

DOVE FINIRÀ L'EMBRIONE SE IL PIANO SI INCLINA ANCORA?

di PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA

SOMMARIO: 1. L'attuale disciplina della p.m.a. cosiddetta eterologa. – 2. Verrà ulteriormente disincentivata l'adozione dei minori? – 3. L'eterologa compromette l'identità personale del figlio? – 4. Quali saranno le prossime inclinazioni del piano su cui poggia la provetta italiana? – 5. Coppie omosessuali e procreazione medicalmente assistita. – 6. Scelte legislative e territorialità del diritto nei riguardi dei cittadini italiani. – 7. Sul problematico riconoscimento della filiazione mediante maternità surrogata. – 8. Maternità surrogate e tutela della vita familiare.

1. L'ATTUALE DISCIPLINA DELLA P.M.A. COSIDDETTA ETEROLOGA. Il quadro legislativo, così come modificato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 10.6.2014, ci dice che oggi in Italia «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5, comma 1°, l. 19.2.2004, n. 40), quando «sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione» e solo nei «casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico» nonché nei «casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico» (art. 4, comma 1°, l. n. 40/2004). Il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è ora ammesso nei soli casi in cui sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

Osservo, per inciso, come continui a rimanere priva di sanzione l'ipotesi della violazione del differenziale di età a *dimitatio naturae* (il riferimento è, qui, al requisito di «essere in età potenzialmente fertile»). Una lacuna dell'art. 12 che la sentenza della Consulta semplicemente trova, ma di cui sono ora ulteriormente amplificati gli effetti.

Su questa importante decisione sono stati già scritti numerosi e ben più tempestivi commen-

ti⁽¹⁾. Pare dunque più utile partire dal quadro normativo che ne è derivato ed ipotizzarne le successive linee di sviluppo.

2. VERRÀ ULTERIORMENTE DISINCENTIVATA L'ADOZIONE DEI MINORI? La questione va posta, se non altro, perché le due filiazioni, quella adottiva e quella procreativa, riguardano un'unica platea di adulti, sia che questi decidano di rendersi «disponibili all'adozione», sia che chiedano di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁽²⁾. Tant'è che in non pochi casi la disponibilità ad adottare interviene dopo avere tentato una procreazione assistita e che tra le cause della diminuzione del numero delle coppie adottive viene indicata dagli operatori del settore anche la maggiore accessibilità ed efficienza delle tecniche di procreazione assistita⁽³⁾, a fronte dei tempi procedurali, delle incertezze sia giu-

(1) Cfr., tra molti, FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in questa *Rivista*, 2014, II, 393 ss.; BALDINI, *Cade il divieto di pma eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*, in *Vita not.*, 2014, 675 ss.; TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Riv. dir. int.*, 2014, 1123 ss.; D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 1005 ss.; CICERO-PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovvero sia quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, *ibidem*, 1290 ss.

(2) Cfr. BUSNELLI, *Procreazione artificiale e filiazione adottiva*, in M.F. TOMMASINI (a cura di), *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare. Atti del Convegno di studi di Copanello, 28-29 settembre 2001*, Giappichelli, 2003, 56.

(3) Sul punto cfr. ABRUZZESE, *Le declinazioni della genitorialità*, in *Minori giust.*, 2014, 18 ss.

ridiche che pratiche, nonché dei costi dell'adozione internazionale; mentre l'adozione nazionale riguarda ormai un numero di minori in tenera età esiguo oppure caratterizzato da bisogni particolari.

Non v'è dubbio che l'adozione del minore, pur dando risposta al desiderio di genitorialità degli adottanti, consenta innanzitutto di dare compimento al diritto del fanciullo che ne è privo di avere una sua famiglia. Affinché tale famiglia sia idonea ad allevare ed educare il figlio adottivo la legge dispone che gli adottanti posseggano una serie di requisiti.

Peraltro, la piena equiparazione della filiazione adottiva a quella biologica costituisce l'esito non ancora del tutto scontato di un lungo percorso sia normativo che culturale, che trova ora definitivo suggello nella nuova formulazione degli artt. 74 e 315 cod. civ., ad opera della l. 10.12.2012, n. 219.

