violato, magari confidando in uno di quei viaggi della speranza all'estero, dove la maternità surrogata è consentita. L'irrefrenabile desiderio di genitorialità e l'effettiva possibilità di soddisfarlo – se non nel proprio ordinamento, all'estero – si impone quindi sulla volontà del legislatore di legittimare solo alcune modalità di procreazione o, comunque, di non intervenire in ambiti considerati eticamente e moralmente delicati.

Più in generale, il ruolo ordinante e regolatore proprio del diritto viene messo in dubbio dallo strapotere di una scienza che – spesso in unione

Di Masi, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno Stato estero: aperture dalla Germania*, in «Genius», 2015, n. 2, pp. 220-221.

<sup>10</sup> D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in «Cassazione Penale», 2017, n. 4, p. 1372.

<sup>11</sup> Anche in Turchia, manca una disciplina *ad hoc* in materia e, di fatto, le coppie che intendono avvalersi di una madre surrogata tendono a recarsi all'estero dove la pratica è legale (in particolare, in Ucraina, Georgia e Cipro del Nord). Sembrerebbe tuttavia che sia in corso la discussione di un progetto di legge che mira a introdurre un divieto assoluto. Sul punto, si rinvia a R. Asimovic Akyol, *Turkey to Toughen Laws on Surrogacy*, in «Al-Monitor», 24 settembre 2017, <https://www.al-monitor.com/pulse/originals/2017/09/turkey-to-introduce-jail-for-surrogate-mothers.html>.

con potenti logiche di mercato – comanda i temi e individua le soluzioni, lasciando al diritto la funzione di «mero ricettore del fatto nella norma»<sup>12</sup>. Non potendosi eliminare un fatto, tanto più se da esso è nato un essere umano e a fronte del silenzio o dell'incompletezza/inadeguatezza del diritto scritto, è spettato all'interprete riflettere su come gestire la vicenda e i suoi effetti giuridici (anche se prodottisi in violazione di un espresso divieto normativo) rinvenendo nel sistema una soluzione adeguata.

## 2. *L'impatto della maternità surrogata sulla determinazione dello «status filiationis»: la moltiplicazione delle figure genitoriali*

La diffusione della pratica della maternità surrogata ha dato origine a questioni di natura così disparata – non solo giuridica, ma sicuramente anche filosofica, sociologica, etica e biologica – da sollecitare un approccio di tipo interdisciplinare al fenomeno<sup>13</sup>. In ambito giuridico (e non solo), l'estrema problematicità di questa pratica si deve, *inter alia*, allo scardinamento della nozione di maternità – un tempo unitaria – che ne deriva e al connesso sovvertimento del principio della verità del parto: la funzione gestazionale è, infatti, svolta da una donna che non sarà la madre del nato – nel senso né sociale né giuridico del termine.

Stabilire chi siano i genitori del nato da maternità surrogata, molto spesso, implica scelte delicate tra i vari partecipanti al processo procreativo: la coppia committente, la madre surrogata e, se coniugata, suo marito, e gli/le eventuali donatori/donatrici di gameti. Sul piano del diritto, l'esistenza di una molteplicità di figure fattualmente o potenzialmente genitoriali è causa di numerose complessità. Infatti, a eccezione dei paesi in cui esiste una disciplina *ad hoc*<sup>14</sup>, la realtà sociale – plurale e multiforme – che emerge dalla maternità surrogata si scontra con la rigidità di un *framework* normativo pensato per regolare fenomeni famigliari del tutto diversi e, quindi, costruito sulla base di presupposti, la cui validità è stata progressivamente messa in discussione non solo dal progresso medico-scientifico, ma anche da una rinnovata visione sociale di chi/che cosa costituisca «famiglia».

Tra i canoni consolidati del diritto di famiglia a entrare maggiormente in crisi vi è, senza dubbio, l'assunto per cui *mater semper certa est* (è madre colei che partorisce). La realizzazione di una maternità surrogata gesta-

<sup>12</sup> G. Baldini, *Biodiritto: tra progresso scientifico, superamento del paradigma naturalistico ed esigenza di nuovi criteri ordinanti*, in Id. (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 3.

<sup>13</sup> G. Luccioli, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in «Consulta Online», 2017, n. 2, p. 325, <http://www.giurcost.org/studi/luccioli.pdf>.

<sup>14</sup> In realtà, come vedremo più avanti, il rischio di lacune normative si palesa anche in presenza di una disciplina *ad hoc*. Anche in quel caso, infatti, l'autonomia privata può dar luogo a una realtà fenomenica ben più ampia di quella immaginata dal legislatore.



zionale può, infatti, creare una situazione in cui sono potenzialmente tre le figure materne: la donna cui appartiene l'ovocita fecondato è la madre genetica; colei che ha portato a termine la gravidanza può qualificarsi come madre biologica o gestazionale; e, la donna, il cui intento procreativo ha portato alla nascita del figlio, che intende assumersi la responsabilità genitoriale sul nato può considerarsi madre committente/intenzionale o, a seguito della nascita e dell'instaurazione di un legame affettivo col figlio, madre sociale.

Il ricorso alla maternità surrogata (così come a tecniche di natura eterologa) ha comportato anche la frammentazione della nozione di paternità, essendo lo status paterno riconducibile fino a tre soggetti distinti: nel caso di gravidanza generata dal seme di un donatore estraneo alla coppia e portata avanti da una madre surrogata coniugata, si potrà distinguere tra il padre genetico, ovvero colui che ha fornito lo sperma utilizzato per la fecondazione e conseguente creazione dell'embrione; il padre committente/intenzionale o padre sociale, ovvero colui da cui è partito il progetto procreativo e che, in seguito alla nascita, si è preso cura del figlio; e, infine, il padre legale che, per effetto della presunzione di paternità, coincide con il marito della madre surrogata.

Inoltre, separando gestazione del feto e genitorialità biologica e, più in generale, l'apporto genetico da quello sociale, la scienza medica e, più in particolare, la maternità surrogata offre modalità di generazione della vita difficilmente conciliabili con il classico principio della bigenitorialità<sup>15</sup>. Riservando lo status genitoriale a massimo due persone, il diritto vigente finisce inevitabilmente per trascurare dinamiche procreative e relazioni personali che, seppure considerate non degne di riconoscimento giuridico, hanno svolto un ruolo decisivo nel determinare la venuta al mondo del bambino e, in alcuni casi, continuano a influenzare la sua vita quotidiana.

Considerata la maniera in cui un progetto di maternità surrogata si sviluppa e, soprattutto, le intenzioni sottostanti, è evidente che le regole e i principi tradizionali in materia di filiazione non sono adeguati a individuare i genitori di un minore nato da questa pratica. Come anticipato, infatti, colei che partorisce non ha – almeno in linea di principio e/o prima della nascita – l'intenzione di agire da madre nei confronti del nato. Indipendentemente dalla natura dell'accordo di surrogazione – sia essa di tipo commerciale o altruistico – la donna gestante si impegna a portare a termine

<sup>15</sup> In questo senso, si distingue la provincia canadese della British Columbia che, in seguito all'introduzione del nuovo *Family Law Act* (marzo 2013), contempla la possibilità che un minore abbia fino a un massimo di quattro genitori legali. La prima minore che ha potuto beneficiare di questa riforma è stata *Della Wolf Kangro Wiley Richards*, che – come riportato sul suo certificato di nascita – risulta essere figlia di tre persone: la madre biologica, la partner di quest'ultima e il loro amico e donatore di sperma. Si veda, P. Cassidy, *Canada: Three Parents Listed on a Baby's Birth Certificate*, in «BioNews», 742, 17 febbraio 2014, [http://www.bionews.org.uk/page\\_396795.asp](http://www.bionews.org.uk/page_396795.asp).

la gravidanza per conto del/i genitore/i committente/i e ad affidare loro il nato affinché lo possano crescere e accudire come figlio proprio. È quindi chiaro che applicare la regola *mater semper certa est* a una vicenda di maternità surrogata non attua le intenzioni delle parti coinvolte in quanto crea sul piano del diritto dei rapporti familiari che di fatto non esistono, negando rilevanza giuridica a relazioni sociali e concrete che, invece, beneficerebbero di una protezione formale.

Il progresso medico-scientifico, insomma, sta comportando la graduale modificazione e il superamento di un paradigma storicamente valido per la scienza giuridica, quello naturalistico, imponendo al diritto di ri-concettualizzare sé stesso e le sue categorie operative attraverso la realizzazione di un nuovo modello giuridico antropologicamente fondato<sup>16</sup>. Di fronte a questi nuovi scenari procreativi e alla pluralità di protagonisti che pretendono la tutela dei loro diritti, il diritto – scritto o giurisprudenziale – deve quindi predisporre nuove forme di tutela e sviluppare nuove tecniche per tenere conto della molteplicità degli interessi e dei diritti in gioco e del contesto in cui si trova a operare<sup>17</sup>.

I tradizionali strumenti del giurista devono essere del tutto sostituiti o possono ancora essere impiegati in maniera fruttuosa? Con quali modifiche, adeguamenti, perfezionamenti? Queste sono soltanto alcune delle domande su cui i giudici – avendo a disposizione norme create per regolare fenomeni familiari diversi – sono, sempre più, obbligati a riflettere al fine di individuare le tecniche più idonee a interpretare il diritto vigente in maniera efficace ed efficiente. Qualora un accettabile grado di correlazione tra diritto e società non sia assicurato per via normativa, è infatti compito dell'operatore del diritto provvedervi, ove possibile, per via interpretativa, ricercando un giusto equilibrio tra i contrapposti diritti e interessi, difficilmente componibili: da un lato, il desiderio di genitorialità unitamente all'interesse del minore, cui spetta una posizione preminente rispetto agli altri; e, dall'altro, l'interesse dello Stato a non fare del corpo umano una fonte di lucro con ovvie ripercussioni sulla dignità della persona<sup>18</sup>. La tecnica del bilanciamento come modello di risoluzione dei conflitti costituisce, infatti, l'unica strada per evitare i pericolosi risvolti dell'unilateralismo e dell'assolutizzazione di alcuni valori con conseguente esclusione di altri<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Baldini, *Biodiritto: tra progresso scientifico, superamento del paradigma naturalistico ed esigenza di nuovi criteri ordinanti*, cit., p. 7.

<sup>17</sup> G. Ferrando, *Biotecnologie e diritto*, in Baldini (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, cit., p. XVIII.

<sup>18</sup> A. Ruggeri e C. Salazar, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in «Consulta Online», 2017, n. 1, p. 138.

<sup>19</sup> Baldini, *Biodiritto: tra progresso scientifico, superamento del paradigma naturalistico ed esigenza di nuovi criteri ordinanti*, cit., p. 5.

Ancor prima, tuttavia, è opportuno riflettere sulle strategie giuridiche e sulle modalità d'intervento che siano in grado di conferire al dato giuridico quel necessario grado di flessibilità e capacità di autoadattamento alla costante evoluzione conseguente al dispiegarsi del progresso tecnico-scientifico<sup>20</sup>. In un contesto caratterizzato da perenne transitorietà, pensare di regolare la realtà fenomenica attraverso un diritto rigido, che prevede fattispecie chiuse e seleziona gli interessi meritevoli di tutela in maniera dettagliata, non rappresenta la soluzione più adeguata<sup>21</sup>. Al contrario, alla luce della delicatezza delle tematiche coinvolte e della loro incidenza su questioni fondamentali attinenti la persona, un diritto creato sulla base di valori e principi generali faciliterebbe il processo di adattamento a cui la norma giuridica deve necessariamente essere sottoposta e garantirebbe l'effettiva tutela degli interessi di tutti i soggetti coinvolti<sup>22</sup>. Prova vivente dell'inadeguatezza e, quindi, del fallimento di una legge che tende a organizzare la molteplicità della realtà sociale in categorie generali e astratte – e del conseguente distacco tra la norma giuridica e la sensibilità sociale – è il processo di decostruzione giurisprudenziale a cui è stata sottoposta la legge n. 40/2004<sup>23</sup>.

### 3. La maternità surrogata nelle aule giudiziarie

*Vis-à-vis* la diffusione della maternità surrogata e, in alcuni contesti, l'istituzionalizzazione di un vero e proprio mercato di servizi procreativi, non esiste ordinamento in cui il fenomeno della maternità surrogata sia sconosciuto. Indipendentemente dall'approccio legislativo dell'ordinamento di riferimento, i giudici sono sempre più chiamati a dirimere controversie derivanti da un accordo di maternità surrogata, svolgendo – di fatto – un ruolo suppletivo in un ambito in cui l'intervento del legislatore – volto a offrire una normativa *ad hoc* – sarebbe quanto mai necessario, anche se difficilmente sufficiente a far fronte alla varietà di scenari che possono concretamente verificarsi. Operando in un «settore di “frontiera” della giustizia»<sup>24</sup> e

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>21</sup> La letteratura sul punto è vasta. Alcuni esempi: V. Zagrebelsky, *Codificazione e diritti fondamentali della persona nel contesto europeo. La difficile convivenza*, in L. Vacca (a cura di), *Il codice civile ha 70 anni ma non li dimostra*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 16-25; S. Rodotà e M. Tallacchini (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 231 ss.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> A. Bucelli, *Il cammino senza pregiudizi del biodiritto. La costruzione giuridica dei rapporti genitoriali*, in Baldini (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, cit., p. 74.

<sup>24</sup> L. Spina, *Nuove famiglie e circolazione dei nuovi status familiari: le risposte del diritto interno tra interesse del minor ed ordine pubblico*, in G.O. Cesaro, P. Lovati e G. Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico ed interesse del minore*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 136.

non potendo contare su un quadro di riferimento normativo definito, i giudici – provenienti da diverse giurisdizioni, ma anche all'interno dello stesso sistema giuridico – raggiungono molto spesso esiti tra loro difficilmente conciliabili, o addirittura contraddittori<sup>25</sup>. Risultato, questo, in una certa misura inevitabile della scelta di delegare alla giurisprudenza la risoluzione dei dilemmi scaturenti da simili pratiche.

Il giudice si vede quindi costretto a fornire una soluzione al caso concreto, in cui un minore nato da maternità surrogata esiste già. Ed è proprio la presenza di questo minore a rendere la situazione che si profila particolarmente complessa da gestire. Se da un lato, i minori nati da maternità surrogata sono innocenti portatori di propri bisogni e interessi di cui il giudice dovrebbe farsi carico, dall'altro lato, questi bisogni e interessi confliggono con regole e principi, che talvolta rappresentano i capisaldi dell'ordinamento, diretti alla migliore protezione dei minori<sup>26</sup>. Le norme in materia di adozione internazionale, ad esempio, prevedono un rigido percorso da seguire – che include, tra gli altri, la previa valutazione di idoneità all'adozione internazionale – proprio al fine di evitare che i minori coinvolti subiscano abusi. In concreto, tuttavia, queste norme – per i numerosi paletti che esse pongono – possono produrre effetti – *in primis*, il mancato riconoscimento di uno status formato all'estero in difformità con l'ordinamento interno – che si scontrano con l'interesse del minore, incidendo per esempio sulla sua possibilità di circolare liberamente o di permanere sul territorio<sup>27</sup>. Ecco la tensione che il giudice è spesso chiamato a sciogliere: quella tra l'interesse affettivo, educativo, evolutivo del minore e la normativa giuridica atta a governare i nuovi fenomeni famigliari<sup>28</sup>.

In linea con le intenzioni annunciate nel capitolo 1, le pagine che seguono intendono approfondire le ripercussioni del ricorso alla maternità surrogata quale mezzo per realizzare un progetto genitoriale sulle nozioni del diritto di famiglia. In particolare, le controversie che interessano ai fini del presente capitolo riguardano la delicata questione dello *status filiationis* del nato da maternità surrogata, la quale tuttavia – invece di costituire una problematica a sé – è spesso trattata unitamente ad altri due aspetti: la nullità o meno del contratto di maternità surrogata, e l'affidamento del nato. Al fine di rendere l'analisi più chiara e facilmente accessibile, si propone di organizzare la casistica in tre categorie: la prima include la copiosa giurisprudenza scaturente dal ricorso alla maternità surrogata all'estero (maternità surrogata

<sup>25</sup> D. Rosani, *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in «Rivista di BioDiritto», 2017, n. 1, p. 110.

<sup>26</sup> M. Zevola, *Problemi aperti nelle aule di giustizia*, in Cesaro, Lovati e Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico ed interesse del minore*, cit., pp. 21-22.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 23.

internazionale); la seconda, invece, comprende casi di maternità surrogata domestica, ovvero realizzata nel foro interno; rientrano, infine, nella terza categoria quei casi in cui è sorta una disputa tra la madre gestante, che si rifiuta di rispettare i termini dell'accordo e intende tenere il nato per sé, e i committenti.

Sebbene (come anticipato) né l'adozione di una disciplina *ad hoc* né la previsione di una proibizione interna scongiurino il pericolo di eventuali controversie giudiziarie, la suddivisione della giurisprudenza proposta sembra suggerire una certa correlazione tra l'approccio legislativo adottato e le dispute che fanno seguito ad accordi di maternità surrogata in uno specifico ordinamento.

I casi facenti parte del primo gruppo provengono da giurisdizioni in cui la maternità surrogata è oggetto di un divieto normativo. La vicenda umana che li contraddistingue vede, quindi, una coppia di aspiranti genitori o una persona single recarsi in un paese in cui la pratica in questione è lecita al fine di attuare il proprio progetto procreativo e, fatto ritorno nel paese di origine, richiedere che i legami familiari validamente formati all'estero siano riconosciuti nel foro interno. In questa tipologia di casi, pertanto, la problematica determinazione dello *status filiationis* del nato da maternità surrogata all'estero è dovuta, non solo all'assenza di una disciplina che prenda atto della pratica e gestisca le sue conseguenze giuridiche qualora sia realizzata in violazione del diritto interno, ma a un rifiuto – da parte dell'ufficiale di stato civile – di trascrivere il provvedimento straniero da cui il nato risulta essere figlio dei genitori committenti, rifiuto molto spesso giustificato dalla contrarietà dell'atto straniero all'ordine pubblico.

Benché – come annunciato – sia essenzialmente la previsione di un divieto interno a rendere l'attribuzione della genitorialità rispetto al nato da maternità surrogata all'estero una questione dai risvolti potenzialmente controversi, per amor di completezza, è importante rilevare che complicazioni giuridiche relative al riconoscimento della filiazione validamente stabilita all'estero possono sorgere – sebbene, nella pratica, sia notevolmente più raro – anche in presenza di una normativa che consente e regola la maternità surrogata nel foro interno. In altri termini, dunque, neppure la presenza di una disciplina *ad hoc* – a meno che sia priva di limitazioni – è sufficiente a impedire il turismo procreativo e le questioni attinenti allo *status filiationis* che ne conseguono.

A titolo esemplificativo, si può citare il caso britannico di un aspirante padre che, a fronte dell'impossibilità di richiedere un *parental order* in quanto single (ipotesi contemplata solo per le coppie *ex* sezione 54 dello *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, HFEA)<sup>29</sup>, si era recato in Il-

<sup>29</sup> Pare interessante rilevare che, in base all'*Adoption Act* del 1926, le persone single hanno invece il diritto di adottare.

linois per concludere un contratto di maternità surrogata in virtù del quale avrebbe acquisito il titolo di solo genitore<sup>30</sup>. Al ritorno nel Regno Unito, tuttavia, la High Court rifiutava di riconoscere il suo rapporto di filiazione con Z – suo figlio genetico nato da maternità surrogata (con ovociti di una donatrice) – argomentando, tra le altre cose, che adottare un'interpretazione più elastica volta a includere anche i single tra i soggetti legittimati a ottenere un *parental order* avrebbe significato andare contro la volontà del Parlamento che, a esito di un processo di riforma legislativa nel 2008, aveva deciso di mantenere inalterata la disposizione contestata<sup>31</sup>. Per la legge del Regno Unito, quindi, l'unica persona esercente la responsabilità genitoriale nei confronti del minore era la madre surrogata – la quale, paradossalmente, viveva negli Stati Uniti, non aveva alcun legame genetico con Z né alcun status genitoriale secondo la legge californiana. Z veniva quindi – temporaneamente – ricondotto sotto tutela giudiziale.

Alcuni mesi dopo, tuttavia, a fronte di una nuova azione del ricorrente, la stessa High Court – con il supporto del Secretary of State for Health – ha emesso una *declaration of incompatibility*<sup>32</sup>, ovvero una dichiara-

<sup>30</sup> Ulteriori esempi di come la determinazione della genitorialità del nato da maternità surrogata può essere problematica nonostante la presenza di una disciplina *ad hoc* sono rappresentati da quei casi in cui la richiesta di *parental order* è presentata oltre il termine dei sei mesi dalla nascita, termine stabilito dalla sezione 54(3) dello HFEA. Particolarmente significativa è stata la pronuncia della Family Court (*A & Another c. C & Another*, Judge Theis, 11 luglio 2016), chiamata a pronunciarsi su una richiesta di *parental order* presentata dieci anni dopo la nascita dei minori interessati (nati nel 2002 e 2004, rispettivamente, da maternità surrogata in California) in quanto i committenti non erano a conoscenza di questo requisito. Il giudice ha stabilito che l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico rispettando il limite temporale di sei mesi deve essere bilanciato con l'interesse dei minori, che costituisce la *paramount consideration* che il giudice deve tenere a mente quando decide su una richiesta di *parental order*. Viste le circostanze del caso, aggiunge il giudice, non vi sono dubbi che nessuno – né la madre surrogata, né i ricorrenti, né i minori – subirebbe un pregiudizio se la richiesta fosse accettata. Al contrario, il mancato riconoscimento giuridico comporterebbe un pregiudizio ai ricorrenti e ai minori in quanto sarebbero privati dell'opportunità di formalizzare la loro relazione familiare nel Regno Unito in un modo che garantirebbe l'attuazione dei bisogni lungo-termini dei minori. Il testo della decisione è disponibile online: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed162330>. Precedente conforme: *X (A Child) (Surrogacy: Time Limit)*, UK High Court of Justice, 3 ottobre 2014 (<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed133396>).

<sup>31</sup> *Re Z (A Child: Human Fertilisation and Embryology Act: Parental Order)*, UK High Court of Justice, 7 settembre 2015. Il testo della decisione è disponibile online: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed146968>. A commento di questa decisione, si veda K. Trimings, *Application for a Parental Order by a Single Commissioning Father Refused by the High Court*, in «Journal of Social Welfare and Family Law», 38, 2016, n. 1, pp. 91-93.

<sup>32</sup> La sezione 3(1) dello *Human Rights Act 1998*, con cui la CEDU è stata incorporata nel diritto domestico (inglese), affida ai giudici il compito di applicare e interpretare la legislazione nazionale in maniera conforme ai diritti garantiti dalla CEDU. La *declaration of incompatibility* costituisce quindi l'ultima risorsa a cui il giudice può fare ricorso qualora la tensione tra diritto nazionale e CEDU non sia ricomponibile per via interpretativa.



zione con cui ha denunciato l'incompatibilità della sezione 54 HFEA con il combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU<sup>33</sup>. A giudizio della High Court, il ricorrente era stato infatti discriminato sulla base del suo stato di persona single e il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione aveva leso l'interesse di Z a una chiara appartenenza familiare<sup>34</sup>. Questa dichiarazione non incide, tuttavia, sulla validità della legislazione e il Parlamento, ad oggi, non ha ancora adottato alcun provvedimento per rimediare all'incompatibilità. Indipendentemente dall'esito della vicenda, il suo mero verificarsi è dimostrazione del fatto che, anche in presenza di una disciplina interna permissiva, la ricerca della genitorialità fuori dal proprio Stato può rimanere un'esigenza per alcuni soggetti (padri single, nel caso di specie) e, quindi, la questione concernente il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero finisce inevitabilmente per riproporsi a causa dello scarto esistente tra la normativa straniera, maggiormente permissiva, e quella interna.

La giurisprudenza appartenente alla seconda categoria trae, invece, origine da accordi di maternità surrogata domestica. Si tratta quindi di controversie che, invece di vertere sulla questione della trascrizione di un atto estero, sorgono in quanto l'iniziativa privata si è spinta oltre ciò che è contemplato e consentito dal legislatore nazionale senza, tuttavia, far ricorso al cosiddetto turismo procreativo. Le vicende prese in considerazione provengono da quattro ordinamenti differenti: Irlanda, Regno Unito, Grecia e Sudafrica.

Nel caso irlandese, la Corte Suprema è stata chiamata a regolare gli effetti relativi alla filiazione del ricorso alla maternità surrogata in assenza di alcun riferimento normativo in materia. Le corti inglesi e greche sono state invece chiamate a definire lo *status filiationis* di minori nati a seguito di accordi di maternità surrogata conclusi da un aspirante padre single, soggetto che, in Grecia, non è legittimato ad accedere alla pratica e, nel Regno Unito (come appena menzionato), non può richiedere l'attribuzione della genitorialità rispetto al nato mediante *parental order*. L'intervento della Corte costituzionale del Sudafrica è stato, invece, sollecitato dal caso di una donna single che, nonostante il requisito previsto dalla legge di un legame genetico tra il committente e il nato, intendeva realizzare il suo desiderio di genitorialità avvalendosi di una madre surrogata, essendo – per motivi di salute – incapace di produrre ovuli.

<sup>33</sup> *Re Z (A Child: Human Fertilisation and Embryology Act: Parental Order) (No 2)*, UK High Court of Justice, 20 maggio 2016. Il testo della decisione è disponibile online: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2016/1191.html>.

<sup>34</sup> A commento di questa seconda pronuncia della High Court, si veda A. Blackburn-Starza, *Single Father Wins Surrogacy Human Rights Ruling*, in «BioNews», 852, 23 maggio 2016, [http://www.bionews.org.uk/page\\_651129.asp](http://www.bionews.org.uk/page_651129.asp); A. Muzaffer, E. Isaacs QC e N. Gamble, *Single Parent Surrogacy. What the High Court Ruling Really Means*, in «BioNews», 853, 31 maggio 2016, [http://www.bionews.org.uk/page\\_654692.asp](http://www.bionews.org.uk/page_654692.asp).



A differenza delle vicende comprese nelle prime due categorie giurisprudenziali, in cui le parti coinvolte sono portatrici di una volontà univoca (ovvero, il riconoscimento della filiazione in capo ai committenti), i casi appartenenti alla terza tipologia presentano un ulteriore fattore di complessità: la presenza di una tensione tra la madre surrogata, da un lato, e i genitori committenti, dall'altro. In contrapposizione al desiderio e aspettativa di questi ultimi di poter crescere il nato da maternità surrogata come figlio proprio, la madre surrogata (e, talvolta, il marito) sceglie di non attenersi a quanto stabilito contrattualmente e, conseguentemente, si rifiuta di affidare il nato ai committenti oppure nega il proprio consenso al trasferimento della genitorialità. Sorge quindi la necessità di una determinazione giudiziale circa l'affidamento del minore nato a seguito di maternità surrogata.

## Capitolo ottavo

# Maternità surrogata all'estero

### 1. *Il problema del riconoscimento dello status familiare estero*

Stante la possibilità degli aspiranti genitori di realizzare il proprio progetto parentale in un altro Stato, la proibizione o, addirittura, la repressione penale di alcune pratiche procreative hanno prodotto effetti territoriali rivelandosi, da un punto di vista più complessivo, inefficaci e quindi meramente simboliche<sup>1</sup>. Ne consegue quindi che, indipendentemente dall'approccio legislativo adottato, i giudici sono regolarmente chiamati a gestire le conseguenze giuridiche di un fenomeno che – seppur vietato – conduce alla nascita di un essere umano e alla formazione di una rete di relazioni familiari. La ricerca della genitorialità all'estero finisce, quindi, per ripresentare anche negli Stati proibizionisti la necessità di determinare i rapporti tra il nato, i genitori committenti e la madre surrogata, in modo da definire con certezza lo *status filiationis* del minore e regolare l'esercizio della responsabilità genitoriale nei suoi confronti.

In attesa di interventi legislativi che assumano una prospettiva maggiormente pragmatica a questa problematica e quindi facciano venire meno il principale incentivo per gli aspiranti genitori di avvalersi di queste tecniche all'estero<sup>2</sup>, il turismo procreativo è incoraggiato da normative, come quella

<sup>1</sup> Questa visione non è condivisa da tutti in dottrina. In senso contrario, ad esempio, Nicolai rileva che – avendo riguardo al contesto italiano – il divieto previsto dalla legge n. 40 mira a impedire la creazione di un mercato della maternità surrogata in Italia e, dal momento in cui un tale mercato non esiste, si debba concludere che il divieto ha raggiunto il suo scopo. Si veda S. Nicolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in «Genius», 2017, n. 2, p. 54.

<sup>2</sup> Secondo un'opinione sempre più condivisa, le legislazioni che mirano a impedire il ricorso a determinate forme di procreazione dovrebbero essere sostituite da normative che, assumendo una prospettiva maggiormente pragmatica, adottano le realtà del mercato della maternità surrogata come punto di partenza. È infatti innegabile che se tutti gli Stati introducessero normative più permissive, verrebbe meno il principale incentivo per gli aspiranti genitori di avvalersi di queste tecniche all'estero. Si veda, *inter alia*, B. Van Beers, *Is Europe*

italiana, che precludono l'accesso alla genitorialità alle coppie omosessuali e/o proibiscono il ricorso a tecniche procreative consentite all'estero. Tra le mete più popolari vi è, senza dubbio, la California<sup>3</sup>. A differenza di altri Stati USA che hanno preferito non intervenire o espressamente proibire la maternità surrogata, lasciando quindi ai giudici il difficile compito di gestire e risolvere il caso concreto, la California – insieme all'Illinois – ha introdotto una delle normative considerate più *surrogacy-friendly* nel panorama statunitense e internazionale, se non altro, per i suoi requisiti di accessibilità estremamente blandi: l'accesso è infatti consentito alle coppie – coniugate o meno – così come alle persone single, indipendentemente dall'orientamento sessuale<sup>4</sup>.

Avvalersi di una madre surrogata in California, tuttavia, comporta costi piuttosto significativi (almeno 80,000 USD). Non stupisce quindi che molti aspiranti genitori abbiano scelto di rivolgersi a mercati esteri differenti, *in primis* la Thailandia, l'India, il Nepal, la Cambogia e il Messico, dove soddisfare il proprio desiderio di genitorialità mediante maternità surrogata è – da un punto di vista economico – decisamente più sostenibile. In questi paesi, la presenza di donne – che spesso vivono in condizioni economico-sociali svantaggiate – disposte a portare avanti gravidanze per conto di coppie o persone single più abbienti in cambio di un corrispettivo, in concomitanza con l'assenza di una regolamentazione adeguata che tuteli i soggetti più deboli anziché lasciare che sia il profitto a dettare le regole del mercato, hanno dato vita a un vero e proprio *business*, in forte espansione, i cui effetti sociali sono ampiamente dibattuti e controversi<sup>5</sup>.

«Giving in to Baby Markets?». *Reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets*, in «Medical Law Review», 23, 2014, n. 1, p. 103; K. Horsey e S. Sheldon, *Still Hazy after all These Years: The Law Regulating Surrogacy*, in «Medical Law Review», 20, 2012, p. 89; M. Di Masi e M. Virgilio, *La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale*, in «Minori-giustizia», 2017, n. 1, p. 41.

<sup>3</sup> Non essendoci alcuna legislazione federale in materia, le questioni della determinazione dello *status filiationis*, della validità e dell'eseguibilità (*enforceability*) degli accordi di maternità surrogata sono disciplinate a livello statale. Il quadro normativo statunitense è, quindi, alquanto eterogeneo e varia dal completo proibizionismo all'accettazione in diversi livelli.

<sup>4</sup> Per una trattazione esaustiva della legislazione californiana, si veda M. Wells-Greco, *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements: The Past, the Present, the Future*, The Hague, Eleven International Publishing, 2015, pp. 206-222.

<sup>5</sup> Sul punto, si veda, ad esempio, K. Orfali e P.A. Chiappori, *Transnational Gestational Surrogacy: Exploitative or Empowering?*, in «The American Journal of Bioethics», 14, 2014, n. 5, pp. 33-50. Correndo il rischio di semplificare eccessivamente le linee di pensiero che segnano il dibattito, da un lato vi è chi intende la surrogazione come espressione della libertà procreativa e del principio di autodeterminazione e, quindi, in tale prospettiva, la legalizzazione di questa pratica andrebbe sostenuta in quanto affermazione estrema della libertà delle donne di disporre del proprio corpo e dei suoi frutti e farne una fonte di sostentamento per le madri surrogate, altrimenti prive di opportunità lavorative e quindi di guadagno. Secondo una visione opposta, invece, la maternità surrogata si traduce in un atto di mercificazione

A portare l'attenzione della società e dei governi su queste dinamiche talvolta definite di sfruttamento, è stato – tra gli altri – il caso di *Baby Gammy*, nato nel 2013 da una madre surrogata thailandese e, secondo il racconto di quest'ultima e quanto riportato dai media di allora, rifiutato – a differenza della sorella Pipah – dalla coppia australiana che ne aveva commissionato la nascita in quanto affetto dalla sindrome di Down. Sebbene una ricostruzione dei fatti più accurata abbia successivamente confermato che si è trattato di un falso scandalo<sup>6</sup>, questa e altre storie analoghe hanno comunque portato alla luce i potenziali risvolti negativi di una pratica – come la maternità surrogata di tipo commerciale – talvolta poco regolamentata e hanno spinto i governi dei paesi coinvolti a valutare l'introduzione di misure restrittive nei confronti di coppie e/o individui stranieri.

Mossi principalmente dalla volontà di evitare complicazioni a livello internazionale più che quella di proteggere le madri surrogate da eventuali abusi, alcuni di questi paesi *hotspot* sono infatti corsi ai ripari limitando l'accesso ad alcune categorie di soggetti – escludendo per lo più gli omosessuali – o, addirittura, proibendo *tout court* il ricorso alla maternità surrogata da parte di aspiranti genitori stranieri<sup>7</sup>. La previsione di divieti in questi

del bambino, che diventa un oggetto di scambio, e della madre, la quale è ridotta a mero contenitore di una vita destinata ad altri. I sostenitori di questa posizione affermano quindi che la maternità surrogata come regolata e praticata in questi paesi non può che sostanzarsi in un fenomeno di sfruttamento della povertà altrui, in particolare di donne povere da parte di coppie provenienti da paesi ricchi. A fronte di un compenso pari a vari anni di stipendio, sarebbe infatti molto difficile, o addirittura impossibile, per queste donne rifiutare una simile opportunità e quindi compiere una scelta libera di disporre del proprio corpo che, tuttavia, porta con sé una serie di rischi e pericoli, soprattutto per la loro salute.

<sup>6</sup> In particolare, sembrerebbe che la coppia desiderasse portare con sé entrambi i bambini ma la madre surrogata avesse l'impressione – forse dovuta alla loro richiesta di aborto del feto «malato» (da accertare) – che i Farnells volessero solo il bambino sano. La Family Court of Western Australia, chiamata a pronunciarsi sull'affidamento di Pipah (14 aprile 2016), ha quindi escluso che i coniugi Farnell avessero abbandonato Gammy a causa della sua particolare condizione di salute e ha stabilito che Pipah dovesse continuare a vivere con loro, in quanto unica famiglia da lei mai conosciuta. Il testo della decisione è disponibile online: [http://www.familycourt.wa.gov.au/\\_files/Publications/2016FCWA17anon.pdf](http://www.familycourt.wa.gov.au/_files/Publications/2016FCWA17anon.pdf). Per un breve resoconto della vicenda, si veda J. Photopoulos, *Judge: «Baby Gammy» Was not Abandoned and Sister Can Stay with Parents*, in «BioNews», 847, 18 aprile 2016, [http://www.bionews.org.uk/page\\_639701.asp](http://www.bionews.org.uk/page_639701.asp).

<sup>7</sup> Il Governo indiano, ad esempio, dopo aver escluso le coppie omosessuali, sta – ormai da un paio di anni – valutando l'introduzione di un *Surrogacy Regulation Bill* che, sulla base del testo attuale, consentirebbe solo la maternità surrogata per motivi altruisti e prevederebbe un divieto assoluto di accesso per le coppie e/o individui stranieri. Sul punto, si veda M. Cook, *Will India Ban Commercial Surrogacy?*, in «BioEdge», 2 aprile 2017, <https://www.bioedge.org/bioethics/will-india-ban-commercial-surrogacy/12256>; L. Taylor, *Embryos from Overseas Couples «Stuck» in India*, in «BioNews», 874, 24 ottobre 2016, [http://www.bionews.org.uk/page\\_716793.asp](http://www.bionews.org.uk/page_716793.asp). Un testo simile è al momento discusso dal Governo cambogiano e, anche se non ancora in vigore, la possibile introduzione di un *ban* ha già comportato una serie di complicazioni: circa dieci coppie australiane che hanno fatto ricorso alla maternità surro-

paesi ha, a sua volta, determinato la crescita delle domande di madri surrogate in Europa, in particolare in Ucraina e Russia che, insieme a Georgia e Polonia, rappresentano le sole giurisdizioni europee in cui la maternità surrogata di tipo commerciale è lecita.

Recandosi in un paese in cui la pratica in questione è espressamente consentita e regolata, i genitori committenti raggiungono – più o meno facilmente – il risultato perseguito. In conformità con la normativa estera, essi sono infatti considerati a tutti gli effetti genitori legali del nato, automaticamente o tramite accertamento giudiziale. Gli interessati costituiscono quindi un valido rapporto di filiazione all'estero per poi chiederne il riconoscimento nello Stato di cittadinanza o in quello in cui risiedono abitualmente, con l'intenzione ultima di eludere la proibizione di diritto interno. Si pone quindi il problema di attribuire uno status certo a chi, pur illecitamente, sia comunque venuto al mondo.

Il paragrafo seguente intende rivolgere l'attenzione a uno dei maggiori ostacoli a cui una coppia/un individuo che fa ricorso alla maternità surrogata all'estero rischia di andare incontro: il mancato riconoscimento del proprio status genitoriale nei confronti del nato, acquisito sulla base della legislazione straniera; in termini più concreti, il rifiuto della trascrizione del provvedimento estero – sia esso il certificato di nascita o una sentenza – da cui si evince la genitorialità dei committenti nei pubblici registri di stato civile del foro interno.

Prendendo, come esempio, il caso italiano, la legge n. 40/2004 – come anticipato sopra – vieta e sanziona penalmente la maternità surrogata, ma non prevede alcuna disciplina positiva che regoli lo status familiare del minore che sia comunque nato da tale pratica all'estero ed è, successivamente, portato in Italia dai genitori committenti. È pertanto la giurisprudenza a doversi esprimere in proposito. Decidere su questo punto significa dare una risposta ai seguenti quesiti. Si può trascrivere un certificato di nascita straniero che indichi come genitori del nato i committenti? Come si atteggia il limite dell'ordine pubblico internazionale? Quale rilievo assume l'interesse superiore del minore, che deve essere preminente su qualsiasi altro interesse, rispetto al *fait accompli* che è stato posto in essere in violazione di una proibizione interna? Se si considera che i *best interests of the child* coincidano

gata in Cambogia sono rimaste bloccate/non hanno potuto tornare a casa per mesi, insieme ai loro figli nati da maternità surrogata. Sul punto, si veda A. Barker, «*Desperate*» *Australian Couples Unable to Leave Cambodia with Surrogate Babies*, in «ABC News», 22 febbraio 2017, <http://www.abc.net.au/news/2017-02-23/australian-couples-with-surrogate-babies-stuck-in-cambodia/8294810>; T. Sidhu, *Cambodia Moves to Permanently Ban Commercial Surrogacy*, in «BioNews», 915, 29 agosto 2017, [http://www.bionews.org.uk/page.asp?obj\\_id=878304](http://www.bionews.org.uk/page.asp?obj_id=878304). Simili dibattiti hanno luogo anche in Nepal: A. Ilic, *Nepalese Court Suspends Commercial Surrogacy*, in «BioNews», 817, 1° settembre 2015, [http://www.bionews.org.uk/page\\_561682.asp](http://www.bionews.org.uk/page_561682.asp) e in Messico: A. Ochert, *Mexico Bans Surrogacy for Gay Couples and Foreigners*, in «BioNews», 833, 21 dicembre 2015, [http://www.bionews.org.uk/page\\_599021.asp](http://www.bionews.org.uk/page_599021.asp).

con il mantenimento di rapporti familiari consolidati, non si finisce con il sottrarre il provvedimento estero dalla valutazione di compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento interno e quindi con il regolarizzare una pratica che è proibita dalla legge? Bastano poche settimane di convivenza per considerare un legame familiare, costruito eludendo la normativa nazionale, effettivo e meritevole di conservazione? Fino a che punto il rispetto della stabilità affettiva può/deve tradursi nel rispetto di situazioni familiari create aggirando deliberatamente il dettato normativo?<sup>8</sup>.

## 2. Il problema della trascrizione: ordine pubblico vs interesse superiore del minore

In casi di maternità surrogata internazionale, quindi, il nodo centrale della questione sottoposta all'attenzione dei giudici non è la validità del contratto concluso tra i committenti e la madre surrogata bensì il riconoscimento della filiazione ottenuta in paesi terzi nel foro interno. Com'è noto, in Italia e altrove, quando un giudice è chiamato a decidere sul recepimento di atti e provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti familiari o di diritti della personalità, una delle valutazioni che compie attiene alla compatibilità del provvedimento in oggetto con l'ordine pubblico. In altre parole, prima di disporre la trascrizione, deve accertarsi che l'effetto prodotto – ovvero, l'attribuzione di un rapporto di filiazione al di fuori delle ipotesi di adozione e PMA consentite dalla normativa nazionale – sia compatibile non solo con i principi etici, economici e politici dell'ordinamento stesso, ma anche con gli obblighi derivanti da fonti europee – *in primis*, la Convenzione europea dei diritti umani e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il quesito principale affrontato nella giurisprudenza in materia di maternità surrogata all'estero è, quindi, se il limite dell'ordine pubblico osti o meno al riconoscimento nel foro interno – ove vige il divieto di maternità surrogata – del rapporto di filiazione instauratosi all'estero tra la coppia committente e il nato da questa pratica. La risoluzione del caso concreto dipende essenzialmente da tre fattori interconnessi: la maniera in cui il concetto di ordine pubblico è declinato (con riferimento all'interesse superiore del minore), l'accezione dell'interesse superiore del minore adottata e, quindi, il modo in cui la tensione tra queste due clausole generali è articolata e gestita dal giudice.

Sul punto, si possono individuare due orientamenti contrastanti. Un primo orientamento – riscontrabile soprattutto nella giurisprudenza nazio-

<sup>8</sup> G. Luccioli, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in «Consulta Online», 2017, n. 2, p. 328.

nale meno recente, anche se permangono alcune eccezioni – sancisce la prevalenza dell'interesse statale a tutelare l'ordine pubblico sull'esigenza di salvaguardare l'interesse superiore del minore nato in seguito a maternità surrogata, facendo leva su un'accezione – se non dichiaratamente, di fatto – ristretta di ordine pubblico e/o adottando una visione dell'interesse superiore del minore non saldamente radicata nell'esperienza di vita del singolo minore coinvolto nella vicenda in esame, ma piuttosto astratta, che lascia spazio a considerazioni di tutela dei bambini intesi come categoria giuridica. In nome dei *best interests of children*, ovvero dell'interesse in astratto dei minori (che – utilizzando la distinzione operata da Lenti – si contrappone ai *best interests of the child*, ovvero all'interesse del singolo minore coinvolto) le decisioni aderenti a questo filone celano timori di contaminazione dell'ordinamento nazionale e rifiutano quindi il fatto compiuto nella consapevolezza che accertarlo implicherebbe inevitabilmente la moltiplicazione di casi analoghi e quindi la disapplicazione di fatto della normativa la cui *ratio* è proprio la protezione degli interessi dei minori.

Dalla più recente esperienza giurisprudenziale emerge, invece, un secondo orientamento che, opponendosi all'esercizio in modo automatico dell'esigenza di tutelare l'ordine pubblico, si mostra a favore del riconoscimento del rapporto di filiazione tra i committenti e il nato onde tutelare i *best interests of the child*, ovvero il superiore interesse del minore direttamente coinvolto nel procedimento<sup>9</sup>. Sulla scia della giurisprudenza CEDU nei casi *Mennesson* e *Labassee*, queste pronunce tendono a «relativizzare l'efficacia dell'ordine pubblico internazionale»<sup>10</sup>, riducendone l'ambito applicativo e rendendo quindi l'ordinamento interno più permeabile da valori normativi stranieri.

Muovendo dall'incancellabilità del fatto compiuto, i giudici a sostegno di questo approccio tendono ad affermare l'esigenza di garantire copertura giuridica a una situazione di fatto ravvisabile nell'avvenuto consolidamento di rapporti familiari e la conseguente lesione dell'interesse superiore del minore nel caso concreto per effetto del mancato riconoscimento di questi legami. Questa nuova tendenza mira, pertanto, a garantire l'interesse superiore del nato da maternità surrogata indipendentemente dalle circostanze di concepimento e dal modello familiare in cui il minore è accolto<sup>11</sup>.

Questa casistica vede quindi il principio dei *best interests of the child* scontrarsi e prevalere sul principio di legalità, con la conseguenza – ritenuta da molti problematica – di premiare la condotta illegale dei genitori com-

<sup>9</sup> R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in «Diritti Umani e Diritto Internazionale», 10, 2016, n. 2, p. 311.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 319.

<sup>11</sup> Masi e Virgilio, *La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale*, cit., p. 45.



mittenti in nome della necessità di mantenere in vita la situazione di fatto familiare che è stata creata aggirando la normativa interna<sup>12</sup>. Secondo questa impostazione, infatti, la scelta autodeterminativa dei genitori committenti di avvalersi della pratica in questione all'estero merita di essere valorizzata in quanto corrispondente all'interesse del minore, specialmente qualora uno dei due adulti sia anche genitore genetico<sup>13</sup>. Si tratta quindi di decisioni che, benché diano atto delle ragioni sottostanti il divieto interno di maternità surrogata (*in primis*, l'esigenza di tutelare la dignità umana della donna gestante), si fanno portatrici di un approccio maggiormente pragmatico e prendono in considerazione o, meglio, adottano come punto di partenza del loro iter decisorio la nascita e quindi l'esistenza del minore come titolare di diritti fondamentali.

## 2.1. Maternità surrogata all'estero: famiglie eterosessuali

### 2.1.1. Il diniego della trascrizione: La prevalenza dell'interesse statale ovvero dei «*best interests of children*»

La già citata (si veda capitolo 1) sentenza n. 24001/2014 della Corte di Cassazione costituisce l'esempio per eccellenza del primo orientamento cui si è fatto riferimento sopra. Nel primo caso sul tema, la Suprema Corte – confermando le pronunce dei giudici di merito – ha ravvisato lo stato di abbandono e, di conseguenza, l'adottabilità, di un minore – privo di alcun legame genetico coi committenti – nato in seguito a maternità surrogata in Ucraina. La Corte si è quindi opposta alla trascrizione del (falso) certificato di nascita ucraino attestante la genitorialità della coppia committente in quanto lesivo dell'ordine pubblico e, in particolare, del divieto di maternità surrogata previsto dalla legge n. 40/2004. La sentenza ha precisato che la compatibilità di un atto straniero con la nozione di ordine pubblico non si esaurisce né con il rispetto di norme imperative né con il rispetto dei principi fondamentali che ispirano la comunità internazionale – tra cui l'interesse superiore del minore – dovendosi fare riferimento anche a «*principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili*»<sup>14</sup>.

In questo caso, ha spiegato la Corte di Cassazione, il divieto interno si pone a presidio della dignità umana della donna gestante e dell'istituto dell'adozione, che si fonda su regole precise poste a tutela di tutti gli in-

<sup>12</sup> L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in «*Rivista di Diritto Civile*», 62, 2016, n. 1, p. 87.

<sup>13</sup> Masi e Virgilio, *La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale*, cit., p. 46.

<sup>14</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 24001 dell'11 novembre 2014, § 3.1.

teressati, *in primis* del minore<sup>15</sup>. Il mancato riconoscimento del certificato ucraino non si porrebbe pertanto in contrasto con l'interesse superiore del minore che risulterebbe invece tutelato dalla scelta del legislatore di regolare la realizzazione di una genitorialità non basata su legami genetici mediante l'istituto dell'adozione, anziché rimetterla all'autonomia privata<sup>16</sup>. Quindi, se da un lato, la Corte di Cassazione rifiuta un'interpretazione dualistica della nozione di ordine pubblico – che contrappone quello interno a quello internazionale – ribadendo quindi la natura unitaria del concetto, dall'altro lato, l'interesse del minore coinvolto finisce per non assumere il ruolo preminente che gli spetta in quanto la pronuncia ne propone una valutazione *a priori*, operata a monte dalla legge, che non conferisce al giudice alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto.

Questa sentenza, dunque, fa propria la versione del principio dei *best interests* che Lamarque considera tipicamente italiana, dando priorità all'esigenza di rispettare una legge posta a tutela di tutti i minori rispetto alla necessità di prendere una decisione per il bene di un determinato minore nato in deroga alla stessa legge<sup>17</sup>. L'accezione del superiore interesse del minore che ne deriva, quindi, anziché esprimere la necessità di una soluzione individualizzata, che tiene in considerazione le circostanze di vita e i bisogni del singolo minore, si fa portavoce dell'esigenza opposta: quella di individuare uno strumento efficace che tuteli tutti i minori che si trovino in una determinata condizione di vulnerabilità<sup>18</sup>. Il principio dei *best interests* è quindi impiegato non tanto come criterio che guida la discrezionalità del giudice per la risoluzione del caso concreto in modo eventualmente difforme dalle regole legislative e dai precedenti giurisprudenziali, quanto più come «fondamento giustificativo dell'esistenza stessa di una norma di legge, la cui applicazione, magari anche rigida e non conforme all'interesse di un determinato minore, è però proclamata come strumento di protezione dell'interesse dei minori, intesi come categoria generale e astratta»<sup>19</sup>.

La Corte di Cassazione, pur avendo a disposizione due pronunce della Corte europea dei diritti umani riguardanti la medesima questione del riconoscimento di un rapporto di filiazione formato a seguito di maternità surrogata realizzata all'estero, ha infine ritenuto opportuno dissociarsi da quanto statuito dai giudici europei in quanto considerato non applicabile nella situazione concreta. Non essendovi alcun legame genetico tra i ricorrenti e il nato, il caso di specie era, infatti, a suo giudizio, radicalmente diverso dalle vicende *Mennesson* e *Labassee*, in cui il padre committente era

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016, p. 17.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 64-65.

<sup>19</sup> Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 93.

anche genitore genetico dei gemelli. La Corte EDU, inoltre, a parere della Cassazione, avrebbe ravvisato il superamento dell'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in materia di maternità surrogata soltanto a fronte del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione col padre genetico<sup>20</sup>. In assenza di un legame genetico, come nel caso in esame, le autorità nazionali non avevano quindi l'obbligo di disporre la trascrizione dell'atto straniero ma, al contrario, continuavano a godere di una certa libertà di azione e di manovra.

Ancor prima della Corte di Cassazione, il Tribunale per i Minorenni di Campobasso (20 ottobre 2011 e in seguito la Corte d'Appello, 13 aprile 2013) si era pronunciato su una vicenda pressoché identica e, in seguito alla scoperta dell'insussistenza del legame genetico tra il padre committente e il nato da maternità surrogata in Russia, aveva negato la trascrizione del certificato di nascita russo nei registri dello stato civile italiano per contrarietà all'ordine pubblico. Anche in questo caso, quindi, il giudice aveva accertato lo stato di abbandono del minore e aveva ritenuto di procedere alla dichiarazione di adottabilità.

È proprio da questa situazione – ovvero dalla sottrazione del minore in questione ai ricorrenti – che ha preso le mosse il noto ricorso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, su cui si è di recente pronunciata la Grande Camera della Corte EDU, non riscontrando – come anticipato nel capitolo 2 – alcuna violazione dell'art. 8 CEDU. Riassumendo il giudizio della Grande Camera, infatti, considerata la breve durata della loro convivenza, l'assenza di un legame genetico e l'incertezza del quadro giuridico applicabile, il rapporto esistente tra la coppia e il minore non costituiva *de facto family life* e, quindi, l'art. 8 non era applicabile quanto alla violazione del diritto al rispetto della vita familiare. Pur interferendo con il progetto genitoriale della coppia, l'allontanamento del minore non integrava neppure una violazione del diritto al rispetto della loro vita privata in quanto perseguiva l'interesse pubblico superiore di ripristinare la legalità violata e di adottare misure a tutela del minore. L'allontanamento disposto dalle autorità nazionali era inoltre sostenuto da ragioni sufficienti e proporzionate: come osservato dalla Grande Camera, prolungare la permanenza del minore con i ricorrenti avrebbe infatti rischiato di produrre una situazione in cui sarebbe stato il passare del tempo a decidere le sorti del caso.

Secondo la lettura di Luccioli, la sentenza della Grande Camera confermerebbe la correttezza dell'impostazione adottata dalla Corte di Cassazione nella sentenza sopra citata, rappresentando quindi la più recente manifestazione del primo orientamento in materia di maternità surrogata all'estero<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 24001 dell'11 novembre 2014, § 3.1.

<sup>21</sup> Luccioli, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, cit., p. 330.

Il peso attribuito all'aggiramento – da parte dei ricorrenti – della disciplina italiana in materia di adozione e del divieto di maternità surrogata, unitamente alla mancata riconducibilità dei rapporti esistenti tra la coppia e il minore alla sfera della vita familiare, esprimerebbe la volontà di respingere la logica del fatto compiuto e quindi la prevalenza dell'interesse superiore del minore, inteso in termini di continuità affettiva, sull'interesse statale a ripristinare la legalità violata<sup>22</sup>.

Come confermato in dottrina, l'esito raggiunto dalla Grande Camera si deve al fatto che l'attenzione è stata posta primariamente su questioni di prevenzione generale<sup>23</sup>: «non soltanto (su) il bambino nel caso concreto, bensì anche (su) i bambini più in generale»<sup>24</sup>; o, utilizzando le parole di Lenti<sup>25</sup>, non soltanto sui *best interests of the child*, ma anche sui *best interests of children* ovvero sull'interesse della categoria dei minori nati da maternità surrogata all'estero, considerato fine legittimo di un'ingerenza pubblica e bilanciato con gli interessi privati, tra cui quelli del singolo minore coinvolto nel caso di specie. Ancora una volta, quindi, l'esigenza che assume maggior rilievo è quella di rispettare una legge posta a tutela di ogni minore che sia nato da maternità surrogata, in deroga di quella stessa legge, e non necessariamente quella di individuare una soluzione che abbia come fine primario il bene del singolo minore coinvolto.

Il primo orientamento ha ispirato anche gran parte della giurisprudenza francese antecedente le pronunce CEDU in materia di maternità surrogata. A titolo esemplificativo, merita menzionare il celebre caso *Menesson* – che è poi giunto a Strasburgo – in cui la Cour de Cassation francese aveva stabilito che dare effetto all'accordo di maternità surrogata da cui erano nati due gemelli (legati geneticamente al padre committente) e quindi riconoscere il rapporto di filiazione tra i nati e i genitori committenti, anche se validamente costituito in conformità con la legislazione californiana, avrebbe violato l'*ordre public* in quanto si sarebbe posto in conflitto con «le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français»<sup>26</sup>. A sostegno della propria pronuncia, la Corte aveva inoltre osser-

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 331.

<sup>23</sup> *Inter alia*, D. Rosani, *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in «Rivista di BioDiritto», 2017, n. 1, pp. 125-126.

<sup>24</sup> *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., decisione del 24 gennaio 2017, § 197 (traduzione di Rosani, «*The best interests of the parents*»). *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, cit., p. 126).

<sup>25</sup> Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 93. Si veda anche L. Lenti, «*Best interests of the child*» o «*best interests of children*», in «La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata», 26, 2010, n. 3, pp. 1157-1165.