Più agevole è invece risultata l'affermazione della filiazione mediante procreazione assistita, la quale consente ai genitori di vivere l'esperienza della procreazione di un figlio riconosciuto come «sangue del proprio sangue» (almeno nel caso della fecondazione omologa; ed in parte in quello dell'eterologa mediante donazione del solo gamete maschile o femminile) e comunque come «frutto del ventre», destinato, anche nel caso della p.m.a. eterologa, a convivere sino al parto nello stesso corpo della futura madre.

Ben si comprende allora come – col venir meno del divieto assoluto di accesso alla procreazione eterologa e col miglioramento delle tecniche di procreazione assistita – le motivazioni per volgersi al diverso percorso dell'adozione consistessero sempre meno nell'inaccessibilità alla p.m.a., assumendo invece maggior rilievo, oltre a residue ragioni mediche riguardanti l'impossibilità della gravidanza e del parto, l'affettività verso un minore già conosciuto oppure il desiderio di realizzare una genitorialità, per così dire, solidale.

A fronte di questo mutamento di prospettive, sarebbe quindi opportuno incoraggiare il ricorso all'adozione con alcune modifiche sia della legge che della sua applicazione nel sistema pluricefalo delle adozioni, nel quale agiscono tribunali per i minorenni, servizi territoriali, enti autorizzati e commissione per le adozioni

internazionali. Potrebbe ad esempio essere aperta l'adozione alle coppie di fatto; e nell'ambito dell'adozione internazionale si potrebbe abolire la fase del secondo procedimento giurisdizionale: quello che oggi, in violazione della Convenzione de L'Aja del 1993, viene svolto una volta che il minore, a seguito di un'attenta verifica del suo fascicolo da parte della nostra autorità centrale, ha già fatto ingresso in Italia al seguito dei suoi genitori adottivi.

Occorre però guardarsi dal pervadere il sistema delle adozioni di una logica consumerista che rinunzi, ad esempio, a valutare l'idoneità degli aspiranti genitori, dato che l'adozione, diversamente da qualsiasi modalità di procreazione, riguarda un minore già abbandonato o sottratto a genitori incapaci di crescerlo.

3. L'ETEROLOGA COMPROMETTE L'IDENTITÀ PERSONALE DEL FIGLIO?

Non convince uno degli argomenti utilizzato con insistenza dai fautori del divieto della procreazione assistita di tipo eterologo: quello relativo alla necessità di difendere l'identità personale del figlio e la certezza del rapporto di procreazione⁽⁴⁾. Porre tale interesse affermandolo preminente rispetto alle pretese di genitorialità avanzate dalla coppia che si trovi impossibilitata alla procreazione «omologa» significa, ovviamente, impedire la nascita dei soggetti per i quali si invoca il rispetto di tale interesse, il quale, dunque, non è a loro riconducibile ma attinge piuttosto ad un limite di ordine pubblico demografico di cui un assunto potrebbe essere, in effetti, che il desiderio di genitorialità debba essere esaudito mediante l'istituto dell'adozione e non invece mediante quello della p.m.a.

Ciò rende immediata una domanda: davvero il *vulnus* all'identità genetica ha effetti di tale infelicitazione da rendere preferibile per il figlio di non venire affatto concepito oppure per imporre, in una prospettiva di ordine pubblico, che non nasca?

Francamente non mi pare che al tono drammaticizzante di certi allarmi corrisponda la di-

(4) Così, tra molti, SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, 1406.

mostrazione di uno svantaggio esistenziale importante. È stato affermato, ad esempio, che il figlio concepito mediante p.m.a. eterologa «diventerà soggetto a causa di una scelta che lo vedrà in pari tempo appartenere alla famiglia pur non potendosi dire (in senso biologico) della famiglia»; ed ancor più aspramente che «il figlio nascerà con una identità adulterata in radice a causa della eterodeterminazione di altri, uno soltanto o nessuno dei quali è suo genitore»⁽⁵⁾. Ma l'enfatizzazione dell'identità genetica contenuta in queste affermazioni va contro la nozione giuridica della maternità, nel contempo sopravvalutando eventi che hanno una incidenza estremamente marginale sul futuro vissuto dei soggetti, sì da rendere inconsistente il preteso diritto del nascituro e poi del nato alla corrispondenza tra identità giuridica e identità genetica.