<sup>26</sup> Cour de Cassation, Civ 1<sup>re</sup>, decisione n. 370 del 6 aprile 2011. Il testo della sentenza è disponibile online: [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/370\\_6\\_19628.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/370_6_19628.html). Oltre al caso *Menesson*, nella stessa giornata, la Cour de Cassation si è pronunciata su altri due casi di maternità surrogata avvenuta all'estero (decisioni n.

vato che il mancato riconoscimento non impediva ai minori coinvolti di vivere con i genitori committenti sul suolo francese, né li privava dello status di figlio di cui godevano in California, così realizzando un equilibrio tra le esigenze di ordine pubblico e l'interesse del minore.

Questa e altre decisioni analoghe hanno tuttavia avuto la (ulteriore, in aggiunta all'impossibilità di ottenere la registrazione del certificato di nascita formato all'estero) problematica conseguenza di privare i minori coinvolti della cittadinanza francese<sup>27</sup>. Per scongiurare questo pericolo, l'allora ministra Taubira aveva emanato una circolare che ordinava il rilascio di certificati di nazionalità francese a quei minori che erano nati da maternità surrogata all'estero<sup>28</sup>. Benché non obbligasse quindi le autorità francesi a riconoscere lo status genitoriale dei genitori committenti, in conformità al certificato di nascita straniero, questa circolare è stata – da molti – percepita come il primo passo verso la legalizzazione della maternità surrogata in Francia<sup>29</sup>. Il suo unico scopo era, invece, quello di semplificare la vita quotidiana di questi minori – soprannominati «enfants fantômes de la République» – che vivevano sul suolo francese con documenti stranieri. A dimostrazione della portata limitata della circolare, in una pronuncia del settembre 2013, la Cour de Cassation ha confermato la decisione dei giudici inferiori di non trascrivere il certificato di nascita di un minore nato in India facendo leva sul fatto che la nascita del minore era la conseguenza di un accordo di maternità surrogata, concluso all'estero per aggirare il divieto interno, accordo nullo per contrarietà all'ordine pubblico<sup>30</sup>.

369 e 371) ed ha rifiutato la richiesta di trascrizione del provvedimento estero sulla base della stessa argomentazione. Sono inoltre conformi a questo orientamento le decisioni della stessa Cour de Cassation del 13 settembre 2013 e del 19 marzo 2014 (maternità surrogata in India).

<sup>27</sup> Per una panoramica più esauriente della giurisprudenza francese in materia, si veda B. Van Beers, *Is Europe «Giving in to Baby Markets?»*. *Reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets*, cit., p. 108.

<sup>28</sup> Circolare n. CIV/02/13, 25 gennaio 2013. Il testo del provvedimento è disponibile online: <http://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/2013/02/Circulaire-25-janvier-2013.pdf>.

<sup>29</sup> Una simile reazione si è registrata in seno all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa che – in data 11 ottobre 2016 – ha votato contro l'adozione di una raccomandazione in tema di *Children's Rights Related to Surrogacy*, basata sul rapporto presentato della parlamentare belga De Sutter (che, come suggerisce il titolo, mirava, tra le altre cose, a fornire indicazioni per la disciplina dello *status filiationis* dei minori comunque nati in seguito a maternità surrogata), almeno in parte, per timore che il documento potesse promuovere la legalizzazione della maternità surrogata nei vari paesi.

<sup>30</sup> Cour de Cassation, Civ 1<sup>re</sup>, decisione n. 1092 del 13 settembre 2013, il cui testo è disponibile online: [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/1092\\_13\\_27172.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1092_13_27172.html).

2.1.2. *A favore del riconoscimento in nome dei «best interests of the child», ovvero dell'interesse superiore del singolo minore coinvolto*

Se le decisioni aderenti al primo filone giurisprudenziale tendono quindi a individuare un punto di equilibrio tra i vari interessi coinvolti che si colloca più sul versante statale, nelle pronunce che seguono, il punto di equilibrio tende invece a collocarsi più sul versante dei *best interests of the child*, inteso come interesse del singolo minore direttamente coinvolto nel procedimento. L'adozione di un'impostazione più pragmatica, che è a favore del riconoscimento della filiazione validamente costituita all'estero in quanto rispondente al superiore interesse del minore interessato, è frutto dell'acquisita consapevolezza che, per effetto di divieti, possono crearsi situazioni familiari difficilmente reversibili, caratterizzate da relazioni affettive la cui rottura può molto spesso comportare traumi e sofferenze<sup>31</sup>.

Emblematica di questo secondo approccio è la motivazione addotta dalla Corte d'Appello di Parigi – in una pronuncia poi rovesciata dalla Corte di Cassazione – *vis-à-vis* la richiesta di trascrizione degli atti di nascita di due gemelle, nate da maternità surrogata in California e procreate con i gameti del padre committente e della donna gestante, attestanti la genitorialità dei coniugi M.: «la non-transcription des actes de naissance risquant par ailleurs d'avoir des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient priver d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique»<sup>32</sup>.

Anche la Cour de Cassation, con una pronuncia del luglio 2015, ha finito per abbracciare questa impostazione<sup>33</sup>. Prima di questa decisione,

<sup>31</sup> A. Ruggeri e C. Salazar, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in «Consulta Online», 2017, n. 1, p. 142.

<sup>32</sup> Cour d'appel de Paris, 1<sup>ère</sup> chambre, 25 ottobre 2007.

<sup>33</sup> Cour de Cassation, Assemblée plénière, decisione n. 619 del 3 luglio 2015, disponibile online: [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/619\\_3\\_32230.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/619_3_32230.html). Oltre alla giurisprudenza della Cour de Cassation che segue, anche il Conseil d'État, massima giurisdizione amministrativa in Francia, ha avuto l'occasione di esprimersi sulla situazione di minori nati in seguito a maternità surrogata all'estero. Nel caso sottoposto alla sua attenzione, una cittadina francese Mme A – madre committente – desiderava tornare in Francia, con il figlio J. nato da madre surrogata in Armenia, ma l'ambasciata francese a Yerevan si opponeva alla registrazione del certificato di nascita armeno, che indicava la ricorrente quale madre legale di J., e non concedeva loro un lasciapassare in quanto sospettava, appunto, che il minore fosse nato in seguito a un accordo di maternità surrogata e che quindi non ci fosse alcun legame genetico tra la donna e il nato. Schierandosi contro il diniego di un titolo di viaggio, Il Conseil d'État ha affermato che, benché le circostanze facciano presagire che la nascita di J. sia la conseguenza di un contratto di maternità surrogata e, quindi, di un accordo nullo per contrarietà all'ordine pubblico, questo non ha alcuna incidenza sull'obbligo delle autorità di accordare un'importanza preminente all'interesse superiore del minore in tutte le decisioni che lo riguardano. Nel caso di specie, quindi, il Ministero degli Affari Esteri era tenuto a rilasciare, a titolo provvisorio, tutti i documenti di viaggio che avrebbero consentito a J. di recarsi in Francia e di non essere quindi separato da Mme A, unica persona che



come anticipato sopra, i figli di cittadini francesi nati attraverso il ricorso alla maternità surrogata all'estero rimanevano in una sorta di limbo giuridico, privi di uno status familiare certo e stabile. In questo caso, il ricorrente era un uomo di nazionalità francese che si era recato in Russia al fine di avere un figlio a lui geneticamente legato avvalendosi di una madre surrogata. In conformità alla legislazione russa, il certificato di nascita del minore indicava il ricorrente quale padre legale e attribuiva lo status materno alla donna gestante. Tornato in Francia, l'ufficiale di stato civile, sospettando (giustamente) che il minore fosse nato da maternità surrogata, rifiutava di trascrivere l'atto nei registri di stato civile francese. Anche la Corte d'Appello – adita dal ricorrente a fronte del diniego dell'ufficiale di stato civile – aveva giustificato il mancato riconoscimento per motivi di ordine pubblico. In contrapposizione alla decisione resa nel 2013 cui si è fatto riferimento sopra, la Corte di Cassazione ha rifiutato l'approccio adottato dalle corti di merito, sostenendo che la condotta del ricorrente benché volontariamente elusiva del divieto interno non costituisse ragione sufficiente a negare il riconoscimento dei rapporti familiari costituiti all'estero.

La Corte ha stabilito che il certificato di nascita formato all'estero, in conformità alla legislazione di quello Stato, dovesse essere trascritto a meno che non vi fossero motivi per ritenere che il documento – o parti di esso – contenessero informazioni irregolari, false o non corrispondenti alla realtà. Con una motivazione particolarmente sintetica, la Corte ha quindi concluso che dal momento in cui, in base agli atti della sentenza d'appello impugnata, non vi erano dubbi circa l'esistenza di un effettivo legame genetico tra il ricorrente e il minore, si dovesse procedere alla trascrizione. Secondo il più recente orientamento della Cour de Cassation, quindi, i bambini nati da maternità surrogata all'estero hanno il diritto al riconoscimento del proprio legame familiare con il genitore genetico e, pertanto, alla trascrizione del proprio certificato di nascita nella parte che reca l'indicazione di questo rapporto.

Si tratta, senz'altro, di un passo importante verso la piena realizzazione degli interessi dei minori nati da maternità surrogata all'estero. Di strada da percorrere, tuttavia, ne rimane ancora molta: ad oggi, infatti, il riconoscimento giuridico è garantito solo al rapporto di filiazione tra il padre genetico e il nato<sup>34</sup>. Questo è quanto la stessa Cour de Cassation ha confermato in una serie di pronunce rese in data 5 luglio 2017<sup>35</sup>.

lo aveva – fino a quel momento – accaduto. Il testo della decisione è consultabile su <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/getdoc.asp?id=207933&fonds=DCE&item=1>.

<sup>34</sup> In questo senso, si era anche espresso il Tribunale di Forlì (25 ottobre 2011): a fronte di una richiesta di trascrizione di un atto di nascita di due bambini nati da maternità surrogata all'estero, il giudice aveva disposto il riconoscimento del solo legame con il padre genetico, rifiutando l'istanza della madre committente, che non aveva alcun rapporto genetico coi nati. In questo caso, tuttavia, i minori erano appena nati e, quindi, il loro interesse a preservare il legame affettivo con la madre non era ravvisabile.

<sup>35</sup> Cour de Cassation, Civ. 1<sup>ere</sup>, decisioni n. 824-825-826-827 del 5 luglio 2017. Il testo del-



La questione centrale su cui la Corte è stata interpellata verteva, appunto, sul riconoscimento della genitorialità in capo al genitore committente che non ha alcun legame genetico col nato, al coniuge cioè eterosessuale o omosessuale del padre genetico. Nel caso di coppia eterosessuale che si è avvalsa di una madre surrogata all'estero dove la pratica è lecita, la Corte ha escluso che i genitori committenti potessero ottenere la trascrizione integrale dell'atto di nascita straniero osservando che, ai sensi dell'art. 27 del codice civile francese, solo gli atti stranieri contenenti attestazione conformi alla realtà possono essere trascritti. È dunque impossibile – ha concluso la Corte – trascrivere un atto che indica come madre una donna diversa dalla partorientente.

La Cour de Cassation ha infine rilevato che la trascrizione parziale dell'atto (ovvero che riconosce solo la filiazione genetica) non costituirebbe – sulla base di quanto stabilito dalla giurisprudenza CEDU in *Mennesson* e *Labassee* – un'ingerenza sproporzionata del diritto al rispetto della vita privata e familiare del minore, il quale può continuare a vivere con la sua famiglia, ottenere un certificato di nazionalità francese e, eventualmente, essere adottato dal/la coniuge del padre legale. La Corte francese ha infatti affermato che la realizzazione di un rapporto di filiazione mediante maternità surrogata all'estero, di per sé, non crea alcun ostacolo all'adozione del nato da parte del coniuge del padre genetico.

Sorge spontaneo, ancor di più alla luce dei diretti riferimenti operati dalla Cour de Cassation nelle sue più recenti pronunce, domandarsi se la soluzione prospettata dalla giurisprudenza francese, ovvero la trascrizione parziale a favore del solo legame col padre genetico, sia effettivamente in linea con quanto stabilito dalla Corte EDU nei ricorsi *Mennesson* e *Labassee* e, quindi, sia sufficiente a superare un eventuale e ulteriore giudizio di convenzionalità. In entrambi i casi, la Corte EDU ha deciso che la mancata trascrizione delle sentenze statunitensi dichiarative dell'esistenza e della validità del rapporto di filiazione tra i gemelli e i committenti integrasse una violazione dell'art. 8 CEDU, in particolare del diritto al rispetto della vita privata dei bambini. Non è tuttavia chiaro fino a che punto questa conclusione sia stata determinata dalla presenza di un legame genetico tra i nati e il padre committente.

Secondo una prima lettura, i giudici europei avrebbero dichiarato l'incompatibilità della mancata trascrizione dei certificati statunitensi insistendo sull'esigenza primaria dei minori di ottenere il riconoscimento del loro status di figlio rispetto alla figura del padre genetico. In linea con questa interpre-

la decisione n. 824 e i link alle seguenti sono disponibili online: [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/824\\_05\\_37263.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/824_05_37263.html). Per un riassunto dei principali passaggi di queste pronunce, si rinvia alla seguente pagina: <https://www.courdecassation.fr/IMG///GPA%20faite%20à%20l%20étranger,%20transcription%20et%20adoption%20communiqué.pdf>.

tazione, il possesso di questo status, considerato dalla Corte EDU parte integrante, essenziale della loro identità personale, costituirebbe quindi il punto fondamentale del suo iter argomentativo. Benché i giudici europei facciano riferimento alla situazione di incertezza giuridica in cui versano i gemelli e alle difficoltà che si pongono rispetto al godimento della cittadinanza francese e in materia successoria, queste considerazioni rivestirebbero una funzione solo complementare nel suo ragionamento<sup>36</sup>. È al riguardo particolarmente indicativo il passaggio in cui la Corte EDU conclude che, per effetto del mancato riconoscimento dell'atto straniero, il diritto del minore al rispetto della sua vita privata risulterebbe compromesso in maniera significativa in quanto gli impedirebbe di «établir la substance de son identité»<sup>37</sup>, rispetto alla quale la filiazione biologica costituisce un elemento fondamentale<sup>38</sup>.

D'altro canto, vi è chi sostiene che, sulla base di una più attenta analisi delle pronunce, si possa invece constatare come la presenza di un *link* genetico non abbia giocato un ruolo decisivo nel ricondurre le due vicende nell'alveo dell'art. 8, in particolare nella sua dimensione di vita privata<sup>39</sup>. Secondo questa lettura, infatti, i giudici avrebbero posto l'accento sulla genitorialità genetica soltanto in uno degli ultimissimi paragrafi, quando la decisione era già stata presa. In particolare, al paragrafo 100, la Corte EDU ha affermato che «cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant»<sup>40</sup>. Anche se esplicitamente collegata all'esistenza di un legame genetico in questo paragrafo conclusivo, la valutazione di contrarietà all'art. 8 era già stata ampiamente discussa e motivata nei precedenti paragrafi, tanto che – a parere di alcuni – considerare quel legame genetico il fondamento essenziale e inderogabile della violazione rinvenuta nel caso di specie parrebbe, se non altro, riduttivo.

Tracce di questo secondo indirizzo giurisprudenziale a favore del riconoscimento della filiazione estera sono riscontrabili anche nel contesto italiano. A titolo esemplificativo, si può fare riferimento a una decisione ormai risalente della Corte d'Appello di Bari<sup>41</sup> e a un caso piuttosto recente su cui si è pronunciato il Tribunale per i Minorenni di Firenze<sup>42</sup>. Il giudice ba-

<sup>36</sup> Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, cit., p. 323.

<sup>37</sup> *Menesson c. Francia*, cit., § 99.

<sup>38</sup> *Ibidem*, §§ 99 e 100.

<sup>39</sup> *Inter alia*, Rosani, *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, cit., p. 118.

<sup>40</sup> *Menesson c. Francia*, cit., § 100.

<sup>41</sup> Sentenza del 13 febbraio 2009, il cui testo è disponibile online: [http://www.minoriefamiglia.it/download/ca\\_bari\\_13022009.PDF](http://www.minoriefamiglia.it/download/ca_bari_13022009.PDF).

<sup>42</sup> In aggiunta, si veda anche la decisione resa dal Tribunale di Napoli, in data 1° luglio 2011, il cui testo è disponibile online: [http://unipd-centrodirittumani.it/public/docs/TribNapoli\\_010711.pdf](http://unipd-centrodirittumani.it/public/docs/TribNapoli_010711.pdf). Altri esempi provengono dalla giurisprudenza di alcune corti penali chiamate a stabilire l'eventuale responsabilità penale dei committenti per alterazione di stato. Si

rese, differenziandosi dalla giurisprudenza interna antecedente, ha disposto il riconoscimento di due *parental orders* britannici (resi dalla Croydon Family Proceedings Court) che trasferivano la genitorialità legale rispetto a due minori, nati nel Regno Unito – rispettivamente nel 1998 e nel 2001 – dalla stessa madre surrogata, in capo ai genitori committenti. In epoca antecedente all'approvazione della legge n. 40/2004, la madre surrogata si era impegnata, a titolo gratuito e per ben due volte, a portare a termine una gravidanza generata dallo sperma del padre committente e a «consegnare» i nati alla coppia. Mentre nel Regno Unito, per effetto dei *parental orders*, i minori risultavano figli di entrambi i committenti, in Italia, erano invece iscritti all'anagrafe come figli del solo marito. Dopo alcuni anni, tuttavia, la coppia committente si separava e, al fine di ottenere l'omologazione dell'accordo di separazione che prevedeva l'affidamento condiviso, la donna chiedeva che il suo status di madre legale risultasse dagli atti di stato civile. L'ufficiale di stato civile, tuttavia, rifiutava il riconoscimento dei *parental orders* attestanti la genitorialità della donna poiché la maternità surrogata, oltre a essere vietata nel nostro ordinamento, rappresenta anche un'ipotesi di reato ai sensi della legge n. 40/2004.

La Corte d'Appello ha invece affermato che i *parental orders* dovessero essere automaticamente riconosciuti ai sensi dell'art. 65 della legge n. 218/1995 in quanto, oltre a non rilevarsi alcuna violazione dell'ordine pubblico internazionale italiano, la trascrizione era da ritenersi pienamente conforme all'interesse superiore dei minori. In relazione al concetto di ordine pubblico, la Corte d'Appello ha affermato che non ci si dovesse arrestare di fronte al divieto di maternità surrogata prevista dalla legge n. 40/2004 in quanto una qualunque differenza tra la normativa italiana e quella straniera non è sufficiente a escludere la trascrivibilità di un atto straniero<sup>43</sup>. Il giudice ha inoltre precisato che la contrarietà o meno all'ordine pubblico dovesse

vedano, ad esempio, le pronunce del Tribunale di Varese (8 ottobre 2014) e del Tribunale di Pisa (10 aprile 2015) che hanno assolto la coppia imputata del reato di false dichiarazioni idonee a incidere sullo stato civile di una persona dopo aver fatto registrare in Italia il certificato di nascita dei figli, omettendo che questi fossero nati a seguito di maternità surrogata all'estero. Secondo questi tribunali, il diritto del nato a uno status certo e stabile deve prevalere sulle regole tradizionali in materia di *status filiationis*. È interessante rilevare che, al fine di sostenere questa conclusione, i tribunali fanno riferimento alle decisioni CEDU *Menesson* e *Labassee*, da cui si evince che la modalità di concepimento è divenuta ininfluyente per il riconoscimento della genitorialità. Per una breve analisi della decisione varesotta, si veda T. Chortara, S. Penasa e L. Busatta, *The Best Interests of the Child Born via Cross-border Surrogacy. A Comparison between Greece and Italy*, in «Rivista di BioDiritto», 2016, n. 1, pp. 199 ss.; T. Trincherà, *Maternità surrogata all'estero e responsabilità penale: il dibattito prosegue con una sentenza del Tribunale di Varese che si adegua ai principi espressi dalla Corte EDU e assolve gli imputati*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 17 dicembre 2014, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3546-maternita-surrogata-all-estero-e-responsabilita-penale-il-dibattito-prosegue-con-una-sentenza-del-t>.

<sup>43</sup> Corte d'Appello di Bari, cit., § 1.A, p. 12.

essere riferita non all'astratta formulazione della disposizione straniera, bensì ai suoi effetti, cioè alla concreta applicazione che ne viene fatta<sup>44</sup>. In tale prospettiva, non riconoscere i provvedimenti stranieri avrebbe – a giudizio della Corte – leso l'interesse dei minori, che si sostanziava nel mantenimento di un legame giuridico, oltre che affettivo, consolidatosi per la convivenza e l'affetto protratto per oltre dieci anni, con la donna che dalla nascita era stata considerata sua madre<sup>45</sup>.

Nel caso di mancato riconoscimento, invece, il giudice della separazione si sarebbe trovato costretto a revocare l'affidamento condiviso a entrambi i coniugi e ad affidare i bambini o esclusivamente al padre o a quest'ultimo insieme alla madre biologica, che i minori non hanno mai conosciuto e che ha espressamente dichiarato di non voler prendersi cura dei bambini avuti in seguito all'accordo di maternità surrogata. Data l'assoluta irragionevolezza di quest'ultima soluzione, la Corte ha ritenuto che fosse necessario riconoscere la maternità della madre sociale, cioè di colei che intrattiene un vincolo affettivo e relazionale con i minori. Oltre a corrispondere al loro preminente interesse, la Corte ha considerato il riconoscimento della maternità sociale come un'estrinsecazione del diritto alla libera circolazione delle persone, riconosciuto a ogni cittadino dell'Unione europea: qualora il legame di filiazione materna non fosse stato riconosciuto anche in Italia, infatti, i minori si sarebbero trovati nella paradossale situazione di essere considerati figli di una sconosciuta e non avrebbero, quindi, potuto vivere in Italia con la madre che li ha effettivamente cresciuti<sup>46</sup>.

Merita, infine, menzionare una recente decisione resa dal Tribunale per i Minorenni di Firenze<sup>47</sup>, pronunciatisi sul caso di una coppia che, dopo aver tentato di avere figli con la procreazione medicalmente assistita sia in Italia sia in Spagna, si era rivolta a una clinica di Kiev, dove la maternità surrogata è consentita se effettuata con almeno il 50% del patrimonio genetico di uno dei genitori (nel caso di specie, il padre). Tornando dall'Ucraina con i due gemelli, nati da madre surrogata, la coppia mentiva di fronte alla polizia di frontiera dell'aeroporto di Fiumicino, dichiarando che i gemelli fossero figli biologici di entrambi. Venivano quindi indagati per il reato di alterazione di stato, *ex art. 567 c.p.* e la procura presso il Tribunale per i Minorenni di Firenze avviava un procedimento per dichiarare l'adottabilità dei minori, in seguito alla violazione della legge sull'adozione internazionale.

Tale procedimento si è tuttavia concluso con una sentenza di non luogo a procedere. Secondo un indirizzo diffuso nella giurisprudenza di merito<sup>48</sup> – e,

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 36 ss.

<sup>47</sup> Sentenza del 10 febbraio 2016.

<sup>48</sup> Per precedenti conformi si veda T. Trinchera, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni al pubblico uf-*

da ultimo, autorevolmente consolidato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 48696 del 17 novembre 2016<sup>49</sup> – i certificati di nascita di cui si chiedeva la trascrizione non integravano una «falsa» certificazione o attestazione in quanto erano stati validamente formati nel rispetto della legge del paese di nascita dei minori<sup>50</sup>. Come rilevato sopra, la legge ucraina ammette la maternità surrogata a condizione che il nascituro sia geneticamente legato ad almeno uno dei committenti, requisito soddisfatto nel caso di specie, e quindi per i committenti non si poneva la necessità di porre in essere alcun raggio.

Pur riguardando profili penalistici (reato di alterazione di stato) del ricorso alla maternità surrogata internazionale, questa pronuncia appare estremamente interessante in quanto prende atto delle evoluzioni sociali – soprattutto, quelle attinenti la configurazione dei rapporti familiari – con cui la giurisprudenza è sempre più chiamata a fare i conti. Decisiva è stata, in particolare, l'adesione da parte del tribunale fiorentino (e anche della Cassazione)<sup>51</sup> alle direttive giurisprudenziali europee che, tenendo conto delle nuove forme di procreazione e filiazione, promuovono una nozione di filiazione che non dipende soltanto da un fatto genetico, ma assume una connotazione giuridico-sociale e quindi valorizza una genitorialità di tipo sociale accanto a quella biologica e genetica.

Citando la giurisprudenza CEDU, nello specifico, questa pronuncia ha ribadito che la clausola dell'ordine pubblico non potesse essere utilizzata in maniera automatica, senza alcun riguardo per l'interesse del minore coinvolto e per la relazione genitoriale esistente, genetica o meno. Sebbene la maternità surrogata sia vietata dalla legge n. 40/2004, il tribunale ha dunque concluso che la donna dovesse essere riconosciuta «madre sociale», poiché ciò corrisponde all'interesse dei minori: il rispetto per la vita privata, tutelato dall'art. 8 CEDU, include (infatti) il primario interesse per il minore nato da madre surrogata a definire la propria identità come essere umano, compreso lo status di figlio.

In conclusione, queste pronunce costituiscono la prova tangibile di un'avvenuta mutazione di prospettiva che si contraddistingue, innanzitutto, per una trattazione della clausola di ordine pubblico più cauta e metodica e

*ficiale su qualità personali*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 58, 2015, n. 1, pp. 418-439.

<sup>49</sup> Per una ricostruzione della giurisprudenza di legittimità sul punto, si veda G. Marra, *La rilevanza penale della surrogazione di maternità effettuata all'estero*, in «Cassazione Penale», 2017, n. 5, pp. 125-129.

<sup>50</sup> Per un approfondimento delle questioni di ordine penalistico poste dal ricorso alla maternità surrogata all'estero nel nostro ordinamento, si rinvia a D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in «Cassazione Penale», 2017, n. 4, pp. 1364-1373.

<sup>51</sup> In questo senso, pare significativo il passaggio della pronuncia n. 48696/2016 (§ 4.1), in cui la Corte di Cassazione richiama quanto affermato dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 162/2014, con cui è venuto meno il divieto di PMA eterologa: «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa».

la sua subordinazione all'interesse del minore interessato<sup>52</sup>. Invece di opporsi e di rifiutare *in toto* la pratica della maternità surrogata e ciò che ne consegue sul piano del diritto, questa «nuova» impostazione appare dettata essenzialmente da esigenze di tipo pragmatico: il riconoscimento dello status del minore è, infatti, disposto – nonostante l'incompatibilità del provvedimento straniero con la normativa interna – quale misura in grado di tutelare i *best interests* del singolo minore coinvolto – principio che svolge sempre più un ruolo di limite all'eccezione dell'ordine pubblico<sup>53</sup>. Ne consegue quindi un regime di tolleranza non basato sulla legittimità, bensì sull'inevitabilità di questa pratica e del relativo mercato di servizi procreativi<sup>54</sup>.

Benché questo approccio venga principalmente ricondotto a filoni nazionali più recenti, pare interessante notare che le sue radici possono ritrovarsi già nella pronuncia resa nel celebre caso inglese di *Baby Cotton*, risalente al 1985, che costituisce la prima decisione in materia con risonanza globale<sup>55</sup>. Il caso riguardava una coppia committente statunitense che, attraverso un'agenzia, era entrata in contatto con una madre surrogata in Inghilterra, la quale, dopo essere stata inseminata con il seme del marito committente, dava alla luce il bambino. Nel momento in cui la coppia intendeva portare *Baby Cotton* con sé negli Stati Uniti, tuttavia, le autorità inglesi erano in dubbio se concedere o meno l'espatrio.

La High Court – chiamata a pronunciarsi sull'affidamento del minore – ha stabilito che, benché destassero preoccupazioni di natura etico-morale, la modalità di concepimento e il pagamento di un corrispettivo a favore della donna gestante fossero questioni da non affrontare in quella sede in quanto irrilevanti ai fini della decisione. A giudizio della Corte, infatti, era il benessere del minore interessato a costituire la primaria considerazione di cui tener conto; e, a tal proposito, il fatto che la coppia committente avesse concluso un contratto di maternità commerciale non era da ritenersi

<sup>52</sup> Nel più ristretto panorama italiano, questa prospettiva si mostra ampiamente in linea con quanto sancito dalla Cassazione nella fondamentale sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016 che – indipendentemente dalla specifica fattispecie in esame – rappresenta un punto di arrivo forse definitivo circa il rapporto tra ordine pubblico e interesse superiore del minore. Per un'analisi approfondita dei principi di diritto affermati in questa sentenza, si rinvia al capitolo 4.

<sup>53</sup> D. Gruenbaum, *Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat*, in «American Journal of Comparative Law», 60, 2012, n. 2, p. 503.

<sup>54</sup> Van Beers, *Is Europe «Giving in to Baby Markets?»*. *Reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets*, cit., p. 107.

<sup>55</sup> *Re C (a Minor) (Wardship: Surrogacy)*, High Court of Justice, decisione del 1985. Sembrerebbe infatti che la prima disputa in materia risalga al 1978 ma fu portata all'attenzione dei media solo nel 1985, in occasione di *Baby Cotton*. In questo caso, il giudice aveva stabilito che il contratto di maternità surrogata fosse nullo per contrarietà all'ordine pubblico, ma aveva riconosciuto un diritto di visita a favore del padre biologico. Sul punto, si veda E.S. Sills e C.M. Healy, *Building Irish Families through Surrogacy: Medical and Judicial Issues for the Advanced Reproductive Technologies*, in «Reproductive Health», 4, 2008, p. 4.



indicativo della loro inidoneità a svolgere il ruolo genitoriale. Al contrario, considerata la loro capacità di offrire al minore un'adeguata sistemazione familiare e la mancanza di volontà da parte della partoriente di prendersi cura di Baby Cotton, la High Court disponeva l'affidamento a favore dei committenti<sup>56</sup>.

Sebbene – nella giurisprudenza sopra analizzata – l'adozione di un appiccio pragmatico sia stato giustificato dalla lodevole e imperativa necessità di garantire la tutela preminente dell'interesse del minore, vi è chi – ponendo l'accento sulle ricadute più ampie di ogni singola pronuncia – ritiene questa nuova tendenza problematica in quanto, anche a fronte di un divieto, sembrerebbe sufficiente far ricorso alla maternità surrogata all'estero dove è lecita per vedere riconosciuti i suoi effetti anche nel paese di origine<sup>57</sup>. Secondo questa lettura, i *best interests of children* – ovvero le finalità general-preventive perseguite dalla normativa interna – sarebbero eccessivamente e ingiustamente sacrificati a vantaggio dei *best interests of the child* – ovvero l'interesse del minore direttamente coinvolto nel procedimento. La preoccupazione sottostante è che relegare a un ruolo secondario l'esigenza di garantire l'effettivo rispetto delle leggi dirette alla migliore protezione dei minori e la conseguente accettazione del fatto compiuto, in nome dell'interesse in concreto del minore, possano produrre effetti che vanno ben oltre il singolo «negozio procreativo» preso in esame, quali la proliferazione di casi analoghi e la legittimazione di anti-giuridicità gravi, tra cui la compravendita di minori.

In conclusione, quindi, l'atteggiamento tenuto da quegli ordinamenti che prevedono un regime proibizionistico finisce per assumere dimensioni apparentemente e necessariamente contraddittorie: se da un lato, continuano a

<sup>56</sup> Ecco i passaggi fondamentali della decisione nel caso di *Baby Cotton*: «First and foremost, and at the heart of the prerogative jurisdiction in wardship, is what is the best for the child or children concerned. That and nothing else. Plainly, the methods used to produce a child, as this baby has been, and the commercial aspects of it, raise difficult and delicate problems of ethics, morality and social desirability. These problems are under active consideration elsewhere. Are they relevant in arriving at a decision on what and now and, so far as one can tell, in the future is best for this child? If they are relevant, it is incumbent on the court to do its best to evaluate and balance them. In my judgment, however, they are not relevant. The baby is here. All the matter is what is best for her now that she is here and not how she is arrived. If it be said (though it has not been said during these hearings) that because the father and his wife entered into these arrangements it is some indication of their unsuitability as parents, I should reject any such suggestion. If what they did was wrong (and I am not saying that it was) they did it in a total innocence. It follows that the moral, ethical and social considerations are for others and not for this court in its wardship jurisdiction».

<sup>57</sup> *Inter alia*, si veda P. Morozzo della Rocca, *Diritti del minore e circolazione all'estero del suo status familiare: nuove frontiere*, in G.O. Cesaro, P. Lovatti e G. Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 45; Pulitanò, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, cit., p. 1371. Benché la ritenga problematica, Pulitanò ritiene non ci siano alternative ragionevoli.



vietare il ricorso alla maternità surrogata sul piano interno, dall'altro lato, non sono tuttavia capaci di bloccare la diffusione di questa pratica al di fuori dei confini nazionali e, quindi, di negare il riconoscimento di status validamente formati all'estero quando una simile decisione lederebbe gli interessi del minore. Secondo i più recenti sviluppi giurisprudenziali, infatti, l'avvenuta maternità surrogata e, in particolare, la conseguente nascita di un essere umano costituiscono un fatto giuridicamente rilevante che esige l'adozione di un approccio protezionistico a favore del soggetto più debole, ovvero il bambino<sup>58</sup>. Non stupisce quindi che gli Stati, la cui disciplina in materia si qualifica come particolarmente restrittiva, siano gradualmente portati ad accettare visioni della famiglia e modalità di costituzione della famiglia che si discostano dalla tradizione<sup>59</sup>.

## 2.2. *Maternità surrogata all'estero: famiglie omogenitoriali*

Come emerge dal paragrafo precedente, la giurisprudenza recente ha mostrato di condizionare il rispetto dell'ordine pubblico all'interesse del minore, disponendo il riconoscimento del rapporto di filiazione validamente formato all'estero tra i genitori committenti e il nato da maternità surrogata. È tuttavia importante evidenziare che i casi finora presi in esame hanno riguardato soltanto coppie eterosessuali.

Oltre a permettere a coppie eterosessuali di accedere alla genitorialità impedita da cause patologiche di sterilità o d'infertilità, la maternità surrogata consente di superare limiti biologici altrimenti insormontabili da coppie dello stesso sesso. A fronte dell'impossibilità di procreare mediante unione sessuale, la maternità surrogata costituisce infatti – insieme all'adozione (qualora permessa) – una delle modalità con cui una coppia omosessuale maschile può attuare un progetto genitoriale; e, proprio come accade per le coppie eterosessuali, a fronte di una proibizione interna, vi è il dato di fatto per cui un numero crescente di coppie/persone omosessuali si rivolge a cliniche straniere, in paesi ove gli omosessuali non sono discriminati o comunque ostacolati nella loro aspirazione fondamentale di divenire genitori.

È quindi interessante verificare se la giurisprudenza ha assunto lo stesso atteggiamento tollerante anche a fronte di richieste di trascrizione di un provvedimento straniero non riportante alcuna indicazione circa la madre oppure attestante la genitorialità di due padri. La capacità delle moderne tecniche riproduttive di oltrepassare i limiti segnati dall'ordine naturale delle cose e quindi lo stravolgimento del paradigma naturalistico che ne deriva risultano infatti ancora più evidenti, quando è una coppia omosessuale a perseguire

<sup>58</sup> Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, cit., p. 331.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

l'attuazione di un progetto genitoriale. In altri termini, le coppie formate da persone dello stesso sesso «rompono» con l'idea di famiglia concepita come «naturalmente» fondata sull'unione matrimoniale tra uomo e donna, in maniera ancora più marcata<sup>60</sup>. I casi di maternità surrogata che riguardano coppie dello stesso sesso meritano quindi qualche riflessione supplementare poiché, se ci si muove dalla prospettiva della famiglia tradizionale, si tratta di situazioni ritenute ancora più «anomale»: si distanziano, infatti, dal modello *mainstream* non soltanto a causa del modo di concepimento impiegato ma anche per la loro contrapposizione alla visione eteronormativa della famiglia, che presuppone la presenza di un padre e di una madre.

Anche nel contesto dell'omogenitorialità, la questione della trascrizione dell'atto estero non pare avere un esito univoco. Avendo riguardo ai più recenti sviluppi, tuttavia, l'atteggiamento sopra riscontrato di graduale apertura verso il riconoscimento di forme e legami famigliari che non riflettono i canoni tradizionali sembra aver giovato anche ad aspiranti genitori omosessuali. Salvo qualche eccezione<sup>61</sup>, è infatti prevalsa una valutazione che – lungi dall'essere fondata su considerazioni generali e astratte – prende in considerazione le peculiarità del caso concreto e propone una soluzione che consente di preservare la continuità affettiva instauratasi tra i bambini nati da maternità surrogata e gli adulti coinvolti.

Tra le pronunce più significative in questo senso, vi è senz'altro quella resa dalla Corte federale di giustizia tedesca nel dicembre 2014<sup>62</sup>. Questa decisione è stata giustamente considerata d'avanguardia, in quanto prende atto delle problematiche che inevitabilmente sorgono in una società caratterizzata da un elevato grado di pluralismo familiare<sup>63</sup>, interrompendo un trend giu-

<sup>60</sup> A. Lorenzetti, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Ariccia, Aracne, 2015, p. 105.

<sup>61</sup> Di segno totalmente negativo si rivela la decisione n. 835/2013 del 6 febbraio 2014 resa dal Tribunal Supremo de Madrid, in cui la trascrizione nel registro civile della filiazione di due bambini nati a seguito di maternità surrogata in California nell'ambito di una coppia composta da due uomini è stata dichiarata incompatibile con l'ordine pubblico e, in particolare, con la disciplina in materia di PMA che proibisce la maternità surrogata. Si tratta, come osservato da Palmeri, di una decisione dagli effetti paradossali, in quanto finisce per mettere a repentaglio la solidità di una realtà familiare armoniosa e, soprattutto, in linea con i modelli riconosciuti nell'ordinamento spagnolo, ove – com'è noto – è ammesso il matrimonio per le coppie composte da persone dello stesso sesso, la convivenza di fatto e la PMA eterologa. Per un'analisi approfondita di questa vicenda, si rinvia a G. Palmeri, *Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n. 835/2013 del Tribunal Supremo de Madrid (ricorso 245/2012)*, in «Genius», 2015, n. 2, pp. 199-213.

<sup>62</sup> Il testo (in tedesco) della decisione è disponibile online: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>.

<sup>63</sup> M. Di Masi, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno Stato estero: aperture dalla Germania*, in «Genius», 2015, n. 2, p. 222.

risprudenziale – sviluppato dalle altre corti – che considerava l'ordine pubblico violato per il semplice fatto che la nascita fosse la conseguenza di un accordo di maternità surrogata, pratica vietata dal diritto interno<sup>64</sup>. Il caso riguardava una coppia gay tedesca unita civilmente che – vista l'impossibilità di realizzare il loro progetto genitoriale (neppure mediante adozione) nel paese di origine – si era recata in California, dove aveva stipulato un contratto di maternità surrogata, realizzato grazie alla donazione dell'ovocita (vietata in Germania) da donna rimasta anonima e al seme di uno dei partner. A gestazione iniziata, il padre genetico aveva riconosciuto la propria paternità e una corte californiana aveva, anche sulla base del consenso prestato dalla madre gestante, attribuito la genitorialità del nascituro in capo ai due uomini. Al ritorno in Germania, tuttavia, l'ufficiale di stato civile si oppose alla trascrizione dell'atto di nascita straniero formato in conformità al provvedimento giudiziale e, quindi, recante l'indicazione di due padri per contrarietà all'ordine pubblico<sup>65</sup>.

La Corte federale tedesca ha invece stabilito che l'ordine pubblico non potesse ritenersi violato dal mero fatto che, in un caso di maternità surrogata, lo status genitoriale fosse attribuito ai genitori committenti, qualora uno di questi fosse anche il padre genetico e la madre surrogata non avesse alcun legame genetico col nato. La Corte ha inoltre precisato che la compatibilità del provvedimento estero attestante la genitorialità di due uomini con l'ordine pubblico dovesse essere verificata alla luce di una valutazione rigorosa che – muovendo dall'esigenza di evitare l'esistenza di relazioni giuridiche claudicanti, ovvero valide in uno Stato ma non in un altro – non la condizionasse al mero fatto che il provvedimento era stato rilasciato sulla base di una normativa straniera non conforme a quella interna, bensì valutasse se l'effetto prodotto dal provvedimento si poneva in contraddizione con i valori fondamentali dell'ordinamento interno.

La Corte ha pertanto evidenziato l'importanza di mantenere distinte le ragioni per cui la maternità surrogata è vietata in Germania dalla situazione in cui questa pratica ha comunque avuto luogo all'estero perché, nel secondo scenario, un bambino c'è già – venuto al mondo senza responsabilità per la propria nascita – ed è quindi il suo benessere come soggetto giuridico titolare di diritti fondamentali che deve assumere il ruolo di parametro guida nella risoluzione del caso concreto. Rovesciando le statuizioni dei primi giudici, la Corte afferma infatti che il fatto che il bambino possa – di

<sup>64</sup> J. von Hein, *German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy*, in «Conflict of Laws.net», 4 marzo 2015, p. 5, <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/>. Questo contributo fornisce, inoltre, un riassunto (in inglese) dei passaggi principali della pronuncia in esame.

<sup>65</sup> Per una trattazione più dettagliata dei fatti di causa e delle argomentazioni avanzate dalle corti minori, si rinvia a Di Masi, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno Stato estero: aperture dalla Germania*, cit., pp. 220-221.

fatto – continuare a vivere con la sua famiglia sociale non è sufficiente: soltanto il riconoscimento giuridico della filiazione – nei confronti di entrambi i padri – è in grado di assicurare all'esistenza del nato la necessaria sicurezza<sup>66</sup>.

Il riconoscimento del rapporto familiare con entrambi i padri, disposto dalla Corte federale, è pertanto il frutto di un iter decisorio che, pur constatando un conflitto tra ordinamenti nei rispettivi valori di riferimento e una deviazione della statuizione della corte californiana rispetto alle norme interne in materia di *status filiationis*<sup>67</sup>, ritiene questa divergenza giustificata dall'esigenza di tutelare l'interesse superiore del minore nato da maternità surrogata. Privare il minore del riconoscimento del suo legame familiare con il padre non genetico avrebbe, infatti, comportato la violazione del suo diritto al rispetto della vita privata che, come declinato dalla Corte EDU nei casi *Mennesson e Labassee*, protegge anche il primario interesse a definire i contenuti essenziali della propria identità personale, compreso lo status di figlio.

Esaminando in maniera critica le concrete alternative, la Corte ha inoltre osservato che, oltre a non essere interessata ad assumere la responsabilità genitoriale nei confronti del nato, la madre gestante non si qualificava come genitore neppure sul piano del diritto: l'attribuzione della maternità in capo alla partoriente, che poteva essere stabilita solo in conformità al diritto tedesco, non avrebbe infatti prodotto alcun effetto nel paese di origine della donna, in quanto contrastante con il provvedimento giudiziale rilasciato dalla corte statunitense. L'adozione, invece, pur ponendosi come una valida alternativa in quanto basata sulla valutazione dei *best interests* del minore coinvolto, oltre a comportare difficoltà pratiche dovute al fatto che i ricorrenti godevano già dello status genitoriale in California, implicherebbe anche potenziali rischi per il minore: i genitori intenzionali sarebbero infatti liberi di cambiare idea e quindi di abbandonare il nato, qualora – ad esempio – nascesse con delle anomalie psicofisiche. Il riconoscimento del rapporto di filiazione in capo a entrambi i padri si presentava, dunque, come unico scenario capace di garantire la piena realizzazione dell'interesse superiore del minore.

Va osservato che, nel complesso campo della *surrogacy*, il caso sottoposto all'attenzione della Corte federale tedesca emerge per la sua trama relati-

<sup>66</sup> Rosani, *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, cit., p. 119.

<sup>67</sup> L'applicazione delle norme interne in materia di filiazione condurrebbe a un risultato parzialmente diverso. Considerato che la madre gestante non era coniugata al momento della nascita e il padre committente/genetico aveva, con il consenso di quest'ultima, riconosciuto la sua paternità, anche il diritto interno avrebbe riservato lo status di padre legale al padre genetico. Per quanto riguarda la posizione del co-padre, invece, l'applicazione della regola (domestica) *mater semper certa est* avrebbe, ovviamente, comportato l'attribuzione dello status genitoriale in capo alla partoriente, in contraddizione con la statuizione della Corte californiana.

vamente lineare e di facile risoluzione: la madre surrogata non era coniugata al momento del parto e, quindi, il padre genetico poteva riconoscere la propria paternità senza alcun problema; non c'era tensione tra i committenti e la donna gestante, la quale non intendeva tenere con sé il bambino; e, la genitorialità dei committenti era stata stabilita in un procedimento giudiziale, in cui i diritti del minore e della gestante, specialmente la sua partecipazione volontaria, erano stati presi in considerazione<sup>68</sup>. Rimane, infatti, il dubbio se la Corte avrebbe optato per un esito diverso, nel caso in cui il nato non avesse presentato legami genetici con nessuno dei committenti o se si fosse trattato di una surrogazione tradizionale, in cui la madre gestante è anche la madre genetica del nato<sup>69</sup>.

Parzialmente diverso è l'orientamento seguito in Svizzera, esemplificato da una sentenza del Tribunale federale elvetico, con sentenza resa il 21 maggio 2015<sup>70</sup>. Anche in questo caso, una coppia gay unita civilmente si era recata in California per concludere un accordo di maternità surrogata, realizzata grazie all'ovocita di una donatrice anonima e ai gameti di uno dei due committenti. Mentre nel 2014 il Tribunale amministrativo del Cantone di San Gallo aveva ordinato la trascrizione dell'atto di nascita californiano attestante la genitorialità di entrambi gli uomini, rilevando – tra le altre cose – l'esigenza di proteggere l'interesse superiore del minore, il Tribunale federale ha invece ammesso il riconoscimento degli atti statunitensi limitatamente al padre genetico, negando al co-padre (ovvero al partner del padre genetico) il diritto al riconoscimento del suo legame familiare validamente acquisito all'estero negli atti di stato civile.

A differenza di quanto sostenuto dal tribunale amministrativo, tale iscrizione sarebbe infatti incompatibile con l'ordine pubblico svizzero, tenuto conto che il divieto di maternità surrogata non è solo previsto dalla legge sulla PMA ma è soprattutto espressamente fondato sull'art. 119, par. 2 della Costituzione. Pur premettendo che il riconoscimento del rapporto di filiazione con entrambi i padri potesse essere nell'interesse superiore del minore, la Corte federale ha poi ritenuto che i possibili effetti negativi di una validazione della pratica *ex post* dovessero prevalere ai fini della decisione. Negare la violazione dell'ordine pubblico e quindi accettare un legame creato in violazione del diritto interno quale *fait accompli*, oltre a incoraggiare il fenomeno del turismo procreativo e a vanificare il divieto nazionale, avrebbe

<sup>68</sup> von Hein, *German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy*, cit., p. 3.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> Il testo della decisione (in lingua originale) e un riassunto dei passaggi principali sono disponibili online: <http://www.biodiritto.org/index.php/item/707-surrogata-svizzera>. Per una breve analisi della pronuncia e prospettive future, si rinvia a M. Wells-Greco, *Switzerland, Inter-country Surrogacy and Public Policy*, in «BioNews», 805, 8 giugno 2015, [http://www.bionews.org.uk/page\\_533196.asp](http://www.bionews.org.uk/page_533196.asp).

come conseguenza più grave quella di degradare il minore a merce, nonché di legittimare la commercializzazione del corpo della madre surrogata.

A giudizio del tribunale, infine, la soluzione adottata – ovvero il riconoscimento del solo padre genetico – sarebbe corretta anche alla luce della giurisprudenza CEDU e delle obbligazioni in capo alla Svizzera derivanti dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo in quanto, di fatto, il bambino potrà continuare a vivere con entrambi i padri. Per evitare il possibile pregiudizio derivante dal fatto di avere un solo genitore, aggiunge la Corte, al partner registrato spetterebbero una serie di poteri in caso di morte del padre genetico nonché la possibilità – come previsto da un testo di legge allora in esame di fronte al Parlamento e approvato qualche mese dopo la sentenza – di ricorrere alla *step-child adoption*.

La posizione svizzera si pone quindi in linea con l'approccio recentemente confermato dalla Cour de Cassation francese. Come anticipato con riferimento ai casi di maternità surrogata internazionale posti in essere da coppie eterosessuali, la Corte francese ha – nel luglio 2017 – ribadito che la trascrizione dell'atto straniero debba essere disposta solo a favore del genitore genetico. Nonostante questa limitazione, il coniuge del padre genetico può formalizzare il suo legame familiare con il nato percorrendo la via dell'adozione. Questa alternativa – ha affermato la Cour de Cassation – è valida anche per le coppie omosessuali: la legge del 17 marzo 2013 che ha esteso l'istituto matrimoniale alle coppie gay consente, infatti, di stabilire un rapporto di filiazione tra un minore e due persone dello stesso sesso mediante l'istituto dell'adozione, senza alcuna restrizione relativa al modo di procreazione. Rimarrà, in ogni caso, compito del giudice verificare la sussistenza delle condizioni stabilite dalle norme in materia di adozione e la compatibilità di questa misura con l'interesse superiore del minore.

Merita, infine, menzionare la recente ordinanza con la quale un giudice di merito – in particolare, la Corte d'Appello di Trento – ha disposto, per la prima volta, il riconoscimento di efficacia giuridica al provvedimento giudiziale – emesso da una Corte canadese – che attestava l'esistenza di un legame familiare tra due bambini nati grazie a maternità surrogata all'estero e il padre non genetico, in una relazione omosessuale con il padre genetico<sup>71</sup>. Nel caso di specie, il provvedimento in questione era stato preceduto da un altro provvedimento, con cui la stessa corte straniera aveva stabilito che la gestante non era genitore dei gemelli e che padre e unico genitore era invece il padre committente/genetico. È sulla base di questo primo provvedimento che gli atti di nascita erano stati formati e poi trascritti nei registri di stato civile italiano. In relazione al secondo provvedimento – che quindi riconosceva la cogenitorilità e disponeva l'emendamento dei due atti di nascita – invece,

<sup>71</sup> Ordinanza del 2 febbraio 2017, il cui testo è disponibile online: <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/02/Ordinanza.pdf>.



l'ufficiale di stato civile aveva respinto la richiesta di trascrizione ritenendolo contrario all'ordine pubblico e rilevando che – in base alla normativa vigente – i genitori devono necessariamente essere di sesso diverso.

L'ordinanza della Corte d'Appello rappresenta una delle prime applicazioni della sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016 con cui la Corte di Cassazione ha – come illustrato nel capitolo 4 – stabilito che la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero con l'indicazione della doppia genitorialità femminile non potesse considerarsi contraria all'ordine pubblico internazionale, non rilevando a tal fine né la tecnica utilizzata per raggiungere il concepimento né il fatto che le due madri fossero una coppia omosessuale<sup>72</sup>. Con la sentenza in esame, questo principio – sviluppato in un caso di PMA eterologa parziale – viene esteso al contesto della maternità surrogata, con una motivazione che prende atto delle varie modalità di procreazione e filiazione attualmente esistenti, esaltando il pluralismo familiare che ne deriva.

Andando per passi, la Corte d'Appello ha innanzitutto ribadito la necessità di adottare una nozione di ordine pubblico dai contorni piuttosto ampi. Rinviando all'interpretazione fornita dai giudici di legittimità, il giudice trentino ha affermato che, al fine di valutare la compatibilità del provvedimento estero con l'ordine pubblico, il giudice non è tenuto a verificare se il provvedimento applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto a quella italiana, bensì piuttosto se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, come garantiti dalla Costituzione italiana e dai principali documenti internazionali in materia<sup>73</sup>. Tra questi principi, continua la Corte, assume particolare rilievo la tutela dell'interesse superiore del minore che, nel caso di specie, si sostanzia nel diritto dei gemelli di conservare lo *status filiationis* nei confronti di entrambi i genitori<sup>74</sup>. Il mancato riconoscimento del rapporto familiare con il padre non genetico determinerebbe, infatti, un grave pregiudizio per i minori che, oltre a non vedersi riconosciuti tutti i diritti che a tale status conseguono (inclusa la cit-

<sup>72</sup> Anche la Corte d'Appello di Milano (decreto del 28 ottobre 2016) ha disposto il riconoscimento dei certificati di nascita di due gemelli, nati da maternità surrogata in California, nell'ambito di una coppia omosessuale rifacendosi agli insegnamenti della Cassazione. Si trattava, tuttavia, di un caso particolare in quanto i gemelli erano stati concepiti con gli ovociti della stessa donatrice, erano stati partoriti dalla medesima madre surrogata ma avevano padri genetici diversi e i certificati di cui si chiedeva (e il giudice disponeva) il riconoscimento attestavano soltanto il rapporto di filiazione esistente tra il bambino e il suo padre biologico. A nota del decreto milanese, si veda A. Schillaci, *Passo dopo passo, il diritto si avvicina alla vita: la Corte d'Appello di Milano ordina la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelli nati grazie alla gestazione per altri*, in «Articolo 29», 4 gennaio 2017, <http://www.articolo29.it/2017/passo-dopo-passo-il-diritto-si-avvicina-alla-vita-la-corte-dappello-di-milano-ordina-la-trascrizione-dellatto-di-nascita-di-due-gemelli-nati-grazie-alla-gestazione-per-altri/>; A. Margaria, *Twins but Legal Strangers: Paradoxical but Could we have Expected More?*, in «BioNews», 888, 13 febbraio 2017, [http://www.bionews.org.uk/page\\_777615.asp](http://www.bionews.org.uk/page_777615.asp).

<sup>73</sup> Corte d'Appello di Trento, ordinanza del 2 febbraio 2017, pp. 11-12.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 12.



tadinanza italiana), sarebbero privati di un fondamentale elemento della loro identità familiare legittimamente acquisita all'estero<sup>75</sup>.

Sempre ricalcando la posizione assunta dalla Cassazione, il giudice trentino ha affermato che neppure il divieto di maternità surrogata previsto dalla legge n. 40/2004 potrebbe giustificare la mancata trascrizione dell'atto estero, in quanto questa non contiene principi essenziali dell'ordinamento inderogabili da parte del legislatore ordinario e, conseguentemente, il divieto summenzionato non assurge al rango di principio di ordine pubblico<sup>76</sup>. Più in generale, infatti, la legge n. 40/2004 è da considerarsi l'espressione di una delle potenziali modalità di attuazione del potere legislativo in una materia eticamente sensibile, in cui era necessario porre fine al vuoto normativo che ha per lungo tempo caratterizzato questo ambito.

La Corte d'Appello coglie, infine, l'occasione di svolgere alcune riflessioni sulla nozione di genitorialità, rifiutando la pretesa esclusività del paradigma genetico-biologico nella costituzione dello stato giuridico di figlio. A giudizio della Corte, accanto alla tradizionale filiazione biologica, «deve essere considerata l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare e accudire il nato»<sup>77</sup> e che si accompagna alla favorevole considerazione da parte dell'ordinamento alla realizzazione di progetti genitoriali che prescindono dal dato genetico mediante la regolamentazione dell'istituto dell'adozione e, infine, alla possibilità di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa consentite. La questione, tuttavia, sembra essere ancora aperta. La decisione della Corte d'Appello è infatti stata impugnata dal Ministero dell'Interno e dal sindaco di Trento e, con ordinanza depositata il 22 febbraio 2018, la prima sezione della Corte di Cassazione ha chiesto il deferimento alle Sezioni Unite al fine di chiarire, in particolare, la nozione di ordine pubblico come limite al riconoscimento di provvedimenti esteri<sup>78</sup>.