Tale diritto sarebbe connaturato, secondo alcuni, ad una dimensione antropologica della filiazione da non violare. Poco importa che la corrispondenza dei geni sembri contraddetta pure dall'adozione, dato che quest'ultima costituisce solo un rimedio sussidiario per i casi in cui non si tratta di fare nascere una nuova vita ma di porre rimedio alla mancanza di una famiglia idonea per il già nato. Dunque, par di capire, meglio sarebbe per il nascituro non nascere per via di concepimento eterologo (e dunque non nascere affatto) mentre al già nato non resterebbe, ormai, che adattarsi ad una famiglia di sostituzione, essendo stato il suo diritto di identità genetica ormai irrimediabilmente pregiudicato dall'aver perso o dal non essere mai stato inserito nella sua famiglia biologica. Chi tra i due è, dunque, il meno sfortunato: il non concepito – che non nascendo vede in tal modo rispettato il suo diritto a non nascere «adulterato»⁽⁶⁾ – o l'adottato, che ha trovato una famiglia putativa, magari di ottima qualità ma non in grado di assicurargli il bene giuridico della corrispondenza tra identità biologica e identità giuridica?

(5) Così CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1122.

(6) Sul punto, D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: il peccato di Ulisse*, in *Quad. cost.*, 2014, 665.

Contrariamente a tali drammatizzazioni ritengo che la questione dell'identità genetica non corrispondente a quella giuridica, se certamente costituisce una fragilità da accudire in ragazzi che si chiedono le ragioni dell'abbandono subito, risulti meno significativa nei figli dell'eterologa che non hanno subito alcun abbandono e che sono stati partoriti dalla stessa madre che ha poi continuato a crescerli⁽⁷⁾. L'anonimato anagrafico del donatore di gameti è dunque ampiamente giustificato dal fatto che con lui – definito dal Comitato Nazionale per la Bioetica come mero procreatore biologico – «il nato ha un legame genetico ma non relazionale»⁽⁸⁾. L'anonimato del donatore – che non dovrebbe però comportare la mancanza di quelle informazioni sulla sua salute che siano necessarie alla cura del procreato – sembra piuttosto necessario a garantire la serenità della vita familiare, evitando pretese ed intrusioni da chi, appunto, ha semplicemente donato il seme di quella nuova vita perché nascesse con altri genitori⁽⁹⁾; ed è significativo, al riguardo, che nel noto caso dello scambio di embrioni nell'ospedale Pertini di Roma, alla madre giuridica sia stato attribuito la qualifica di madre biologica, in opposizione alla figura dei cosiddetti procreatori genetici⁽¹⁰⁾.

Ancora, è stato ritenuto non esservi possibilità di copertura costituzionale riguardo alla

(7) Difficoltà considerate serie ma non insormontabili da BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 470 s.

(8) Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, Pareri 2011-2012, 85.

(9) Una recente decisione del giudice inglese, nel febbraio 2013, ha riconosciuto il diritto del donatore a frequentare il figlio genetico nonostante l'opposizione delle due madri giuridiche. Ma la decisione è stata presa sulla base della pregressa e continuativa frequentazione, per volontà delle madri medesime, tra il bambino ed il donatore-procreatore. Al riguardo cfr. D'ELIA, *Il diritto del donatore di seme a conoscere e frequentare il figlio nato con inseminazione artificiale*, in *Minori giust.*, 2014, 37 ss.

(10) TRIB. ROMA, 8.8.2014, in *Fam. e dir.*, 2014, 929 ss., con nota di BUGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*.

pretesa di genitorialità per il tramite della procreazione cosiddetta eterologa in quanto non sarebbe «costituzionalmente possibile rendere tutte le differenze irrilevanti davanti alla legge». Non lo sarebbe, in particolare, il rendere indifferenziate la posizione della coppia che, se aiutata, può generare figli propri, e quella della coppia che pretende di realizzare il desiderio di procreazione pur essendo priva del sostrato materiale a ciò necessario. Il desiderio di genitorialità, reso impossibile da una natura matrigna, non potrebbe dunque trovare risposta nella tecnologia attraverso la p.m.a. eterologa, perché lo spazio della filiazione non genetica sarebbe riservato, dall'art. 30 Cost., ai soli casi di incapacità dei genitori naturali ⁽¹¹⁾.