### 3. Osservazioni conclusive: due livelli di tutela

In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite, sembra tuttavia potersi concludere che anche a fronte di casi di maternità surrogata internazionale riguardanti coppie gay, la giurisprudenza recente ha autorizzato il riconosci-

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>78</sup> Il testo dell'ordinanza è disponibile online: [http://schuster.pro/wp-content/uploads/2018/02/18\\_02\\_23-Cass-ord-4382-rimessione-a-SSUU-Canada.pdf](http://schuster.pro/wp-content/uploads/2018/02/18_02_23-Cass-ord-4382-rimessione-a-SSUU-Canada.pdf). Tra i motivi della rimessione, la prima sezione rileva che la Corte d'Appello di Trento ha fatto riferimento ad una nozione ristretta di ordine pubblico, su cui sembrano avere in parte dissentito le Sezioni Unite, con la pronuncia n. 16601 del 2017, in materia di «danni punitivi».

mento (totale o parziale) dei rapporti di filiazione generati in seguito a maternità surrogata all'estero mettendo al centro la salvaguardia dell'interesse del singolo bambino nato grazie a questa pratica. Sulla base dei casi paradigmatici sopra analizzati, è quindi possibile escludere che l'orientamento sessuale dei genitori committenti abbia – esplicitamente o di fatto – condotto a un trattamento discriminatorio delle loro istanze di riconoscimento. Come è emerso anche dalla giurisprudenza concernente le coppie eterosessuali (par. precedente), i giudici offrono alle famiglie formate mediante il ricorso alla maternità surrogata due diversi livelli di tutela: una tutela inferiore e minima, volta a coprire soltanto la filiazione genetica; e una tutela superiore che, invece, garantisce il riconoscimento del rapporto di filiazione con entrambi i genitori committenti, indipendentemente dall'esistenza di un link genetico.

La decisione della Corte federale tedesca e, da ultimo, la pronuncia resa dalla Corte d'Appello di Trento, che offrono questo secondo tipo di tutela, esaltano quindi una visione della genitorialità che può trovare il suo unico fondamento nell'intenzione delle parti di diventare genitori, intenzione a cui però deve far seguito una consapevole assunzione di responsabilità. Pur valorizzando l'elemento volontaristico, le pronunce della Corte federale elvetica e della Cour de Cassation francese – che concedono una tutela minima – riposano invece sulla convinzione che l'apporto genetico rimanga un prerequisito per (legittimamente) accedere alla genitorialità o, meglio, per vedersi riconosciuto il proprio ruolo genitoriale dalla legge.



## Capitolo nono

# Oltre il divieto: i problemi permangono

### 1. Introduzione

Sebbene la previsione di un regime proibizionistico sia – per il comportamento elusivo che incentiva e per i conflitti tra normative nazionali e valori di riferimento divergenti che ne derivano – garanzia del sorgere di controversie sui rapporti famigliari tra il nato da maternità surrogata all'estero e i genitori committenti, l'esperienza ci insegna che la determinazione dello *status filiationis* può assumere dimensioni problematiche anche a fronte di atteggiamenti legislativi differenti: in presenza di una disciplina *ad hoc* che consente e regola la maternità surrogata, qualora la vicenda concreta vada oltre le ipotesi contemplate dal legislatore, o in assenza di una qualsiasi norma intesa a disciplinare la pratica, né in senso preclusivo, né in senso permissivo.

Indipendentemente dall'approccio caratterizzante un determinato ordinamento, quindi, la possibilità che si palesino delle lacune normative e che il giudice sia chiamato a colmarle per via interpretativa rimane. Anche una legislazione permissiva contiene, infatti, delle limitazioni e, ogni volta che sono previste delle restrizioni o delle condizioni da soddisfare affinché l'accordo sia valido e produca gli effetti voluti dalle parti, si pone il rischio di pratiche messe in atto ignorando questi requisiti e, quindi, di fattispecie non contemplate dal dettato legislativo. Si ripropone quindi il problema di definire lo status famigliare di un minore che è nato, non in violazione di un divieto (come nei casi esaminati nel capitolo precedente), ma a seguito di un iter procreativo che – per le sue peculiarità operative e/o per i soggetti coinvolti – pone dei quesiti che il legislatore nazionale, pur consentendo e regolando la maternità surrogata, non ha preso in considerazione<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Niccolai va oltre sostenendo che anche la migliore legislazione in materia di maternità surrogata non sarebbe in grado di risolvere il problema del turismo procreativo. Potrebbe infatti sempre presentarsi il caso in cui una persona/coppia, col preciso intento di evitare i paletti posti dalla normativa interna, si rechi comunque all'estero per poi chiedere il ricono-

## 2. Nel silenzio del legislatore: la pronuncia della Corte Suprema irlandese

A dimostrazione di quanto appena enunciato, merita dedicare qualche riflessione a un caso di maternità surrogata altruista su cui si è pronunciata la Corte Suprema irlandese nel 2014<sup>2</sup>. L'Irlanda, come anticipato sopra, appartiene a quella categoria di paesi in cui non esiste alcuna norma in materia di maternità surrogata (e, più in generale, di PMA)<sup>3</sup> anche se, già nel 2005, la Commission on Assisted Human Reproduction – di nomina governativa – aveva sollecitato l'intervento del Parlamento<sup>4</sup>. Al centro della vicenda vi sono due gemelli, concepiti con i gameti di una coppia coniugata ma messi al mondo dalla sorella della donna. In base all'accordo di maternità surrogata concluso tra la coppia di genitori genetici e la madre surrogata, i bambini erano stati affidati ai primi immediatamente dopo la nascita. Al momento della redazione del certificato di nascita, tuttavia, l'ufficiale dell'anagrafe si rifiutava di registrare la madre genetica come madre legale dei nati, nonostante il consenso della partoriente. A sostegno di tale rifiuto, il Governo invocava il principio *mater semper certa est*, che attribuisce automaticamente la maternità legale in capo alla partoriente.

Il quesito sollevato da questa vicenda è, quindi, quello classico della maternità surrogata: ovvero chi sia da considerarsi madre dei gemelli ai fini della redazione del certificato di nascita. Coi che intende prendersi cura dei bambini, a lei geneticamente legati, oppure colei che ha portato avanti la gravidanza e li ha partoriti? In altri termini, in virtù di quale apporto – ge-

scimento del rapporto di filiazione estero. Si veda S. Niccolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in «Genius», 2017, n. 2, pp. 54-55.

<sup>2</sup> M.R. and D.R. and ors c. An t-Ard-Chlaraitheoir and ors, Corte Suprema irlandese, sentenza del 7 novembre 2014. Il testo è disponibile online: <http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2014/S60.html>.

<sup>3</sup> In mancanza di una disciplina normativa che regoli la PMA, vengono seguite le linee guida dell'Irish Medical Council e la normativa UE sui tessuti e cellule.

<sup>4</sup> In materia di maternità surrogata, la Commissione aveva preso una posizione particolarmente avanguardista raccomandando l'omissione di qualsiasi restrizione sulla base dello stato civile, del genere e dell'orientamento sessuale dei genitori committenti. Sul punto, si veda S. Sills e C.M. Healy, *Building Irish Families through Surrogacy: Medical and Judicial Issues for the Advanced Reproductive Technologies*, in «Reproductive Health», 4, 2008, p. 3. Sull'iniziativa del Ministero per la Salute del Governo irlandese di introdurre una normativa in materia, si veda invece F. Duffy, *Legislating for Assisted Conception in Ireland*, in «BioNews», 793, 9 marzo 2015, [http://www.bionews.org.uk/page\\_504778.asp](http://www.bionews.org.uk/page_504778.asp). Questa iniziativa ha preso forma a inizio ottobre 2017, quando l'attuale Ministro per la Salute (Simon Harris) ha presentato un articolato progetto di legge (*Assisted Human Reproduction Bill*) che – per la prima volta in Irlanda – mira a fornire una regolamentazione esaustiva in materia di procreazione assistita. Per un breve commento sul progetto di legge, si rinvia a G. Everett, *Ireland to Offer State-funded IVF*, in «BioNews», 921, 9 ottobre 2017, [http://www.bionews.org.uk/page\\_894643.asp](http://www.bionews.org.uk/page_894643.asp); M. Rodgers, *Reform of Assisted Reproduction in Ireland is Long Overdue*, in «BioNews», 923, 23 ottobre 2017, [http://www.bionews.org.uk/page\\_901026.asp](http://www.bionews.org.uk/page_901026.asp).

stazionale oppure genetico-sociale (la fornitura di materiale genetico e, in seguito alla nascita, la cura) – una donna, anziché un'altra, è considerata la madre legale di un determinato bambino? A quale tra le varie funzioni procreative – tra cui la gestazione, il parto e la fornitura di gameti – deve essere accordata rilevanza primaria ai fini della determinazione della filiazione materna?

Il ricorso presentato dalla coppia ha trovato accoglimento dinanzi la High Court, la quale ha innanzitutto osservato che, in assenza di una proibizione interna, l'accordo di maternità surrogata concluso tra le parti non potesse ritenersi illecito, benché non suscettibile di esecuzione in forma specifica (*not enforceable*)<sup>5</sup>. Andando al cuore della questione, la pronuncia ha di fatto disapplicato la suddetta presunzione di maternità stabilendo che la madre genetica potesse figurare sul certificato di nascita, al posto della madre surrogata. A sostegno di questa conclusione, la High Court ha addotto due motivazioni principali: l'intenzione espressa da quest'ultima di crescere i gemelli come figli propri e il ruolo preminente svolto dal DNA cromosomico come determinante dell'identità e dello sviluppo del feto.

Nonostante l'epigenetica abbia portato l'attenzione sull'importanza della relazione madre-bambino nel periodo intrauterino, dimostrando che alcuni fenomeni, ad esempio l'abuso di sostanze stupefacenti in gravidanza, possono alterare il fenotipo (ovvero l'espressione genica) pur non alterando la sequenza del DNA, a giudizio della High Court, l'influenza di tali fattori e le mutazioni che ne derivano non sono così significative da prevalere sul DNA ai fini della determinazione dell'identità di una persona. Utilizzando le parole del giudice: «it is most likely that epigenetics will ever trump the deterministic quality of chromosomal DNA»<sup>6</sup>. Questa pronuncia finisce quindi per delineare una nozione di maternità – ritenuta da alcuni riduttiva – che, negando ogni ruolo alla gestazione e al parto, attribuisce un'importanza decisiva al dato genetico, accompagnato dall'intento procreativo<sup>7</sup>.

Facendo leva su una diversa lettura della conoscenza epigenetica e invocando una trattazione più cauta e rispettosa dell'apporto gestazionale della madre surrogata, il Governo ha proposto appello contro questa prima decisione. Il procedimento di fronte alla Corte Suprema ha visto anche la parte-

<sup>5</sup> Decisione del 5 marzo 2013, il cui testo è disponibile online: <https://ie.vlex.com/vid/m-r-anor-v-an-chlaraitheoir-ors-426431942>.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>7</sup> Pare interessante notare che, in un altro caso irlandese (poi giunto dinnanzi la Corte di Giustizia dell'Unione europea), la gestazione e il parto hanno rappresentato il fondamento giuridico cui le autorità hanno fatto ricorso per negare il conferimento di un congedo di maternità a una madre committente irlandese di un minore nato da maternità surrogata in USA. Sulle ramificazioni, talvolta confliggenti, che la nozione di maternità può assumere anche all'interno del medesimo ordinamento, si veda K. Christiansen, *Who is the Mother? Negotiating Identity in an Irish Surrogacy Case*, in «Medical Health Care and Philosophy», 18, 2015, n. 3, pp. 317-327.

cipazione – in qualità di *amicus curiae* – della Irish Human Rights Commission. Invocando strumenti internazionali, *in primis* la CEDU e la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, questa Commissione ha rilevato che le autorità irlandesi, non avendo regolato o esplicitamente proibito la pratica della maternità surrogata, non potevano poi negare lo status di genitore a coloro che avessero perseguito il loro desiderio genitoriale ricorrendo a questa tecnica o impedire ai nati a seguito di questa pratica di diventare (formalmente) membri del nucleo familiare dei committenti, in quanto una simile decisione avrebbe leso l'interesse dei nati alla certezza del loro status familiare.

Ribaltando la decisione della High Court, la Corte Suprema irlandese ha affermato che le questioni attinenti alla maternità surrogata e alla determinazione dello *status filiationis* non fossero di competenza giudiziaria, bensì legislativa. La Corte ha ammesso che la regola *mater semper certa est* è evocativa del suo tempo: riflette una società differente ed è funzionale ai bisogni di un'era antecedente l'avvento della PMA<sup>8</sup>. Questo brocardo si limita, infatti, a riconoscere il fatto che la partoriente è anche la madre del nato, sia genetica che gestazionale, fatto che costituiva una verità insindacabile fino a quando la scienza medica non ha messo a disposizione nuove forme di procreazione, diverse dall'unione sessuale<sup>9</sup>. Tuttavia a differenza di altri legislatori nazionali, che nel frattempo sono intervenuti per regolare i nuovi fenomeni familiari resi possibili dal progresso medico-scientifico – ha aggiunto la Corte – in Irlanda, la nascita di minori a seguito di maternità surrogata continua a non essere contemplata dalla legge<sup>10</sup>. È come se – citando la metafora usata dal giudice Hardiman – «il codice della strada non si fosse mai adattato all'avvento della motorizzazione»<sup>11</sup>. La Corte Suprema ha quindi constatato la presenza di una lacuna normativa, dai risvolti particolarmente problematici se si ha riguardo ai diritti dei minori nati grazie a queste tecniche.

Anche se l'assenza di norme al passo con gli sviluppi scientifici in campo procreativo penalizza un numero limitato di persone, ha rilevato Hardiman, questa carenza colpisce una sfera particolarmente intima della vita di queste persone e, pertanto, un intervento di riforma in questa materia è più che mai urgente<sup>12</sup>. Trattandosi di questioni non puramente giuridiche o logiche ma che rivelano valori e posizioni ideologiche profonde, spetta tuttavia al Parlamento (e non ai giudici) disporre una regolamentazione chiara e precisa in modo da garantire la certezza del diritto. La Corte Suprema ha quindi preferito non avventurarsi nel delicato terreno della PMA con la con-

<sup>8</sup> *M.R. and D.R. and ors c. An t-Ard-Chblaraitheoir and ors*, Corte Suprema irlandese, cit., § 105.

<sup>9</sup> *Ibidem*, § 115.

<sup>10</sup> *Ibidem*, § 112.

<sup>11</sup> *Ibidem*, decisione del Judge Hardiman, § 4.

<sup>12</sup> *Ibidem*.



sapevolezza che convalidare la pronuncia della High Court avrebbe avuto ripercussioni potenzialmente significative sulla più ampia re-interpretazione delle norme in materia di filiazione, ripercussioni che andrebbero quindi ben oltre il singolo caso in esame<sup>13</sup>.

Oggi, infatti, a fronte del silenzio del legislatore, gli aspiranti genitori che realizzano un progetto procreativo utilizzando lo sperma o gli ovuli di un/a donatore/trice in Irlanda ottengono lo status genitoriale senza incontrare grosse difficoltà: la donna in virtù del parto e l'uomo, in quanto coniuge della madre o mediante il riconoscimento della paternità<sup>14</sup>. Se la pronuncia della High Court fosse divenuta un precedente, tuttavia, nei casi di PMA eterologa, i donatori avrebbero potuto legittimamente ambire allo status di genitore ed essere registrati in quanto tali sul certificato di nascita. La conferma di una concezione di maternità essenzialmente genetica nel caso di specie avrebbe quindi potuto giustificare la mancata attribuzione della genitorialità giuridica in capo a tutte quelle donne che, per procreare, sono costrette a servirsi degli ovuli di una donatrice.

### 3. *In presenza di una disciplina «ad hoc»: giudici di fronte a comportamenti di fatto non contemplati*

Il tema va oltre il caso irlandese, poiché in ogni caso l'operatore del diritto può essere chiamato a gestire le conseguenze di pratiche non corrispondenti a una fattispecie normativa anche in quegli ordinamenti che, a differenza dell'Irlanda, predispongono una disciplina *ad hoc*, per di più permissiva, in materia. Seguono tre esempi, provenienti dal Sudafrica, dal Regno Unito e dalla Grecia, le cui normative consentono la maternità surrogata – anche se limitatamente alla forma altruistica – ma ne condizionano il perfezionamento alla presenza di alcuni requisiti. È proprio per effetto di questi requisiti che determinati soggetti non possono accedere alla pratica (nel caso di regolazione *ex ante*) o ottenere lo status genitoriale rispetto al nato (nel caso di trasferimento *ex post-facto*) ma, nonostante queste restrizioni, presentano richiesta o, addirittura, accedono di fatto all'esperienza della genitorialità mediante maternità surrogata.

La legislazione sudafricana stabilisce, ad esempio, che un accordo di maternità surrogata è valido a condizione che il concepimento avvenga utilizzando il materiale genetico di entrambi i genitori committenti o, nel caso in cui questo non sia possibile per ragioni di natura biologica, medica o per altre valide ragioni, impiegando i gameti di almeno uno dei committenti o,

<sup>13</sup> R. English, *Irish Supreme Court Struggles with Outcome of Surrogacy Agreements*, in «UK Human Rights Blog», 20 novembre 2014, p. 3, <https://ukhumanrightsblog.com/2014/11/20/irish-supreme-court-struggles-with-outcome-of-surrogacy-arrangements/>.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 4.

ancora, nel caso in cui l'aspirante genitore sia una persona single, con l'apporto genetico di quest'ultimo<sup>15</sup>.

Il requisito di un legame genetico tra i/l committente/i e il nato – contenuta nella sezione 294 del *Children's Act* – è stato di recente sottoposto al vaglio della Corte costituzionale che, a fine 2016, ne ha confermato la validità<sup>16</sup>. Essendo la controversia (che ha dato origine alla questione di costituzionalità) sorta al momento della redazione dell'accordo di maternità surrogata, al giudice non spettava il difficile compito di fornire una soluzione che tenesse conto, *inter alia*, dell'esistenza di un minore venuto al mondo a seguito di una variante di maternità surrogata non contemplata dalla legislazione nazionale. Questo caso, tuttavia, rileva ai fini della presente analisi in quanto anticipa uno scenario procreativo che, *rebus sic stantibus*, potrebbe fattualmente verificarsi, confrontando il giudice con l'esigenza di attribuire uno status certo a un minore nato da maternità surrogata e geneticamente estraneo ai committenti, non potendo contare su regole scritte.

La vicenda riguardava A.B., una donna divorziata che, a causa della sua sterilità, non poteva produrre ovuli. Al fine di realizzare il suo desiderio di genitorialità, la donna aveva quindi scelto di ricorrere alla maternità surrogata servendosi dello sperma di un donatore e degli ovuli di una donatrice, entrambi anonimi. Una volta trovata colei che avrebbe portato a termine la gravidanza per suo conto, A.B. scopriva tuttavia di non poter formalizzare l'accordo di maternità surrogata raggiunto con questa donna in quanto, in base ai termini stabiliti, il nascituro non avrebbe avuto alcun legame genetico con la madre committente. La High Court – giudice adito da A.B. – aveva quindi sollevato questione di legittimità costituzionale lamentando che la precondizione del legame genetico integrasse una violazione del principio d'uguaglianza, del diritto all'autonomia riproduttiva e del diritto alla *privacy*, valori di rango costituzionale. Secondo il Ministero della Salute, invece, il requisito in questione rispondeva alla fondamentale necessità di mantenere la maternità surrogata distinta dall'adozione. Se la maternità surrogata non fosse limitata ai casi in cui almeno uno dei committenti ha contribuito al patrimonio genetico del nato, spiega il Governo, gli aspiranti genitori potrebbero facilmente aggirare le norme in materia di adozione e,

<sup>15</sup> La disposizione in questione, ovvero la sezione 294 del *Children's Act* stabilisce che: «No surrogate motherhood agreement is valid unless the conception of the child contemplated in the agreement is to be effected by the use of the gametes of both commissioning parents or, if that is not possible due to biological, medical or other valid reasons, the gamete of at least one of the commissioning parents or, where the commissioning parent is a single person, the gamete of that person».

<sup>16</sup> *AB and Surrogacy Advisory Group c. the Minister of Social Development (Center for Child Law as Amicus Curiae)*, Corte costituzionale del Sudafrica, decisione n. CCT 115/15, del 29 novembre 2016. Il testo è disponibile online: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2016/43.pdf>.

quindi, sottrarsi a tutte le valutazioni di idoneità che questa prevede ricorrendo alla maternità surrogata.

La Corte costituzionale ha deciso – con un’ampia maggioranza (7/4) – di confermare il requisito contenuto nella sezione 294 del *Children’s Act* adducendo, tuttavia, una motivazione ancora diversa: in particolare, rilevando che la *ratio* di tale norma fosse quella di tutelare l’interesse dei nati da maternità surrogata a conoscere i propri genitori genetici, essendo la filiazione genetica una componente integrante del loro diritto all’identità personale<sup>17</sup>. Secondo la Corte costituzionale, quindi, la High Court, nel sostenere l’incostituzionalità della norma, avrebbe posto un’enfasi eccessiva sugli interessi dei genitori committenti a scapito dell’interesse superiore del nascituro<sup>18</sup>. A.B., aggiunge il giudice costituzionale, avrebbe infatti potuto rientrare tra i soggetti legittimati a stipulare un valido accordo di maternità surrogata instaurando una relazione con una persona i cui gameti avrebbero potuto essere utilizzati per generare l’embrione da impiantarsi nell’utero della madre surrogata, così rispettando il dettato normativo<sup>19</sup>. Se è vero che l’esistenza di un legame genetico tra il/i committente/i e il nato rimane una precondizione per la conclusione di accordi di maternità surrogata in Sudafrica, è altrettanto vero che il rischio che accordi come quello immaginato da A.B. siano concretamente attuati e che da questi nasca un essere umano, con interessi e diritti da tutelare, rimane dietro l’angolo.

Sono testimonianza del divario che l’iniziativa privata senza freni può creare tra società e diritto, anche in presenza di una legislazione permissiva, la giurisprudenza inglese e greca che trae origine da casi di maternità surrogata realizzati da aspiranti padri single. Come anticipato, nel Regno Unito, lo HFEA prevede che il rilascio di un *parental order* con cui i genitori committenti ottengono lo status genitoriale rispetto al nato possa essere richiesto soltanto da una coppia. Quindi, anche se la legge non proibisce l’accesso alla maternità surrogata da parte di persone single, di fatto, la mancanza di un meccanismo (come quello previsto per le coppie) con cui si perfeziona il trasferimento della genitorialità dalla madre surrogata in capo al committente implica il rischio per i single di non vedersi riconosciuti come unica figura genitoriale del nato.

Come anticipato, in occasione di un ricorso presentato da un padre single che aveva avuto un figlio mediante maternità surrogata all’estero (*Re Z*, a cui si è fatto riferimento nel capitolo 7)<sup>20</sup>, la High Court ha formalmente dichiarato l’incompatibilità dell’attuale disciplina, nella parte in cui condiziona

<sup>17</sup> *Ibidem*, § 288.

<sup>18</sup> *Ibidem*, § 293.

<sup>19</sup> *Ibidem*, § 288.

<sup>20</sup> *Re Z (A Child: Human Fertilisation and Embryology Act: Parental Order)* (No 2), High Court of Justice, 20 maggio 2016.

la possibilità di richiedere un *parental order* alla presenza di una coppia, con lo *Human Rights Act*, in quanto discriminante nei confronti dei genitori single e dei loro figli. Ancora prima di *Re Z*, un altro caso – quello di Kyle Casson – ha suscitato particolare clamore e ha ricevuto una notevole attenzione mediatica in quanto la donna in questione non era una madre surrogata qualsiasi, bensì la madre del padre committente<sup>21</sup>. Pertanto, il minore al centro del caso era stato messo al mondo dalla sua stessa nonna, nel cui utero era stato impiantato un embrione creato mediante FIVET con i gameti del padre committente e gli ovuli di una donatrice.

Kyle Casson – in quanto uomo single e quindi non legittimato a ottenere lo status di genitore legale mediante *parental order* – si era visto costretto a chiedere l'adozione del suo figlio biologico. Benché si considerassero nonni a tutti gli effetti, in virtù del principio *mater semper certa est* e della presunzione di paternità, i genitori legali del nato erano infatti Anne-Marie Casson, la madre surrogata, e suo marito. Sebbene la legislazione inglese riconosca il diritto di adottare anche alle persone single, le circostanze peculiari del caso hanno reso il compito del giudice, chiamato a esprimersi sulla richiesta di adozione, particolarmente complesso. Questa domanda era stata infatti presentata prima della nascita del bambino e, quindi, la pratica di surrogazione messa in atto dalle parti aveva la parvenza di una *arranged adoption* che, ai sensi della legge, costituisce reato. La domanda del padre committente ha comunque trovato accoglimento in quanto, oltre a rispondere ai bisogni del minore («longlife welfare needs»), lo stesso richiedente era anche fratello del minore e, proprio in virtù del suo legame di parentela, figurava tra i soggetti legittimati ad adottare *ex lege*<sup>22</sup>. Kyle Casson ha potuto quindi formalizzare il suo legame familiare con il minore nato da maternità surrogata, in qualità non di padre biologico, ma di fratello.

Questa vicenda mette innanzitutto in evidenza un tratto caratteristico dell'approccio UK alla maternità surrogata: l'irrilevanza delle intenzioni delle parti. È chiaro che se lo *status filiationis* del minore in questione fosse stato determinato in applicazione del criterio volontaristico, Kyle Casson sarebbe stato automaticamente riconosciuto padre legale, e quindi non fratello, del minore. Questo principio trova la sua statuizione più chiara nella sezione 27 dello HFEA 1990, in base alla quale lo status di madre legale spetta alla madre surrogata anche se quest'ultima non ha alcuna intenzione di essere considerata come tale ed è geneticamente estranea al nato. Ed è per questa ragione che, come illustrato sopra, il rispetto della volontà delle parti nella formazione dello *status filiationis* presuppone uno *step* ulteriore: la richiesta di un *parental order*, qualora questo sia possibile.

<sup>21</sup> *Re B c. C (Surrogacy: Adoption)*, High Court of Justice, decisione del 13 febbraio 2015, il cui testo è disponibile online: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed143565>.

<sup>22</sup> *Ibidem*, § 8.

Secondo parte della dottrina<sup>23</sup>, questo caso sarebbe inoltre emblematico dello stato di arretratezza in cui versa la legislazione inglese in materia di maternità surrogata, che ignora il fenomeno delle famiglie monoparentali, e quindi della sua inadeguatezza a recepire e soddisfare le istanze di riconoscimento di cui queste sono portatrici. Sul punto, pare interessante rilevare che, anche in occasione del recente processo di riforma che ha poi condotto all'introduzione dello HFEA 2008, lo scenario in cui una persona single intendesse generare un figlio mediante maternità surrogata non era stato preso in considerazione. L'unico quesito avanzato in materia di maternità surrogata verteva, infatti, sulla possibilità di estendere il diritto di ottenere un *parental order* – allora previsto solo per le coppie coniugate – anche alle coppie unite civilmente e/o in relazioni stabili e durature. Rimane, quindi, il dubbio su quale soluzione si sarebbe profilata in mancanza di un legame di parentela tra Kyle Casson e il nato e quindi a fronte dell'impossibilità di ricorrere all'adozione come rimedio alla lacuna normativa.

Una limitazione simile a quella contenuta nello HFEA è prevista anche dalla legge greca, la quale però – come anticipato nel paragrafo 2, a differenza del Regno Unito e del Sudafrica – offre una regolazione *ex ante* della pratica. In base al dettato normativo, infatti, colei che intende crescere il nato da maternità surrogata è tenuta a richiedere l'autorizzazione del giudice prima del trasferimento degli ovuli fecondati nell'utero della madre surrogata<sup>24</sup>.

Il giudice, a cui è presentata la richiesta, svolge tendenzialmente un controllo di tipo amministrativo in quanto si limita a verificare la sussistenza di alcuni requisiti, da cui dipende la validità del contratto di maternità surrogata<sup>25</sup>: tra cui, la presenza di un accordo scritto tra le persone che inten-

<sup>23</sup> Spiccano, tra gli altri, gli scritti di K. Horsey. Sul caso in esame, si veda *A Surrogacy Conundrum that Didn't Need to Be*, in «BioNews», 794, 16 marzo 2015, [http://www.bionews.org.uk/page\\_507198.asp](http://www.bionews.org.uk/page_507198.asp). Per una trattazione più esauriente dell'attuale disciplina, si rinvia a *Swept under the Carpet: Why Surrogacy Law Needs Urgent Review*, in N. Priaux e A. Wrigley (a cura di), *Ethics, Law and Society*, vol. V, Farnham, Ashgate, 2013, pp. 235-255. Horsey è anche l'autrice del rapporto *Surrogacy in the UK: Myth Busting and Reform* con cui il Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform ha evidenziato gli aspetti problematici della normativa attuale, sollecitando l'intervento del legislatore. Il testo del rapporto (novembre 2015) è accessibile al seguente indirizzo: [http://www.bionews.org.uk/page\\_588211.asp](http://www.bionews.org.uk/page_588211.asp). Le questioni ivi sollevate e, più in generale, l'esigenza di aggiornare la disciplina della maternità surrogata, sono state oggetto di dibattito parlamentare nel dicembre 2016. Per le conversazioni che hanno avuto luogo in seno al Parlamento, si rinvia a: <https://hansard.parliament.uk/Lords/2016-12-14/debates/391AB95D-1999-4D52-A5D0-C9EF6CF44407/Surrogacy>. Dello stesso avviso di Horsey, si veda R. Carr, *The Need for UK Surrogacy Law Reform*, in «BioNews», 808, 29 giugno 2015, [http://www.bionews.org.uk/page\\_541008.asp](http://www.bionews.org.uk/page_541008.asp).

<sup>24</sup> Art. 1458, legge n. 3089/2002.

<sup>25</sup> L. Brunet *et al.*, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Brussels, PE 474.403, European Parliament, 2012, p. 41. Esistono però situazioni in cui l'autorizzazione giudiziale è stata motivata da considerazioni che vanno al di là dei requisiti di

dono crescere il nato, la madre surrogata e, nel caso in cui questa sia coniugata, suo marito, da cui si evince il consenso di tutte le parti coinvolte; l'assenza di un corrispettivo (solo gli accordi altruistici sono consentiti); l'impossibilità – comprovata da idonea certificazione medica – per la madre committente di una gestazione autonoma e, quindi, di intraprendere e portare a termine una gravidanza; la capacità della madre surrogata di provvedere alla gestazione e al parto; l'età massima di 50 anni per la donna committente; la residenza o il domicilio in Grecia di almeno una delle donne coinvolte<sup>26</sup>. Dopo la pubblicazione della sentenza, che è immediatamente esecutiva, le parti possono quindi avviare la procedura di PMA e, alla nascita, colei che ha ottenuto l'autorizzazione giudiziale sarà automaticamente registrata quale madre legale sul certificato di nascita e il di lei eventuale marito acquisirà lo status di padre legale per effetto della presunzione di paternità.

Sebbene la legislazione greca rientri tra le più innovative ed esaurienti nel panorama europeo e non solo, alcuni vuoti normativi rimangono (e, in parte, sono fisiologici). La legge, ad esempio, riserva l'accesso alle tecniche di PMA soltanto alle coppie eterosessuali e alle donne single, non contemplando quindi l'ipotesi in cui sia una coppia omosessuale o un uomo single a rivolgersi a una madre surrogata per avere un figlio. Tali situazioni si sono comunque verificate nella pratica ed è quindi spettato ai giudici gestirne le conseguenze sul piano del diritto. La risposta della giurisprudenza greca *vis-à-vis* la richiesta di autorizzazione da parte di un uomo single non è stata univoca. In alcuni casi, l'esito è stato positivo; in altri, invece, il giudice ha preferito attenersi a un'interpretazione letterale delle norme in materia di filiazione.

Il primo filone giurisprudenziale è rappresentato da una pronuncia del Tribunale di Salonicco (2009), cui aveva presentato richiesta un uomo single che, a causa di un disturbo dell'apparato riproduttivo, non poteva procreare mediante unione sessuale. Si tratta quindi di un caso in cui, come la vicenda sudafricana di A.B., non esisteva ancora un minore da tutelare. Il Tribunale si è espresso in maniera favorevole rilevando che l'eventuale diniego avrebbe violato il principio costituzionale di uguaglianza tra uomini e donne<sup>27</sup>. Non

legge e alludono, ad esempio, alla rassicurante situazione patrimoniale dei committenti, alla loro abilità di crescere il nato in un ambiente positivo e sereno. Si tratta quindi di decisioni in cui, di fatto, il principio dei *best interests of the child* è stato utilizzato come ulteriore criterio decisionale *vis-à-vis* la richiesta di accedere alla maternità surrogata. Sul punto, si rinvia a T. Chortara, S. Penasa e L. Busatta, *The Best Interests of the Child Born via Cross-border Surrogacy. A Comparison between Greece and Italy*, in «Rivista di BioDiritto», 2016, n. 1, pp. 193 ss.

<sup>26</sup> Quest'ultimo requisito è frutto di una recente riforma introdotta con la legge n. 4272/2014, che ha reso la disciplina greca ancora più permissiva. In base al regime precedente, infatti, entrambe le donne dovevano essere residenti in Grecia.

<sup>27</sup> Sentenza n. 13707/2009.



essendo stata impugnata, questa decisione costituisce quindi la prima, incontestabile affermazione del diritto di un uomo single a diventare genitore mediante maternità surrogata in Grecia, a condizione che il ricorso a questa tecnica sia giustificato da motivi di salute e non dalla mera assenza di un partner di sesso opposto<sup>28</sup>.

Anche il Tribunale di Atene, con la pronuncia n. 2827/2008, aveva concesso l'autorizzazione a un uomo single, affetto da azoospermia. In questo caso, tuttavia, la decisione è stata impugnata e riformata in sede di Corte d'Appello. Nel periodo trascorso tra l'autorizzazione del Tribunale di Atene e la revoca pronunciata dalla Corte d'Appello (3357/2010), erano però nati due gemelli, frutto degli ovuli di una donatrice fecondati con lo sperma di un donatore. La Corte d'Appello ha annullato la sentenza del giudice di primo grado, rilevando che questi avesse commesso un errore nell'applicazione delle norme in materia di PMA che non consentono, appunto, all'uomo single di ricorrere a questa modalità di procreazione.

A giudizio della Corte d'Appello, inoltre, la differenza di trattamento lamentata dal ricorrente sarebbe giustificata dalla natura stessa dei due sessi, ovvero dal fatto che solo una donna – essendo colei che porta avanti una gravidanza e partorisce – può essere incapace di procreare «naturalmente» e può quindi avere l'esigenza di avvalersi di una madre surrogata. L'esclusione degli uomini single da questa pratica sarebbe pertanto riconducibile a una visione (assai limitata) della condizione di infertilità (riflessa nel testo normativo), intesa unicamente come incapacità di essere incinta e/o di portare avanti una gravidanza.

Indipendentemente dalle ragioni addotte dalla Corte d'Appello, rimaneva comunque da risolversi la delicata questione dello *status filiationis* dei gemelli che, nel frattempo, erano nati. Infatti, per effetto della revoca dell'autorizzazione, il padre committente non acquisiva più il titolo di padre legale e, secondo un'interpretazione testuale delle norme in materia di filiazione, l'unico rapporto familiare riconosciuto dall'ordinamento era quello tra i gemelli e la madre surrogata, malgrado tra essi non sussistesse né un legame genetico (in quanto gli ovuli provenivano da una donatrice) né un legame sociale (in quanto la donna non aveva espresso l'intenzione di prendersene cura e i gemelli vivevano ed erano cresciuti dal ricorrente)<sup>29</sup>. Anche

<sup>28</sup> A. Tekidou, *La maternità surrogata in Grecia: tra normativa e prassi*, in E. Urso (a cura di), *Genitori e figli nell'attuale quadro delle relazioni familiari*, Roma, Aracne (in corso di pubblicazione). Sembra quindi potersi affermare che, a fronte della richiesta di una coppia gay (anch'essa esclusa dai soggetti legittimati), il giudice avrebbe raggiunto l'esito opposto.

<sup>29</sup> Pare interessante rilevare che, alla nascita dei gemelli e prima della sentenza della Corte d'Appello, l'uomo si era recato all'ufficio di stato civile affinché questi fossero registrati come figli suoi in conformità alla sentenza del giudice di primo grado. Dato che l'autorizzazione non riportava i dati della madre, non sapendo come procedere, l'ufficiale di stato civile si era rivolto alla Direzione dello Stato Civile del Ministero degli Interni che, a sua volta, aveva



in questo caso, quindi, per porre rimedio alle conseguenze (paradossali) derivanti dall'applicazione di norme concepite per regolare fenomeni famigliari diversi – quali la regola *mater semper certa est* – il genitore committente ha dovuto far ricorso alle norme in materia adottiva.

#### 4. Osservazioni conclusive: tra timidezza e intraprendenza

Questi casi sono la dimostrazione del fatto che, anche qualora il legislatore abbia predisposto una normativa permissiva, l'iniziativa privata non conosce limiti e, talvolta, non si accontenta delle strade procreative consentite dal legislatore, in quanto in esse non può trovare soddisfazione. I giudici – specialmente quando confrontati da un comportamento di fatto che ha generato un essere umano – si vedono pertanto costretti a muoversi tra le norme del diritto vigente, ricorrendo a logiche non immediate e, talvolta, a vere e proprie forzature – come nel caso di Kyle Casson – al fine di elaborare una soluzione che raggiunga l'obiettivo primario di garantire l'interesse del minore coinvolto e, in via subordinata, la realizzazione dello scopo procreativo perseguito dagli adulti coinvolti.

Nel caso inglese così come nella pronuncia della Corte d'Appello ateniese, la ricerca di una soluzione che si adattasse alle circostanze peculiari del caso concreto ha comportato un vero e proprio *pick and choose*, a seguito del quale gli effetti delle norme in materia di PMA – risultate non funzionali alla determinazione della controversia pendente – sono stati neutralizzati a fronte della più conveniente disciplina in materia di adozione.

Nonostante il silenzio o il ritardo con cui i legislatori nazionali arrivano a regolare questi nuovi fenomeni famigliari, tuttavia, non tutti i giudici sono pronti ad assumersi questa responsabilità e, quindi, a compiere questo passo – che, in un certo senso, coinvolge parzialità e selettività. È il caso, appunto, della Corte Suprema irlandese che, pur esprimendo la sua frustrazione circa l'anacronismo delle norme in materia di filiazione, ha deciso di non pronunciarsi. Se, da un lato, questo atteggiamento deferente è apprezzato per la dimostrata consapevolezza dell'estrema delicatezza e delle innu-

interpellato l'Avvocatura dello Stato sulla seguente questione: nel caso in cui un uomo single ha ottenuto l'autorizzazione per procedere alla procreazione medicalmente assistita e, grazie all'impiego di tale pratica, sono nati due gemelli, quali persone sono da considerarsi padre e madre? In risposta a questo quesito, l'Avvocatura dello Stato ha affermato che, a prescindere dalla sua correttezza, la sentenza del Tribunale di Atene aveva prodotto una presunzione di paternità in capo all'uomo single. Il rapporto familiare che ne consegue – ha aggiunto l'Avvocatura dello Stato – non può essere sciolto nemmeno per effetto di un eventuale annullamento della sentenza di primo grado in quanto tale annullamento avrebbe efficacia *ex nunc* e quindi non agirebbe retroattivamente. Per un'analisi più approfondita di questa vicenda, si rinvia a Tekidou, *La maternità surrogata in Grecia: tra normativa e prassi*, cit.

merevoli ripercussioni etico-morali che una seppur basilare domanda come «chi è la madre di un determinato bambino?» può avere, dall'altro lato, vi è chi – guidato da uno spirito più pragmatico – interpreta questa e altre pronunce analoghe come un'occasione mancata non solo per tutelare il minore, in quanto soggetto più debole, ma anche per accelerare e indirizzare l'operato legislativo.



## Capitolo decimo

# Controversie tra la madre surrogata e i genitori committenti

### 1. *Introduzione*

Questo paragrafo è dedicato a una terza tipologia di controversie potenzialmente scaturenti dal ricorso alla maternità surrogata: quelle che vedono il genitore/la coppia committente contrapposti alla madre surrogata, la quale rifiuta di attenersi all'accordo concluso e non intende (più) rinunciare ai suoi diritti genitoriali e/o consegnare il nato all'altra parte<sup>1</sup>. La giurisprudenza esistente evidenzia la presenza di un trend pressoché uniforme: l'irrilevanza della validità o nullità del contratto di maternità surrogata e, al contempo, l'adozione del criterio dei *best interests of the child* e, quindi, l'individuazione della sistemazione familiare più consona alla realizzazione dell'interesse superiore del bambino coinvolto, allo scopo di ricomporre la tensione.

Accanto a questa tendenza, si pone un indirizzo decisamente minoritario che gestisce il conflitto sorto tra la madre surrogata e i genitori committenti adottando la prospettiva contrattuale e, quindi, attuando le intenzioni espresse dalle parti al momento della conclusione dell'accordo di maternità surrogata. La celebre pronuncia in *Johnson c. Calvert*, resa dalla Corte Su-

<sup>1</sup> Questi conflitti possono addirittura sorgere in costanza di gravidanza, ovvero prima della nascita del bambino. Ne è testimonianza un caso statunitense – finito sui giornali a fine 2015 – in cui il padre committente chiedeva alla madre surrogata (Ms Melissa Cook), incinta di tre gemelli, di sottoporsi a una riduzione selettiva per motivi meramente economici, contro la sua volontà. Su questa vicenda, si veda A. Blackburn-Starza, *US Surrogate Takes Custody Case to Appeal*, in «BioNews», 853, 31 maggio 2016, [http://www.bionews.org.uk/page\\_654659.asp](http://www.bionews.org.uk/page_654659.asp); M. Yarwood, *Surrogate Carrying Triplets Brings Lawsuit to Prevent Being Sued for Failing to Abort*, in «BioNews», 834, 11 gennaio 2016, [http://www.bionews.org.uk/page\\_603504.asp](http://www.bionews.org.uk/page_603504.asp). O ancora, il caso che ha riguardato una madre surrogata canadese che si era opposta alla richiesta di aborto avanzata dalla coppia committente a seguito di test genetici che indicavano (con un'alta probabilità) che il feto sarebbe stato affetto da sindrome di Down. Si veda N. Hyder, *Couple Request Surrogate Mum to Abort over Disability*, in «BioNews», 579, 11 ottobre 2010, [http://www.bionews.org.uk/page\\_71982.asp](http://www.bionews.org.uk/page_71982.asp).

prema della California nel 1993 è, tutt'oggi, rappresentativa dell'approccio caratterizzante la giurisprudenza californiana e costituisce l'esempio più emblematico di questo secondo orientamento che, indipendentemente dal patrimonio genetico del minore, ne dispone l'affidamento a favore dei committenti.

## 2. La centralità dei «best interests of the child»

Nei casi che seguono, la questione più pressante a cui il giudice deve fornire una risposta riguarda l'affidamento del minore coinvolto. Nella giurisprudenza maggioritaria, come anticipato, questa determinazione avviene unicamente in base al parametro dei *best interests of the child*. La questione dell'affidamento tende, quindi, a essere esaminata in maniera totalmente indipendente rispetto ad altri due profili – quello dello *status filiationis* e della validità del contratto – che, seppur strettamente collegati tra loro, si sviluppano su piani ben distinti.

Emblematica di questa separazione a livello analitico è la nota pronuncia della Corte Suprema del New Jersey *In Re Baby M* (da Melissa, nome attribuito alla minore interessata) in cui – riconosciuta la nullità del contratto – i giudici hanno invalidato sia l'estinzione dei diritti che spettavano alla madre surrogata in quanto partoriente sia l'adozione della minore (disposta dal giudice di primo grado) a favore della moglie del padre committente riattribuendo quindi i diritti genitoriali alla madre surrogata ma, poiché ciò rispondeva all'interesse superiore del minore, disponendo l'affidamento di Melissa al padre committente<sup>2</sup>.

Melissa era nata a seguito di un accordo di maternità surrogata concluso tra Mr Stern (padre committente) e Mrs Whitehead (madre surrogata), con il quale la donna si impegnava a essere fecondata artificialmente con lo sperma dell'uomo e a rinunciare, alla nascita, alla custodia del nato a favore di lui. La «consegna» della neonata era avvenuta in una situazione di estrema tensione emotiva, in cui la madre surrogata – pur rispettando i termini dell'accordo – aveva espresso ai committenti l'enorme difficoltà che provava ad abbandonare Baby M. Pochi giorni dopo, durante una visita, i coniugi Stern – preoccupati per la salute mentale della donna – le avevano permesso di trascorrere una settimana con Baby M. Mrs Whitehead, tuttavia, anziché ritornare dopo una settimana, era fuggita in Florida portando con sé la neonata.

Una volta rintracciata, la bambina era stata presa sotto la protezione delle autorità della Florida che, in conformità a una precedente ordinanza

<sup>2</sup> *In Re Baby M*, Corte Suprema del New Jersey, decisione del 3 febbraio 1988. Il testo (tradotto in italiano) è disponibile su «Foro Italiano», 1989, pp. 293-310.

della Corte del New Jersey, ne avevano temporaneamente affidato la custodia al padre genetico. A fronte del persistente rifiuto di Mrs Whitehead di rinunciare ai propri diritti sulla minore, il signor Stern agiva in giudizio, affermando la validità e la liceità dell'accordo da loro concluso e chiedendone, pertanto, l'esecuzione in forma specifica. In conformità a quanto pattuito con Mrs Whitehead, la coppia committente avanzava una duplice richiesta: che i diritti della madre surrogata fossero dichiarati estinti e che a Mrs Stern fosse concesso di adottare la minore; in altre parole, che Melissa diventasse a tutti gli effetti figlia loro.

Prima di analizzare la pronuncia della Corte Suprema, è tuttavia importante premettere che, a metà degli anni Ottanta, in New Jersey e – più in generale, negli USA – non esistevano ancora leggi specifiche riguardanti la maternità surrogata<sup>3</sup>. Alcuni Stati, tuttavia, estendevano – per via analogica – il divieto di vendita di neonati e di versare alcunché nell'ambito dell'adozione alla fattispecie della maternità surrogata<sup>4</sup>. Ciononostante, nella pratica, proliferavano agenzie che – a fini di lucro – reclutavano donne mediante annunci pubblicitari e offrivano tali servizi. Al fine di eludere questi divieti, queste agenzie non facevano alcun cenno all'adozione: la partorienta chiedeva la sospensione dei propri diritti genitoriali nei confronti del nato, il minore era quindi affidato al padre genetico e la moglie di quest'ultimo successivamente presentava richiesta di adozione<sup>5</sup>. Questo modo di agire, oltre a non violare le disposizioni di legge, non comportava problemi pratici a meno che una delle parti rifiutasse di attenersi agli accordi, proprio come è successo nel caso *Baby M.*

Pur distinguendosi per le sue innovative riflessioni in merito alla validità del contratto di maternità surrogata e dedicando gran parte del suo ragionamento proprio a esaminare questa questione, la Corte Suprema ha affermato che la natura del contratto non rilevasse ai fini della risoluzione del caso concreto, la quale dipendeva, invece, esclusivamente dall'identificazione dell'interesse superiore di Melissa. Così facendo, la soluzione avanzata dalla Corte prescinde dalle categorie del diritto contrattuale e, quindi, si distanzia dall'impostazione caratterizzante l'azione proposta dai coniugi Stern, i quali avevano appunto domandato al giudice di condannare la donna inadempiente alla consegna della bambina che, in forza del contratto, era loro figlia<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Progetti di legge sia a favore sia in opposizione alla legittimazione della pratica venivano tuttavia discussi. Per i dettagli, si rinvia a S. Azzali, *La maternità surrogata: in margine al caso Baby M*, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Milano, Cedam, 1989, pp. 125-126.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> A. Bucelli, *Il cammino senza pregiudizi del biodiritto. La costruzione giuridica dei rapporti genitoriali*, in G. Baldini (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, Firenze, Firenze University Press, 2016, pp. 68-69.

In merito alla natura dell'accordo, che rappresenta il principale punto di contrasto tra la decisione in esame e quella resa dal giudice di primo grado<sup>7</sup>, la Corte Suprema ha stabilito che i contratti di maternità surrogata costituiscono uno strumento di *baby-selling* e sono quindi da ritenersi lesivi della legge in materia di adozione, sotto diversi aspetti: il compenso finanziario; il carattere obbligatorio del contratto – ovvero l'irrevocabilità dell'impegno assunto dalla partoriente prima della nascita, o addirittura del concepimento, di consegnare il nato; e, infine, l'obbligazione della donna gestante a non opporsi alla cessazione dei propri diritti genitoriali e ad acconsentire che il nato sia affidato alla coppia committente.

L'invalidità del contratto di maternità surrogata diveniva ancora più manifesta – ha spiegato la Corte – se i suoi fini e i suoi mezzi erano scrutinati alla luce delle direttive di ordine pubblico. Da questo punto di vista, il vizio più grave del contratto si sostanziava nella totale trascuratezza dei reali interessi di Baby M. Il contratto determinava, infatti, la separazione della minore da uno dei due genitori naturali, in contrasto con la convinzione che, ove possibile, è opportuno che un minore cresca e resti con entrambi i genitori naturali. Il contratto comportava inoltre la prevalenza *a priori* – ovvero, senza alcuna indagine circa l'adeguatezza della coppia committente al ruolo genitoriale e l'idoneità di Mrs Stern al compito di madre adottiva – del padre genetico (e della sua famiglia) e, quindi, la separazione permanente della bambina da colei che l'aveva messa al mondo. Oltre a porsi in immediato contrasto con l'ordinamento giuridico statale, quindi, le clausole del contratto di maternità surrogata erano – a parere della Corte Suprema – anche lesive dell'ordine pubblico e, considerata la loro essenzialità, determinavano l'inefficacia dell'intero contratto.

Chiarite le ragioni della nullità del contratto che, da un punto di vista sostanziale, non aveva però alcun impatto sull'esito della controversia, la Corte Suprema si è dedicata al suo compito più importante: l'individuazione del contesto familiare che fosse più adatto a realizzare compiutamente l'interesse e il benessere di Melissa; e, una volta stabilita la famiglia in cui inserirla, la ricerca della soluzione più adeguata per garantire alla minore di avere dei genitori «fissi e unici», anche a costo di escludere uno dei due genitori genetici dall'esercizio della responsabilità genitoriale<sup>8</sup>. Sul punto,

<sup>7</sup> La Superior Court of New Jersey (31 marzo 1987) – giudice di primo grado – aveva invece riconosciuto efficacia giuridica all'accordo tra il padre committente e la madre surrogata sulla base della seguente motivazione: oltre ad essere stato liberamente concluso da tutte le parti coinvolte, non aveva a oggetto l'acquisto di un bambino, bensì un servizio personale e, di conseguenza, non era lesivo dell'ordine pubblico. A nota della decisione di primo grado, si veda G. Ponzanelli, *Il caso Baby M, la «surrogate mother» e il diritto italiano*, in «Foro Italiano», 1988, pp. 98-103.

<sup>8</sup> A. Miranda, *Diritti dei genitori ed interessi del minore nel caso In Re Baby M*, in «Il Diritto di Famiglia e delle Persone», 16, 1987, n. 3-4, p. 1523.



tuttavia, invece di elaborare proprie riflessioni, la Corte Suprema ha ritenuto opportuno affidarsi all'analisi accuratamente compiuta dal giudice di primo grado, confermando quindi l'affidamento al signor Stern. A sostegno della sua valutazione, la Corte Superiore aveva osservato che, oltre ad averla fortemente desiderata, i coniugi Stern possedevano tutte le qualità idonee ad assicurare a Melissa una crescita serena ed equilibrata: in particolare, si erano mostrati capaci di riconoscere e soddisfare le sue esigenze fisiche ed emotive e di spiegarle le circostanze della nascita con adeguato sostegno emotivo e la minor confusione possibile.

La Corte Suprema si è quindi fatta portatrice di un approccio pragmatico che riscontra l'esistenza (seppure nei suoi albori) del fenomeno della maternità surrogata e, soprattutto, la conseguente necessità di proteggere il soggetto più debole, ovvero il minore. Questa pronuncia è infatti espressione della convinzione che, indipendentemente dall'ammissibilità o meno dei contratti di maternità surrogata, si debba in ogni caso e a tutti i costi tutelare il figlio, in virtù della sua condizione particolarmente vulnerabile, e che a questa esigenza si possa/debba rispondere mediante l'individuazione della scelta familiare più idonea a soddisfare i suoi interessi. È evidente quindi che, in *Baby M*, il piano contrattuale è stato tenuto distinto da quello della tutela del minore ed è proprio per effetto di questa separazione che la Corte ha potuto comunque effettuare la valutazione di quale genitore e famiglia offrisse maggiori garanzie per il corretto sviluppo della personalità del bambino<sup>9</sup>.

Anche nel primo caso australiano in materia, *Re Evelyn*, i giudici – individuando la madre surrogata e il marito come nucleo familiare più idoneo a soddisfare le esigenze della minore – hanno risolto la questione dell'affidamento adottando quale unico criterio ispiratore i *best interests of the child* e, quindi, a prescindere dalla nullità del contratto di maternità surrogata<sup>10</sup>. In questo caso, la bambina era nata a seguito di un accordo di tipo altruistico, in virtù del quale Mrs S si impegnavo a farsi inseminare artificialmente con lo sperma di Mr Q, uomo della coppia committente, e a consegnare loro il nato rinunciando a qualsiasi pretesa e diritto nei suoi confronti.

La battaglia giudiziaria tra le due famiglie era sorta in seguito a un cambiamento d'idea da parte della signora S, la quale – a differenza di quanto stabilito inizialmente – intendeva – insieme a suo marito – svolgere un ruolo attivo nella vita della figlia. Benché quest'ultima vivesse già con i coniugi Q (da oramai due anni), la Corte ha ritenuto che i vantaggi di cui Evelyn avrebbe goduto nel lungo termine grazie al suo trasferimento presso la fa-

<sup>9</sup> R. Clarizia, *Inseminazione artificiale, contratto di sostituzione di maternità, interesse del minore*, in «Foro Italiano», 1989, p. 298.

<sup>10</sup> *Re Evelyn*, Family Court of Australia, decisione del 29 luglio 1998. Il testo è disponibile online: <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FamCA/1998/2379.html>.

miglia S assumessero un peso maggiore rispetto agli svantaggi che la stessa minore avrebbe subito, sia nel breve che nel lungo termine, a causa di un cambio di residenza. Avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, la Corte aveva quindi disposto l'affidamento di Evelyn a favore della famiglia S, in quanto soluzione che avrebbe meglio tutelato l'interesse superiore della minore. Nel rispetto della convivenza intercorsa fino a quel momento tra Evelyn e i genitori committenti, a questi ultimi veniva comunque riconosciuto un diritto di visita<sup>11</sup>.

Lo stesso percorso argomentativo totalmente fondato sul fatto concreto e sull'esigenza di far prevalere l'interesse del minore si ritrova anche nella giurisprudenza inglese. La prima decisione che rileva sotto questo profilo è quella resa nel caso *Re P*, in cui la madre gestante si era rifiutata di consegnare il nato ai genitori committenti e, in violazione del contratto di maternità surrogata con essi stipulato, intendeva ottenere l'affidamento esclusivo del figlio da lei partorito. A sostegno della propria scelta di trascurare gli accordi intercorsi tra le parti e, quindi, di accogliere la richiesta della madre surrogata, la Court of Appeal ha affermato che: «in this and in any other wardship dispute, the welfare of the children, or child, concerned is the first and the paramount consideration which the court must, by statute, take into account and this is what I do»<sup>12</sup>.

Questa posizione è stata portata avanti con costanza fino ai giorni nostri. Ne è la prova un caso piuttosto recente, avente ad oggetto un accordo di maternità surrogata di tipo gestazionale concluso tra una coppia gay (A e B), desiderosa di avere un figlio, e una donna (X), inizialmente disposta a condurre una gravidanza a termine per conto dei committenti e a consegnare loro il bambino che avrebbe partorito<sup>13</sup>. Le parti erano venute a conoscenza l'una delle altre grazie a una pagina Facebook, gestita da W, destinata – appunto – a facilitare l'incontro di genitori committenti e potenziali madri surrogate. In occasione di un breve incontro avvenuto di persona presso una stazione di servizio, A, B e X avevano firmato un modulo scaricato dal web con i quali la coppia si impegnava a effettuare un pagamento pari a 9,000 sterline a titolo di rimborso spese.

L'impianto degli embrioni – frutto dello sperma di A e degli ovociti di una donatrice anonima – nell'utero di X era avvenuto in una clinica di Cipro, cui la coppia gay si era precedentemente rivolta per la creazione e

<sup>11</sup> Per un approfondimento sul contenuto e sulle implicazioni di questa decisione nell'ordinamento australiano, si rinvia a M. Otlowski, *Re Evelyn. Reflections on Australia's First Litigated Surrogacy Case*, in «Medical Law Review», 7, 1999, pp. 38-57.

<sup>12</sup> *Re P (Minors) (Wardship Surrogacy)*, High Court of Justice, decisione del 12 marzo 1987.

<sup>13</sup> *Re Z (Surrogacy Agreements: Child Arrangement Orders)*, High Court of Justice, decisione del 30 giugno 2016. Il testo è disponibile online: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWFC/Hcj/2016/34.html>.

la conservazione degli stessi embrioni. A pochi mesi di gravidanza (gemellare), tuttavia, X aveva iniziato ad avere dei dubbi sulla continuazione dell'accordo, in particolare sulla sua intenzione di rinunciare ai bambini che portava in grembo. In seguito all'aborto spontaneo di uno dei due feti, la donna – con l'appoggio di W – aveva mentito sulle condizioni di salute del secondo feto. I committenti – convinti che l'aborto spontaneo avesse riguardato entrambi i feti – venivano a conoscenza dell'imminente nascita di Z poco prima dell'evento e, vista l'impossibilità di raggiungere un accordo con la donna, si rivolgevano al giudice per ottenere una dichiarazione prenatale di genitorialità e, alla nascita, l'affidamento di Z.

Prima di addentrarci nel merito della decisione, è importante ribadire che, nel Regno Unito, la maternità surrogata è lecita a condizione che persegua fini altruistici. I contratti di maternità surrogata non sono, tuttavia, sottoponibili a esecuzione in forma specifica e, per legge, i genitori del nato sono la madre surrogata e, se coniugata, il di lei marito. Come anticipato sopra, infatti, l'attribuzione della genitorialità a favore dei committenti può avvenire solo in seguito alla nascita, mediante *parental order* e una delle condizioni previste dallo HFEA per il rilascio di questo provvedimento è il consenso libero e incondizionato della partoriente.

Nel caso in esame, è ovvio, il suddetto requisito non era soddisfatto<sup>14</sup>. A giudizio della High Court, quindi, l'unico criterio sulla base del quale il giudice era chiamato a determinare il caso concreto era il benessere di Z, e questa valutazione motivava l'affidamento del minore a favore di X<sup>15</sup>. Sebbene entrambe le famiglie fossero in grado di soddisfare i bisogni fisici di Z, la High Court (Justice Russell) ha, infatti, stabilito che la soluzione più adeguata a garantire i *best interests* del minore fosse per lui di rimanere con la partoriente, con la quale aveva sviluppato un forte attaccamento<sup>16</sup>. Oltre al loro solido legame affettivo, X si trovava in una posizione migliore – rispetto ai ricorrenti – per rispondere alle esigenze emotive di Z, in quanto dotata di un istinto che le permetteva di avvertire prontamente i suoi bisogni e di consolarlo<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> *Ibidem*, § 84.

<sup>15</sup> *Ibidem*, § 85.

<sup>16</sup> *Ibidem*, § 110.

<sup>17</sup> *Ibidem*. Nel suo ragionamento, la High Court ha inoltre espresso un giudizio critico sulle circostanze concrete in cui l'accordo era stato concluso. La madre surrogata si trovava in una posizione di estrema vulnerabilità: era, infatti, una giovane donna appena ventenne, sposata e madre di un bambino di sei anni, con difficoltà di apprendimento tali da creare dubbi sulla sua capacità di comprendere i termini del contratto, e limitate risorse finanziarie. Le parti si erano incontrate soltanto in due occasioni: alla stazione di servizio per firmare l'accordo e nella clinica cipriota, dove – secondo quanto riportato dal giudice – la donna non era stata resa partecipe delle conversazioni con il personale medico, si era quindi sentita isolata, senza alcuna possibilità di contatto con la famiglia in quanto non aveva credito sul cellulare. Il viaggio a Cipro – sulla base della ricostruzione offerta dalla High Court – aveva

Al di là delle abilità di X, la reale differenza tra le due sistemazioni familiari – i ricorrenti, da un lato, X e suo marito, dall'altro – discendeva dalla condotta tenuta da A, B e X prima della nascita, condotta che – seppure passata – lasciava presagire come le stesse parti si sarebbero comportate in futuro *vis-à-vis* la crescita del minore e il potenziale ruolo svolto dell'altra parte nella vita di quest'ultimo<sup>18</sup>. Secondo la ricostruzione della Corte, mentre X e suo marito avevano accettato la realtà che Z avesse due famiglie e quattro genitori, dal comportamento di A e B, al contrario, emergeva la loro incapacità di comprendere la rilevanza del legame che Z aveva sviluppato con sua madre e, quindi, l'importanza di promuoverne la continuità<sup>19</sup>.

La High Court (e, in seguito, la Corte d'Appello che ha confermato la decisione di primo grado)<sup>20</sup> ha dunque concluso che X e suo marito offrissero un ambiente migliore per la crescita e lo sviluppo di Z, anche per la loro dimostrata capacità di assumere un atteggiamento cooperativo nei confronti dei ricorrenti e, quindi, di consentire a Z di instaurare un rapporto positivo con A e B, così da poter sviluppare un senso più ampio della sua identità<sup>21</sup>. Neppure la presenza di un legame genetico tra Z e gli altri due figli dei ricorrenti – nati da una madre surrogata diversa, ma aventi lo stesso patrimonio genetico di Z – poteva, quindi, giustificare l'allontanamento di Z da quella che è una «warm, happy and loving home» e il grave pregiudizio che una simile misura gli avrebbe necessariamente arrecato<sup>22</sup>.

Sempre tenendo conto dell'interesse superiore del minore, la Corte ha infine ritenuto opportuno attribuire la responsabilità genitoriale – oltre a X che, in quanto partoriente e quindi madre legale, ne era automaticamente provvista – anche a suo marito P, con il quale Z aveva vissuto sin dai suoi primi giorni di vita<sup>23</sup>. Oltre ad apportare vantaggi sul lato pratico, assegnare rilevanza giuridica al ruolo di genitore sociale svolto da P era – a giudizio della Corte – importante per lo sviluppo emotivo, presente e futuro, di Z. Pur formalizzando la funzione genitoriale di P, A – in quanto padre genetico – manteneva la sua responsabilità genitoriale e ad entrambi i committenti veniva conferito un diritto di visita.

quindi avuto un impatto negativo significativo sulla donna: si sentiva a disagio e «usata» dai committenti ma esitava a esprimere i propri sentimenti per timore di turbare e contrariare la coppia. A e B, dal canto loro, non avevano dimostrato alcuna empatia nei confronti di X: il linguaggio da loro utilizzato rifletteva una logica mercantile e il loro atteggiamento era, a dir poco, approfittatore (§ 55).

<sup>18</sup> *Re Z (Surrogacy Agreements: Child Arrangement Orders)*, cit., § 29.

<sup>19</sup> *Ibidem*, §§ 107-109.

<sup>20</sup> *Re M (Child)*, Court of Appeal, decisione del 6 aprile 2017. Il testo è disponibile online: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/228.html>.

<sup>21</sup> *Re Z (Surrogacy Agreements: Child Arrangement Orders)*, cit., § 117.

<sup>22</sup> *Ibidem*, § 114.

<sup>23</sup> *Ibidem*, § 127.

La stessa logica dei *best interests of the child* ha informato il ragionamento della High Court, chiamata a dirimere una controversia «anomala» in cui la madre surrogata (E) e il suo partner – dopo aver consegnato i nati alla coppia committente – si erano opposti al rilascio di un *parental order* non perché intenzionati a svolgere un ruolo attivo nella vita dei gemelli – A e B, geneticamente legati ai committenti – ma perché, secondo E, la coppia committente non aveva dimostrato alcun interesse nei suoi confronti, specialmente quando – durante la gravidanza – aveva avuto problemi di salute<sup>24</sup>.

Pur rinviando il giudizio (nella speranza che, col passare del tempo, E riuscisse a vedere la situazione dal punto di vista dei minori), la High Court ha posto l'enfasi sulla situazione di *legal limbo* in cui versavano i minori per effetto del mancato consenso e sull'evidente incompatibilità di questa condizione con il benessere di questi ultimi: in virtù dell'applicazione delle regole tradizionali in materia di filiazione (dovuta all'impossibilità di applicare le norme in materia di PMA), infatti, A e B continuavano a vivere con i committenti, loro genitori biologici e sociali, ma non legali, mentre la madre surrogata e suo marito, i quali non hanno alcun legame genetico coi gemelli e, cosa ancora più importante, non intendono svolgere il ruolo genitoriale, erano considerati loro genitori agli occhi della legge. Neppure l'adozione si poneva come rimedio utile in quanto i minori erano figli biologici dei committenti<sup>25</sup>. Il rilascio di *parental orders* a favore della coppia committente costituiva quindi – a giudizio della Corte – l'unica soluzione capace di riflettere in maniera accurata la loro identità di figli nati da maternità surrogata<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> High Court of Justice, decisione del 25 ottobre 2016. Il testo è disponibile online: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed167456>. Un caso simile si è verificato in Australia, in particolare nello Stato del Queensland. In questo caso, le tensioni tra la madre surrogata e i genitori committenti erano sorte per motivi prevalentemente finanziari. La Family Court chiamata a decidere sull'affidamento del nato ha stabilito che fosse nell'interesse superiore del minore restare con la coppia committente, escludendo qualsiasi partecipazione della madre surrogata nella vita del bambino e fondando la sua motivazione sull'inaffidabilità della donna, la quale – spinta dal desiderio di punire i committenti per un presunto ritardo nei pagamenti – si era mostrata incostante e ostile. Sulla vicenda, si rinvia a M. Yarwood, *Australian Surrogate Banned from Child's Life after Bitter Legal Feud*, in «BioNews», 923, 23 ottobre 2017, [http://www.bionews.org.uk/page.asp?obj\\_id=900013&PPID=900903&sid=782](http://www.bionews.org.uk/page.asp?obj_id=900013&PPID=900903&sid=782).

<sup>25</sup> *Re AB (Surrogacy Consent)*, cit., § 29.

<sup>26</sup> *Ibidem*, § 30. Come sostenuto da Natalie Gamble (avvocata britannica nota nel campo della bioetica), questo caso costituisce la conferma dell'inadeguatezza dell'attuale legislazione a proteggere i minori nati da questa tecnica. Sebbene nella maggior parte dei casi le parti si attengono a quanto inizialmente concordato, la legge non conferisce ai giudici sufficiente flessibilità quando le cose vanno diversamente da come previsto e, di conseguenza, il benessere dei minori è messo a repentaglio. Al momento, infatti, i giudici non dispongono di alcun mezzo per superare l'eventuale veto della donna, indipendentemente dalle circostanze e dall'interesse superiore del minore. Il sistema attuale, spiega Gamble, oltre a non garantire la tutela degli interessi dei committenti e dei bambini nati da questa pratica, non consente di tutelare neanche la posizione della stessa madre surrogata qualora siano i committenti a non

Lo stesso approccio interpretativo ha guidato anche la risoluzione di controversie sorte – tra madre gestante e coppia committente – in seguito ad accordi informali, che – essendo conclusi al di fuori degli schemi previsti dalla legge – sono spesso fonte di incomprensioni e possono facilmente sgretolarsi, riponendo la responsabilità di determinare la questione dell'affidamento del minore coinvolto in capo ai giudici<sup>27</sup>. Ne è prova un caso britannico – noto come *H c. S (Surrogacy Agreement)*<sup>28</sup> – in cui una donna (S), dopo aver realizzato un'auto-inseminazione utilizzando lo sperma di un membro della coppia committente (H), aveva dato alla luce M, sul cui destino, appunto, le parti erano in disaccordo. Secondo H e B, coppia gay committente, l'accordo concluso con S prevedeva che la donna avrebbe continuato a giocare un certo ruolo («to play a role»)<sup>29</sup> nella vita del bambino, ma H e B sarebbero stati i suoi soli genitori. S, al contrario, negava il suo consenso al rilascio di un *parental order* affermando di non aver mai accettato di agire da madre surrogata; in particolare, secondo la sua ricostruzione dei fatti, B era stato escluso dal progetto genitoriale, H aveva agito in qualità di donatore di sperma e lei stessa avrebbe invece assunto il ruolo di genitrice principale e *main caretaker* nei confronti di M.

Ancora una volta, essendo le norme dello HFEA inapplicabili per effetto del mancato consenso della donna<sup>30</sup>, la High Court ha rimesso la determinazione circa l'affidamento di M al solo principio dei *best interests of the child*. E, a fronte della domanda «in which home is he most likely to mature into a happy and balanced adult and to achieve his fullest potential as a human?»<sup>31</sup>, la condotta di S – in qualità di madre ma, soprattutto, di parte

attenersi all'accordo, rifiutandosi di rimborsare le spese sostenute dalla gestante o addirittura di assumere la responsabilità genitoriale nei confronti del nato. Sul punto, si veda *UK Surrogate Vetoes Legal Parenthood for Biological Parents Despite Having no Wish to Be Involved in Children's Lives*, in «Natalie Gamble Associates Blog», 30 ottobre 2016, <http://www.natalie-gambleassociates.co.uk/blog/2016/10/30/uk-surrogate-vetoes-legal-parenthood-for-biological-parents-even-though-she-has-no-wish-to-be-involved-in-the-lives-of-the-twins-she-carried/>.

<sup>27</sup> Oltre al caso *H c. S* (analizzato nelle prossime righe), altre vicende britanniche di surrogazione fai-da-te includono *CW c. NT and Another*, High Court of Justice, decisione del 21 gennaio 2011, online: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed79071>; *J.P. c. L.P. and Others*, High Court of Justice, decisione del 5 marzo 2014, online: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed128259>; e, infine, *X (A Child) No 1 and No 2*, High Court of Justice, decisioni dell'8 e 11 novembre 2016. In quest'ultimo caso, il giudice ha rifiutato la richiesta di affidamento del nato presentata dalla madre surrogata (che è anche la madre genetica), alla quale è stato tuttavia riconosciuto un diritto di visita. Per un riassunto della vicenda e i link ai testi delle due pronunce, si rinvia a A. Blackburn-Starza, *Surrogate Awarded Supervised Contact with Child*, in «BioNews», 879, 28 novembre 2016, [http://www.bionews.org.uk/page\\_745305.asp](http://www.bionews.org.uk/page_745305.asp).

<sup>28</sup> High Court of Justice, decisione del 30 aprile 2015. Il testo è disponibile online: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed144664>.

<sup>29</sup> *Ibidem*, § 1.

<sup>30</sup> *Ibidem*, § 3.

<sup>31</sup> *Ibidem*, § 7.



nel processo – ha assunto un peso decisivo. In particolare, il fatto che la donna avesse tentato in ogni modo di screditare H e B usando un linguaggio omofobico e offensivo, avesse «usato» il bisogno della minore di essere allattata al solo fine di ostacolare lo svolgimento del procedimento, e avesse costantemente cercato di ridurre al minimo il contatto tra H e sua figlia costituivano – a giudizio della High Court – importanti motivi di preoccupazione<sup>32</sup>.

Al contrario, H aveva dimostrato empatia e comprensione nei confronti di S, senza mai suggerire che dovesse essere esclusa dalla vita di M, anzi facendo uno sforzo speciale per garantirle un ruolo nella sua crescita. Pur considerando che M aveva trascorso maggior parte della sua vita con S e che quindi, se allontanata, ne avrebbe sofferto la mancanza, la High Court ha quindi concluso che H – e non S – fosse il genitore più capace di soddisfare i bisogni attuali e futuri della bambina<sup>33</sup>.

Nelle pronunce esaminate, la natura dell'accordo – e, quindi, la sua eventuale eseguibilità – non è presa in considerazione, neppure in maniera marginale. La decisione circa l'affidamento del minore nato a seguito di un contratto di maternità surrogata è fondata esclusivamente sull'esigenza di garantire piena attuazione agli interessi del minore stesso. La High Court in *H c. S* lo riconosce espressamente: «it is not the function of this court to decide on the nature of the agreement between H, B and S and then either enforce it or put it in place. It is the function of this court to decide what best serves the interests and welfare of this child throughout his childhood»<sup>34</sup>.

Animato da uno spirito pragmatico, questo filone giurisprudenziale muove quindi dalla premessa che la realtà di una genitorialità diversa dagli schemi tradizionali non possa essere disconosciuta e che, pertanto, sia preferibile garantire a tutti coloro che hanno contribuito al processo procreativo di svolgere un qualche ruolo nella vita del minore, spesso mediante il riconoscimento di un diritto di visita<sup>35</sup>. Non stupisce quindi che, ai fini dell'affidamento, la scelta tenda a ricadere sulla persona/coppia che si è mostrata maggiormente consapevole dell'importanza per il minore di crescere in un contesto che rifletta la realtà del suo concepimento e che, quindi, tenga conto e riconosca, per quanto possibile, la pluralità di parti e le intricate dinamiche procreative senza le quali lo stesso minore non sarebbe mai venuto al mondo; in termini più concreti, sulla persona/coppia che si è mostrata meno ostile nei confronti dell'altra parte e, quindi, maggiormente disposta a consentire che il minore sviluppi relazioni positive con le altre figure genitoriali.

<sup>32</sup> *Ibidem*, §§ 93-94.

<sup>33</sup> *Ibidem*, §§ 116-117.

<sup>34</sup> *Ibidem*, § 125.

<sup>35</sup> I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 164.



### 3. La rilevanza della (in)validità del contratto

Benché – come anticipato – quella appena descritta rappresenti la traiettoria giurisprudenziale più diffusa, non mancano decisioni in cui la questione della validità del contratto ha invece influenzato gli altri due aspetti: l'affidamento e la determinazione dello *status filiationis*. Tra le più significative, spicca quella resa dalla Corte Suprema californiana nel caso *Johnson c. Calvert*<sup>36</sup>. Questa pronuncia ha avuto risonanza globale in quanto rappresenta il primo caso in cui una Corte Suprema statale ha dichiarato un contratto di maternità surrogata suscettibile di esecuzione in forma specifica contro la volontà della madre surrogata<sup>37</sup>. A differenza del caso *Baby M*, in cui la madre surrogata aveva anche fornito l'ovulo, Christopher era stato procreato con i gameti dei genitori committenti, i coniugi Calvert<sup>38</sup>.

Durante la gravidanza, il rapporto tra la signora Calvert e la madre surrogata, la signora Johnson, era andato deteriorandosi; nonostante lo stato di tensione, la signora Johnson aveva consegnato il piccolo Christopher alla coppia committente chiedendo però di trascorrere con lui tre ore al giorno. *Vis-à-vis* il rifiuto dei Calvert, la donna aveva intrapreso un'azione volta ad accertare l'invalidità del contratto e ad ottenere l'affidamento del minore. La Corte Suprema della California era quindi chiamata a risolvere una triplice

<sup>36</sup> *Johnson c. Calvert*, Supreme Court of California, decisione del 20 maggio 1993. Il testo è disponibile online: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html>. Nel caso *Re Marriage Buzzanca* (Californian Court of Appeal, 1998), il precedente in *Calvert* è stato esteso alla situazione in cui non esistono legami genetici tra i committenti e il nato; il giudice ha quindi stabilito che l'intenzione è sufficiente a riconoscere i committenti come genitori legali, anche in mancanza di legami genetici. Da ultimo, l'orientamento inaugurato in *Calvert* ha trovato applicazione nel caso *Re Baby S* (Corte Superiore della Pennsylvania, in data 23 novembre 2015), divenuto mediatico in quanto la ricorrente – Sherri Shepherd – è una nota attrice televisiva negli USA. I genitori committenti si erano separati poco prima che la madre surrogata desse alla luce Baby S e la madre committente (Sherri Shepherd) si era rifiutata di firmare un provvedimento (pre-natale) che le attribuiva la maternità legale del futuro nato. A sua difesa, Sherri Shepherd sosteneva che, fino a quel momento, la legislazione della Pennsylvania non aveva considerato i contratti di maternità surrogata suscettibili di esecuzione in forma specifica e pertanto il suo accordo concluso con la madre surrogata doveva essere considerato nullo per contrarietà all'ordine pubblico. La Corte Superiore ha rigettato entrambe le argomentazioni avanzate dalla donna e ha confermato lo status di madre legale in capo alla ricorrente osservando che: «The child would not have been born but for Appellant's actions and express agreement to be the child's legal mother» (p. 17). Per un breve resoconto della vicenda, si veda, C. McDonagh, *US Tv Star Must Remain Legal Parent to Child Born via Surrogacy*, in «BioNews», 830, 30 novembre 2015. Testo decisione disponibile online: [http://www.bionews.org.uk/page\\_591283.asp](http://www.bionews.org.uk/page_591283.asp).

<sup>37</sup> D. Morgan, *A Surrogacy Issue: Who is the Other Mother?*, in «International Journal of Law, Policy and the Family», 8, 1994, p. 393.

<sup>38</sup> Le ovaie della signora Calvert, infatti, benché la donna non potesse più concepire a seguito dell'asportazione chirurgica dell'utero, erano integre e funzionanti e, pertanto, era stato possibile prelevare un ovulo e fecondarlo *in vitro* con lo sperma del marito.

problematica: la determinazione della maternità nello scenario in cui ci sono due potenziali figure materne (la madre genetica e la madre gestante/biologica); la natura del contratto di maternità surrogata; e gli eventuali diritti spettanti a colei che ha partorito<sup>39</sup>.

In relazione al primo aspetto, la Corte ha rilevato che, sebbene la legge californiana riconoscesse sia il parto che il legame genetico come mezzi per determinare la maternità, la stessa legge prevedesse che lo status materno potesse essere attribuito a una sola donna<sup>40</sup>. Spettava, pertanto, al giudice stabilire per via interpretativa chi – tra colei che aveva portato a termine la gravidanza e partorito e colei che aveva fornito il materiale genetico – dovesse essere considerata «madre» agli occhi della legge.

La scelta è infine ricaduta sulla signora Calvert, in virtù non del suo legame genetico col nato (almeno esplicitamente), bensì del suo progetto di genitorialità che era alla base dell'accordo di maternità surrogata concluso con la signora Johnson. Utilizzando le parole della Corte, quando non è la stessa persona a provvedere a entrambe le funzioni materne – ovvero la fornitura di materiale genetico e la gestazione – «she who intended to procreate the child – that is, she who intended to bring about the birth of a child that she intended to raise as her own – is the natural mother under California law»<sup>41</sup>.

Secondo l'interpretazione della Corte, dunque, è la cosiddetta *intellectual conception*<sup>42</sup>, ovvero l'intento originario di procreazione dei Calvert, a essere decisiva per la successiva assegnazione della maternità. La coppia committente, ha argomentato la Corte, desiderava la nascita del minore e, a tal proposito, aveva preso tutte le misure necessarie per realizzare una FIVET; pertanto, senza il loro intento procreativo, il minore non sarebbe mai nato<sup>43</sup>. Anche se il ruolo gestazionale svolto dalla madre surrogata era stato indispensabile per dare alla luce il nato, è anche vero che la signora Johnson non avrebbe mai avuto l'opportunità di portare a termine la gravidanza e partorire se, prima del trasferimento dell'embrione nel suo utero, avesse manifestato l'intenzione di fare da madre al nato<sup>44</sup>.

La gravidanza e il parto, quindi, benché fondamentali, assumevano un valore esecutivo e quindi subordinato. Non c'era quindi motivo – a giudizio della Corte – per sostenere che il successivo cambiamento di idea della madre surrogata avrebbe dovuto influire sulla determinazione della maternità a

<sup>39</sup> G. Ponzanelli, *California e «vecchia» Europa: il caso del contratto di maternità surrogata*, in «Foro Italiano», 1989, p. 338.

<sup>40</sup> *Johnson c. Calvert*, cit., § 1b.

<sup>41</sup> *Ibidem*, § 1c.

<sup>42</sup> E.S. Sills e C.M. Healy, *Building Irish Families through Surrogacy: Medical and Judicial Issues for the Advanced Reproductive Technologies*, in «Reproductive Health», 2008, p. 5.

<sup>43</sup> *Johnson c. Calvert*, cit., § 1c.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

favore della madre committente<sup>45</sup>. A sostegno del criterio volontaristico, la Corte ha inoltre evidenziato la sua (presunta) compatibilità con l'esigenza di attuare i *best interests of the child*: in particolare, secondo quanto riportato in dottrina, è altamente improbabile che gli interessi del minore siano contrari a quelli degli adulti che hanno scelto di metterli al mondo<sup>46</sup>.

Per quanto riguarda la seconda questione, la Corte ha stabilito che il contratto di maternità surrogata non fosse contrario all'ordine pubblico, né comportasse una preventiva e illecita rinuncia della madre gestazionale ai propri diritti genitoriali. In particolare, i giudici hanno ritenuto che l'accordo concluso tra i Calvert e la signora Johnson non si ponesse in contrasto con il divieto – stabilito dal codice penale californiano – di pagamento per l'adozione di minori, in quanto il pagamento effettuato dai Calvert era volto a compensare la madre surrogata per i servizi dalla stessa resi nella gestazione del feto e non rappresentava quindi il corrispettivo per la rinuncia ai propri diritti genitoriali (peraltro ritenuti dalla Corte non sussistenti).

In relazione ai diritti spettanti alla madre surrogata, infine, la Corte ha ritenuto che la donna che spontaneamente conclude un contratto di maternità surrogata non sta esercitando il suo diritto alla libertà procreativa; sta semplicemente accettando di fornire un servizio necessario e fondamentale, «senza maturare alcuna aspettativa relativa alla possibilità di crescere il futuro figlio come proprio»<sup>47</sup>. Alla signora Johnson, pertanto, non veniva riconosciuto alcun diritto di visita.

Tornando per un attimo al caso *Baby M*, entrambe le decisioni nordamericane hanno stabilito che il minore nato in seguito a un accordo di maternità surrogata dovesse essere affidato ai committenti, trascurando quindi il fatto che la donna gestante avesse cambiato idea circa il suo ruolo nella vita del nato, ma attraverso un differente itinerario giuridico. In *Baby M*, è stato l'interesse superiore di Melissa a determinare l'esito del caso: la ricerca della sistemazione familiare che fosse più soddisfacente degli interessi della minore ha assunto una rilevanza centrale<sup>48</sup>. La Corte Suprema californiana ha, invece, scelto di seguire il modello «private ordering», ovvero della non ingerenza dello Stato nelle materie più prettamente privatistiche<sup>49</sup>.

Nella pronuncia *Johnson c. Calvert*, infatti, oltre ad attribuire importanza decisiva alle intenzioni espresse dalle parti al momento della conclusione del contratto, la maggioranza si è esplicitamente opposta all'ipotesi – sostenuta

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*. La Corte, in particolare, fa riferimento a M. Shultz, *Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality*, in «Wisconsin Law Review», 1990, p. 397.

<sup>47</sup> *Johnson c. Calvert*, cit., § 4.

<sup>48</sup> Clarizia, *Inseminazione artificiale, contratto di sostituzione di maternità, interesse del minore*, cit., p. 298.

<sup>49</sup> Miranda, *Diritti dei genitori ed interessi del minore nel caso In Re Baby M*, cit., p. 1557.

dal giudice dissenziente – di erigere il criterio dei *best interests of the child* a parametro-guida per individuare chi fosse la persona più adatta ad assumere la responsabilità sociale e giuridica del bambino, in quanto l'applicazione di questo test avrebbe legittimato l'interferenza statale in questioni che attengono alla sfera privata degli adulti coinvolti<sup>50</sup>. Si può, infine, presumere che la scelta del giudice californiano di adottare il criterio volontaristico, specialmente quando la tensione vede una donna single contrapposta a una coppia eterosessuale unita in matrimonio, derivi anche dalla volontà della stessa corte di creare dei rapporti familiari il più possibile conformi all'immagine della famiglia tradizionale fondata sul matrimonio, che ha storicamente – e, a maggior ragione, negli anni Novanta – goduto di uno status privilegiato sul piano del diritto<sup>51</sup>.

#### 4. Osservazioni conclusive: logiche a confronto

In conclusione, *vis-à-vis* il sorgere di una tensione tra la madre gestante e la coppia committente, si possono individuare due orientamenti giurisprudenziali contrapposti che rimettono la soluzione del conflitto a due criteri differenti: i *best interests* del minore coinvolto e le intenzioni espresse dalle parti al momento della conclusione del contratto. Si tratta di due impostazioni che, benché opposte dal punto di vista metodologico, non conducono a conclusioni necessariamente antitetiche.

L'approccio impiegato in *Calvert*, da un lato, conduce a un esito predeterminato: l'attribuzione dello status genitoriale e l'affidamento del nato da maternità surrogata a favore dei committenti, in conformità alla volontà delle parti sottostante la stipula dell'accordo. Adottare l'interesse superiore del minore come principio ispiratore riflette, invece, un approccio empirico-induttivo che, grazie alla fluidità insita nel criterio dei *best interests*, può sfociare in determinazioni diametralmente opposte o, in ogni caso, lontane dalle previsioni contrattuali<sup>52</sup>. Mentre l'impostazione tipicamente californiana è quindi dominata da un alto grado di certezza, quella caratterizzante la giurisprudenza maggioritaria (le pronunce in *Baby M*, *Re Evelyn* e i casi inglesi sopra analizzati) si presenta, invece, all'insegna della mutabilità e dell'adattabilità alle circostanze del caso concreto.

Sarà quindi interessante constatare a quale orientamento – tra i due sopra prospettati – aderirà la Corte Suprema dello Iowa, attualmente chiamata a risolvere una lite sorta a seguito di un accordo di maternità surrogata a

<sup>50</sup> Morgan, *A Surrogacy Issue: Who is the Other Mother?*, cit., p. 386.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 393.

<sup>52</sup> G. Ponzanelli, *Ancora sul caso Baby M: l'illegittimità dei contratti di «sostituzione di maternità»*, in «Foro Italiano», 1988, p. 297.

titolo oneroso, in cui la madre surrogata, dopo aver dichiarato di non fidarsi più dei committenti, si era resa irreperibile<sup>53</sup>. Non appena venuti a conoscenza del parto (e delle complicazioni a esso collegate, inclusa la morte di uno dei nati), i coniugi committenti si erano attivati al fine di essere riconosciuti come genitori legali del nato e di ottenerne l'affidamento, in conformità a quanto pattuito. A fronte dell'accoglimento della loro richiesta da parte della Linn County District Court, la madre surrogata ha proposto appello, sostenendo la non eseguibilità del contratto di maternità surrogata e, quindi, affermando di essere la madre legale del nato in virtù del parto. Spetterà quindi alla Corte Suprema, in mancanza di un chiaro riferimento normativo in materia di maternità surrogata, stabilire se dirimere la controversia alla stregua delle intenzioni espresse dalle parti al momento della conclusione del contratto o, in via alternativa, alla luce dei *best interests* del minore coinvolto.

<sup>53</sup> Per un breve resoconto del caso pendente di fronte alla Corte Suprema dello Iowa, si rinvia a J. Jindrich, *Parents Explain «Heartbreaking» Surrogacy Case, Headed to the Supreme Court*, WQAD NEWS 8, 23 giugno 2017, <http://wqad.com/2017/06/22/parents-speak-out-about-landmark-surrogacy-case-headed-to-iowa-supreme-court/>.

# Conclusioni

## 1. *L'inevitabile supplenza giurisprudenziale*

La giurisprudenza analizzata in questo volume mette in evidenza che l'irrefrenabile desiderio di diventare genitori e, quindi, l'iniziativa privata in campo procreativo è difficilmente contenibile, in quanto lo sviluppo della scienza medica e, soprattutto, il mercato dei servizi procreativi esistente in alcuni paesi, sono oramai in grado di far fronte alle esigenze più varie, provenienti non solo da aspiranti famiglie «tradizionali» – ovvero coppie eterosessuali unite in matrimonio – ma anche da persone single o coppie omosessuali. Le vicende esaminate nei capitoli precedenti sono, inoltre, la prova di come il diffondersi delle tecniche di PMA – una volta impensabili – abbia ricadute importanti sul concetto stesso di genitorialità, esigendone un ripensamento critico che venga a patti con la fine della sua unitarietà e quindi con i vari modi in cui questo può essere scomposto<sup>1</sup>. La realtà concreta ci mostra infatti che, in relazione a uno stesso evento procreativo, è ormai possibile individuare più figure genitoriali, sia sul versante paterno sia su quello materno.

Nonostante la piena consapevolezza della fattibilità di nuovi percorsi procreativi che comportano il superamento del paradigma naturalistico (e, quindi, eterosessuale) su cui si è tradizionalmente fondato il sistema del diritto della filiazione, alcuni legislatori hanno preferito non avventurarsi in tortuosi processi di rielaborazione delle nozioni di famiglia e genitorialità, coscienti soprattutto dei risvolti valoriali, etici e culturali delle loro eventuali posizioni e talvolta timorosi delle potenziali derive di una genitorialità ad ogni costo. Senza andare troppo lontano (nel tempo e nello spazio), il faticoso iter che ha condotto all'approvazione della legge 20 maggio 2016, n. 76 e il contenuto del testo attualmente vigente costituiscono l'ennesima

<sup>1</sup> M.G. Cabitza, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, in «Rivista di BioDiritto», 2014, n. 2, p. 198.

dimostrazione della mancanza di volontà da parte del legislatore italiano di fornire una risposta chiara e precisa alle istanze di tutela e riconoscimento inevitabilmente emergenti dal ricorso a tecniche di PMA e, più in generale, dalla disponibilità, in tempi moderni, di nuove modalità di costituzione di una famiglia che prescindono dalla presenza di un partner di sesso opposto.

Lo stesso scarto tra realtà e diritto scritto è visibile in materia di maternità surrogata: infatti, anche se il diritto scritto (legge n. 40/2004) sembra aver risolto la questione della validità dei contratti di maternità surrogata dichiarandoli *a priori* illeciti, la questione della determinazione dello *status filiationis* dei bambini che sono comunque stati generati (generalmente all'estero, nel quadro di legislazioni più permissive) ricorrendo a questa pratica rimane aperta, come appare dalle numerose richieste di trascrizione di atti di nascita stranieri. In maniera analoga, nonostante i stringenti requisiti soggettivi previsti a monte dalla legge n. 40/2004, la giurisprudenza a valle continua a confrontarsi con l'esigenza di conferire riconoscimento agli status e alle situazioni personali di bambini nati da esperienze procreative non consentite dal diritto interno e dei loro genitori intenzionali e, talvolta, anche di fatto<sup>2</sup>.

*Vis-à-vis* le sempre più numerose modalità di instaurazione del rapporto di filiazione, il giurista è quindi sempre più chiamato a svolgere un «ruolo ordinante»<sup>3</sup> rispetto alla complessità della fenomenologia, dando una giusta collocazione alle situazioni concrete che si possono verificare nella realtà sociale della PMA. Più nello specifico, se sul piano pratico eventuali lacune normative sono colmate dall'iniziativa privata, sul piano giuridico, questo difficile compito incombe sul giudice che, pur avendo di fronte una fattispecie non contemplata o vietata dall'ordinamento, non può sfuggire alla sua responsabilità di determinare il caso concreto, regolando quindi le relazioni umane che si sono comunque create e chiarendo lo status familiare del bambino che comunque è nato.

Ed è proprio ciò che è avvenuto e continua ad avvenire nel nostro ordinamento, soprattutto in relazione al fenomeno dell'omogenitorialità: a fronte di una legge che ha concepito l'unione civile come una relazione tra partner per i quali non è possibile dare vita a rapporti di filiazione, il compito di garantire l'effettivo rispetto dei diritti del minore alla stabilità e certezza del suo legame con quella persona che, assieme al suo genitore biologico o gestazionale, svolge di fatto il ruolo genitoriale è spettato – ancora una volta – alla giurisprudenza.

In conclusione, quindi, l'inevitabilità della supplenza giurisprudenziale

<sup>2</sup> B. Pezzini, *Introduzione*, in «Genius», 2017, n. 2, p. 8.

<sup>3</sup> M. Bianca, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», 2015, n. 1, p. 193.



nel contesto delle «nuove famiglie» è imputabile non solo al ritardo o all'inerzia del legislatore, ma anche alle particolarità dell'eventuale tecnica legislativa utilizzata. Infatti, anche qualora esistano disposizioni in materia, molto spesso, l'inflessibilità e l'ossessione per i dettagli che, oltre ad accompagnarsi all'assenza o scarsità di clausole generali, tendono a contraddistinguere il metodo di intervento scelto dal legislatore interno finiscono per porsi in contrasto con la fluidità e la natura multiforme della realtà sociale, producendo gap di tutela a cui soltanto il diritto giurisprudenziale, dotato di caratteristiche di forma e contenuto molto diverse, può porre rimedio<sup>4</sup>.

## 2. *Il pragmatismo prevale*

Maturata la consapevolezza che – in conseguenza del turismo procreativo, ma anche della possibilità (offerta dalla scienza) per aspiranti genitori di soddisfare le proprie ambizioni procreative nel proprio paese, pur non avendone i requisiti – le limitazioni legali sono diventate inefficaci o addirittura contro-produttive e, quindi, confrontati da una realtà sociale che si impone a tutta forza sul dettato o sul silenzio normativo, l'atteggiamento delle corti nazionali si è contraddistinto per un crescente pragmatismo. Nella prassi giudiziaria, *framework* restrittivi e proibizionistici stanno, infatti, gradualmente lasciando il posto a un approccio *laissez-faire*. Questo nuovo modo di essere prende atto, innanzitutto, dell'esistenza e della diffusione di una vasta gamma di tecniche procreative e, più nello specifico, del fatto che si è concretamente prodotto a seguito del ricorso alla PMA, ovvero la nascita di un bambino.

Si possono individuare almeno tre elementi principali che hanno giocato un ruolo decisivo nello sviluppo e progressivo consolidamento del trend giurisprudenziale sopra descritto: il principio dei *best interests of the child*; la clausola dell'ordine pubblico; e, infine, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Benché strettamente connessi l'uno all'altro, a ciascuno di essi è dedicata qualche riflessione conclusiva nei paragrafi che seguono.

### 2.1. *Il principio dei «best interests of the child»*

Pur in presenza di alcune eccezioni, la giurisprudenza più recente riguardante la questione dello *status filiationis* o dell'affidamento del bambino nato da PMA, oltre a mostrarsi indifferente verso le tecniche di pro-

<sup>4</sup> V. Zagrebelsky, *Codificazione e diritti fondamentali della persona nel contesto europeo. La difficile convivenza*, in L. Vacca (a cura di), *Il codice civile ha 70 anni ma non li dimostra*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 15-24.

creazione cui si sia fatto ricorso, tende a fotografare la reale situazione del bambino coinvolto: la sua esperienza di vita maturata fino a quel momento e quindi il contesto familiare che lo ha accolto sin dai primi giorni di vita ma, allo stesso tempo, anche quello che potrà meglio soddisfare i suoi bisogni futuri<sup>5</sup>. Minimo comune denominatore di queste pronunce è quindi l'irrilevanza della natura della relazione orizzontale esistente tra i genitori: il focus principale è infatti riposto sulla posizione del figlio al fine di garantire il rispetto del suo interesse superiore<sup>6</sup>.

Oltre alla tendenza a circoscrivere la sfera di applicazione del limite dell'ordine pubblico internazionale quale eccezione al riconoscimento di relazioni giuridiche validamente costituite all'estero (cui si farà riferimento nel paragrafo successivo), questo nuovo approccio interpretativo si deve quindi principalmente all'attribuzione del ruolo di criterio guida per la risoluzione del caso concreto a favore del principio dei *best interests of the child*, prevalentemente inteso come interesse superiore del minore concretamente valutato nella singola vicenda<sup>7</sup>. Nella giurisprudenza esaminata, l'interesse del bambino tende a sostanzarsi nel possesso di una chiara appartenenza familiare, considerata decisiva per un sereno sviluppo della personalità<sup>8</sup>. Andando più nello specifico, sono essenzialmente due gli aspetti ritenuti meritevoli di tutela al fine di realizzare l'interesse superiore del minore: l'uno relativo alla preservazione della consolidata affettività e l'altro alla componente genetica dell'identità personale<sup>9</sup>.

Il primo parametro viene in particolare rilievo nelle decisioni a favore dell'adozione in casi particolari da parte del convivente omosessuale del genitore genetico, le quali attribuiscono valore primario alla conservazione dello *status quo*, ovvero della realtà familiare in cui il minore è nato e cresciuto fino a quel momento. Presupposto comune a queste pronunce è quindi la consapevolezza che il concetto di filiazione non si riferisce (più) esclusivamente a un legame di natura genetica, ma assume una dimensione giuridico-relazionale in virtù della quale anche un rapporto genitoriale fondato sull'affettività è considerato meritevole di riconoscimento e tutela<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Si tratta, infatti, di una scelta che, benché tenga in considerazione gli eventi passati, è proiettata verso il futuro. Si veda L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in «Rivista di Diritto Civile», 62, 2016, n. 1, p. 88.

<sup>6</sup> A. Nocco, *Il diritto a essere figlio di due mamme: come la Cedu aiuta i giudici a (in)seguire le trasformazioni della famiglia*, in «Minorigiustizia», 2015, n. 2, p. 133.

<sup>7</sup> R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in «Diritti Umani e Diritto Internazionale», 10, 2016, n. 2, p. 311.

<sup>8</sup> D. Rosani, *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino. Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in «Rivista di BioDiritto», 2017, n. 1, p. 116.

<sup>9</sup> S. Stefanelli, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in «Famiglia e Diritto», 2017, n. 1, p. 92.

<sup>10</sup> G. Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a fa-*

Nella giurisprudenza riguardante il riconoscimento di atti stranieri soprattutto a seguito di maternità surrogata all'estero, oltre all'esigenza di evitare relazioni giuridiche claudicanti, considerate «the ultimate shame of private international law»<sup>11</sup>, entra in gioco anche il (secondo) parametro dell'identità personale. In simili circostanze, infatti, la preminenza dell'interesse superiore del minore implica – tendenzialmente – l'ordine di trascrivere l'atto straniero al fine di garantire la continuità dello status familiare acquisito all'estero, almeno nei confronti del genitore genetico (a condizione che questi intenda assumersi la responsabilità genitoriale) alla luce della (proclamata) speciale rilevanza che l'ascendenza genetica assume ai fini della formazione dell'identità personale del bambino.

Come affermato da Baratta, quindi, la giurisprudenza nazionale in materia di maternità surrogata tende a svilupparsi e «si proietta lungo il filo conduttore unitario di tutela dei diritti del minore», che rappresenta il soggetto più vulnerabile della vicenda<sup>12</sup>. L'atteggiamento pragmatico sopra descritto finisce quindi per perseguire intenzioni protezionistiche a beneficio del bambino direttamente coinvolto nel procedimento. Grazie alla notevole apertura al dato volontaristico – ovvero all'intenzione e alla volontà di diventare genitori – verificatasi nella regolamentazione della filiazione dei diversi ordinamenti giuridici, la stessa logica protettiva finisce per apportare vantaggi, seppure con una tutela di grado inferiore, anche agli adulti – *in primis*, il genitore genetico – che intendono crescere il minore nato da PMA e assumere la responsabilità genitoriale nei suoi confronti.

I diritti del bambino, tuttavia, non sempre coincidono con quelli delle figure adulte coinvolte. La preminenza riservata all'interesse superiore del bambino interessato può quindi significare il sacrificio dei diritti fondamentali di altri partecipanti al processo procreativo. Nel caso di conflitto tra madre surrogata e genitori committenti, ad esempio, è evidente che la posizione di uno dei nuclei familiari è automaticamente marginalizzata e il loro desiderio di genitorialità – o, in termini giuridici, il diritto al rispetto della loro vita privata e familiare – risulta pregiudicato in maniera significativa. In maniera ancora più evidente e problematica, la giurisprudenza scaturente dall'impiego della maternità surrogata all'estero mette in luce il ricorrente scenario in cui i *best interests of the child* si pongono in conflitto con l'interesse statale di garantire il rispetto di una legge – per esempio, in materia di adozione – la cui *ratio* è, paradossalmente, la protezione dei minori intesi come categoria giuridica (*best interests of children*).

vore di una coppia same sex, in «La Nuova Giurisprudenza Civile e Commerciale», 2017, n. 3, p. 371.

<sup>11</sup> O. Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law*, in «Recueil des Cours», 143, 1974, p. 140.

<sup>12</sup> Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, cit., p. 327.

Pare pertanto comprensibile l'atteggiamento critico – assunto da parte della dottrina – che oltre a contestare la parzialità di questo approccio fondato esclusivamente sull'esigenza di tutelare l'interesse superiore del bambino, fa leva sulle sue ricadute più ampie, ovvero sulla vanificazione che ne deriva delle finalità generalpreventive perseguite dal dettato normativo. Allo stesso tempo, tuttavia, considerata l'assenza di riferimenti normativi chiari e adeguati a gestire la pratica in questione e, conseguentemente, la dinamicità caotica della realtà fenomenica da dirimere per via interpretativa, pare ragionevole individuare i *best interests of the child* come punto di riferimento in quanto fare altrimenti significherebbe accettare la possibilità che il minore sia «punito» per le scelte procreative fatte da altri e rese possibili dallo strapotere di una scienza medica che sembra esercitare un vero e proprio dominio in ambito riproduttivo<sup>13</sup>. Anche se implica un costo potenzialmente alto – ritenuto da alcuni, addirittura eccessivo – quindi, la costruzione, ad opera della giurisprudenza, di un «argine contro forzature paternalistiche»<sup>14</sup> – ovvero contro posizioni ideologiche che riflettono l'assoluta supremazia della famiglia tradizionale – a salvaguardia dell'interesse del minore, ovvero del più importante ma anche del più debole fra gli interessi in gioco, costituisce una strada che, *rebus sic stantibus*, non presenta valide alternative.

## 2.2. La clausola dell'ordine pubblico

Strettamente connessa alla preminenza accordata all'interesse superiore del minore coinvolto, è la riduzione dell'estensione della nozione di ordine pubblico a cui si accompagna l'affievolimento del ruolo di filtro storicamente svolto da questa clausola generale rispetto al riconoscimento di status familiari validamente costituiti all'estero. Esemplificativa, in questo senso, è la pronuncia della Corte di Cassazione n. 19599 del 30 settembre 2016 che, oltre a costituire l'espressione della più avanzata posizione a cui è giunta la nostra giurisprudenza in tema di ordine pubblico *vs* interesse superiore del minore, riflette l'atteggiamento giurisprudenziale prevalente anche oltre i confini nazionali.

Oltre a confermare il venire meno di una visione che contrappone l'ordine pubblico interno a quello internazionale, questa sentenza afferma in modo eloquente l'esigenza di interpretare e costruire la nozione di ordine pubblico in termini inclusivi al fine di garantire l'effettivo rispetto dei diritti della persona, *in primis* quelli del minore. Secondo i giudici, infatti, il mero

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 328.

<sup>14</sup> D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in «Cassazione Penale», 2017, n. 4, p. 1373.

fatto che il bambino sia nato da una tecnica o pratica vietata o non contemplata dal legislatore interno non comporta l'incompatibilità dell'atto straniero con l'ordine pubblico, dovendosi avere riguardo al principio del superiore interesse del minore, il quale consiste nel diritto a mantenere lo *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero e, a differenza della legge n. 40 e della regola *mater semper certa est*, costituisce un principio di rilevanza costituzionale primaria.

Anche alla luce del più ampio quadro giurisprudenziale illustrato in questo volume, l'approccio metodologico avanzato dalla Cassazione esprime con convinzione il pensiero che, in assenza di interessi ed esigenze confliggenti di pari rango, il primato spetta ai diritti fondamentali, a cui deve essere garantita la massima espansione<sup>15</sup>. L'affermazione di questi diritti – cui questa pronuncia affida il ruolo di parametro di giudizio circa la sussistenza o meno di una lesione dell'ordine pubblico – esige, a sua volta – una rilettura profonda degli istituti e dei canoni su cui si è tradizionalmente fondato il diritto della filiazione, unitamente ai valori e principi cardine sanciti a livello costituzionale interno e sovranazionale<sup>16</sup>.

Ad esito di questa prospettiva interpretativa, in capo al giudice chiamato a esprimersi sulla compatibilità dell'atto estero con l'ordine pubblico incombe dunque il dovere di operare una ricostruzione del sistema capace di garantire una tutela effettiva ai diritti fondamentali delle persone coinvolte, nel rispetto dei valori o principi essenziali o non rinunciabili dell'ordinamento interno. Dal punto di vista del ruolo concretamente svolto, la clausola dell'ordine pubblico – così come declinata dalla giurisprudenza maggioritaria – ha quindi subito una radicale trasformazione: lungi dal fungere da mero giudizio di valore<sup>17</sup> e, concretamente, da ostacolo all'ingresso di relazioni familiari generate dall'esercizio dei diritti fondamentali della persona (nondimeno nel rispetto della disciplina straniera, nella sua nuova veste), questa clausola diventa funzionale alla piena attuazione degli stessi diritti fondamentali nella fase di coordinazione tra i diversi ordinamenti<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> G. Palmeri, *Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n. 835/2013 del Tribunal Supremo de Madrid (ricorso 245/2012)*, in «Genius», 2015, n. 2, pp. 212-213.

<sup>16</sup> Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, cit., p. 372.

<sup>17</sup> L. Marzioletti, *Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2016, n. 9, p. 1180.

<sup>18</sup> Palmeri, *Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n. 835/2013 del Tribunal Supremo de Madrid (ricorso 245/2012)*, cit., p. 213.

### 2.3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani

Dalle considerazioni svolte, emerge con chiarezza l'impronta della CEDU nonché della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sui processi di revisione e rielaborazione critica in materia familiare che hanno preso vita e si sono sviluppati nelle aule giudiziarie europee. Da un punto di vista metodologico, infatti, la Corte di Strasburgo è fonte di un diritto giurisprudenziale che, benché sia valido soltanto per il caso in esame, di fatto tende ad assumere valore più generale<sup>19</sup>. Anche in virtù della forza attribuita ai propri precedenti<sup>20</sup>, le *ratio decidendi* delle pronunce rese dalla Corte europea dei diritti umani sono, infatti, generalmente estese a tutti i casi simili, sia nei ricorsi giunti a Strasburgo che nei procedimenti pendenti davanti ai giudici nazionali<sup>21</sup>.

Sul piano sostanziale, tra i principali punti di contatto, vi è innanzitutto il presupposto che anima la giurisprudenza nazionale maggioritaria, ovvero una rinnovata comprensione del concetto di famiglia, intesa come situazione familiare di fatto vissuta dagli individui coinvolti, a cui fa seguito una pluralità di modelli familiari e di titoli della filiazione. Pare infatti innegabile la piena corrispondenza tra la definizione di famiglia, enunciata dalla Corte di Cassazione, intesa come «comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti»<sup>22</sup> e il requisito di *de facto family life* alla cui sussistenza i giudici di Strasburgo condizionano – da sempre – il riconoscimento della protezione *ex art. 8 CEDU*.

Un secondo aspetto su cui si è sviluppato un fruttuoso dialogo tra giudici riguarda il principio di non-discriminazione, che ha giocato un ruolo fondamentale nel fare posto all'esperienza dell'omogenitorialità in ordinamenti – come quello italiano – in cui il diritto scritto continua a ignorarne la presenza, perdurando quindi lo scarto esistente tra ciò che è tecnicamente possibile e sempre più socialmente accettabile, da un lato, e ciò che non è giuridicamente lecito, dall'altro. Il potenziale ruolo anti-discriminatorio svolto dalla Corte EDU, tuttavia, non ha ancora raggiunto la sua estensione massima. Ad oggi, infatti, non tutte le distinzioni fondate sull'orientamento sessuale sono da considerarsi irragionevoli e quindi in violazione dell'art. 14 CEDU. Come si evince dalla giurisprudenza europea in materia di adozione

<sup>19</sup> Zagrebelsky, *Codificazione e diritti fondamentali della persona nel contesto europeo. La difficile convivenza*, cit., p. 20.

<sup>20</sup> Si veda, *inter alia*, *Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, decisione dell'11 luglio 2002, §§ 74-93; *Vilho Eskelinen c. Finlandia*, ricorso n. 63235/00, decisione del 19 aprile 2007, §§ 43-64; *Demir e Baykara c. Turchia*, ricorso n. 34503/97, decisione del 12 novembre 2008, §§ 140-154.

<sup>21</sup> Zagrebelsky, *Codificazione e diritti fondamentali della persona nel contesto europeo. La difficile convivenza*, cit., p. 20.

<sup>22</sup> Corte di Cassazione, decisione n. 19599 del 30 settembre 2016, § 12.1.

co-parentale, infatti, qualora il *comparator* sia una coppia eterosessuale unita in matrimonio (e non semplicemente convivente), riservare un trattamento differente a una coppia composta da persone dello stesso sesso è giustificato (e supera quindi il controllo di convenzionalità) alla luce del (presunto) status speciale che l'istituto del matrimonio mantiene nella società odierna.

Un ulteriore punto di sinergia tra la sfera CEDU e le corti nazionali concerne, infine, la preminenza dei *best interests of the child*. Sono infatti molteplici le occasioni in cui le corti nazionali hanno impiegato il principio dell'interesse superiore del minore in funzione di rinforzo al diritto all'identità personale o al diritto del bambino coinvolto alla continuità degli affetti di fatto instaurati con i propri genitori, attingendo quindi dalla più recente giurisprudenza CEDU<sup>23</sup>. L'influenza europea, tuttavia, non è sempre fonte di chiarezza e uniformità di risultati, soprattutto in presenza di una clausola – come quella dei *best interests of the child* – che, per la sua natura volutamente indeterminata, lascia spazio e, addirittura, legittima valutazioni che puntano in direzioni opposte.

Sempre in materia di *best interests*, quindi, un ultimo aspetto di condivisione tra i due regimi giurisprudenziali (CEDU e nazionale) riguarda l'ambivalenza di questo principio: in particolare, la sua interpretazione e applicazione al fine di proteggere gli interessi dei minori intesi come categoria generale e astratta, da un lato, oppure quelli del singolo minore coinvolto nel caso in esame, dall'altro. Questa dualità di significati ci è stata riportata alla mente dalla pronuncia della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* che – in linea con l'inesistenza di una *de facto family life* riscontrata dagli stessi giudici – ha ritenuto l'esigenza di ripristinare la legalità e quindi il rispetto delle norme interne poste a protezione dell'infanzia – sulla base della quale le autorità italiane avevano disposto l'allontanamento del minore – decisiva, non rilevando quindi alcuna violazione dell'art. 8 CEDU. Sebbene sia causa di incertezza e quindi di frustrazione (soprattutto in dottrina), è bene ricordare che è proprio la fluidità insita in questo principio che ha, nel corso dei secoli, consentito ai giudici di «svecchiare» – anche se in maniera graduale – la definizione giuridica di famiglia, liberandola da pregiudizi fondati, ad esempio, su una tradizionale ripartizione dei ruoli di cura tra uomini e donne o, ancora, sulla presunta superiorità dell'unione matrimoniale come luogo ideale per la crescita dei figli.

<sup>23</sup> Si rinvia al capitolo 2, par. 3.



Finito di stampare nel mese di aprile 2018  
dalla MIG-Moderna Industrie Grafiche Srl, Bologna  
[www.mig.bo.it](http://www.mig.bo.it)