Temo tuttavia che la Costituzione non offra quegli argomenti testuali «forti» che tali autori – diversamente dalla Consulta – vi hanno letto. Al più potrebbe dirsi che il Costituente, inconsapevole delle possibilità tecniche della procreazione assistita, non se ne sia preoccupato, il che mi pare corrispondente al vero benché, come notano i due autori da ultimo richiamati, già nel 1949 venisse pubblicata, tra le altre, un'opera del fondatore dell'Università Cattolica dedicata alla fecondazione artificiale.

Spiace che della Costituzione, nostra bellissima ed anziana madre, si utilizzi a volte ciò che maggiormente il tempo ha logorato: cioè gli artt. 29 e 30, congelandone la lettera e lo spirito. Mi chiedo, invece, se non sia giunto il tempo di lavorare ad una riscrittura delle norme costituzionali sulla famiglia e sulla filiazione in modo che possano davvero fungere da riferimento e da limite all'operato successivo del legislatore ordinario. Non sembra infatti opportuno lasciare che l'esito, sia pure il più eccelso, della cultura dei nostri bisnonni faccia da lume ai nostri figli su materie esposte a mutamenti così profondi. Ed in particolare non mi sembra che dalle parole del Costituente possano essere tratte quelle conclusioni sufficientemente circostanziate e chiare di cui invece oggi avremmo necessità. Dunque, sino a quando non si provvederà ad una riscrittura condivisa di un

nuovo profilo costituzionale della famiglia diverrà sempre più normale lo spettacolo di una Costituzione bisnonna tirata contemporaneamente per un verso e nel suo opposto secondo le preferenze dei suoi rissosi bisnipoti.

4. QUALI SARANNO LE PROSSIME INCLINAZIONI DEL PIANO SU CUI POGGIA LA PROVETTA ITALIANA?

A questo punto forse può già essere formulata una prima considerazione di sintesi. Quella secondo cui, a fronte delle possibilità da tempo acquisite dalle tecniche riproduttive, il desiderio di genitorialità della coppia irrimediabilmente sterile non è meno meritevole di considerazione del medesimo desiderio nutrito dalla coppia rimediabilmente sterile, posto che un buon genitore non deve necessariamente essere capace di procreare. Ne consegue che la procreazione medicalmente assistita cosiddetta eterologa pare un beneficio della tecnica da considerare in sé positivamente, salvo verificare le conseguenze dirette ed indirette della sua più ampia «liberalizzazione» di modo che essa non sia utilizzata per travalicare il confine di ordine pubblico del diritto della procreazione; confine il cui tracciato oggi non è però affatto chiaro. Pare senz'altro opportuno, ad esempio, mantenere adeguati limiti di età, evitando maternità prive di futuro ⁽¹²⁾; consentire l'accesso alla p.m.a. solo alle coppie; ed altro ancora.

Vero è che la mancanza di un orizzonte costituzionale condiviso suscita, non infondatamente, il timore che ogni apertura del diritto positivo in materia di procreazione sia premessa sufficiente di altri inaccettabili sviluppi. È la paura del «piano inclinato», sul quale ogni movimento, anche cauto, non potrà che portare, passo dopo passo, alla caduta nel vuoto di valori e di regole. L'osservazione di quanto già accaduto altrove, (riguardo, ad esempio, alle cosiddette maternità surrogate) può forse avvalorare tali timori, i quali però rischiano di pro-

⁽¹¹⁾ Così NICOLUSSI-RENDA, *Fecondazione eterologa: il pendolo fra Corte costituzionale e Corte Edu*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 219 ss.

⁽¹²⁾ Su tale questione cfr. RASCHEL, *L'âge de procréer*, in *Gaz. Pal.*, 31.12.2008-3.1.2009, 14 ss. Pare utile segnalare che CORTE EUR. DIR. UOMO, 18.4.2006, ric. 44262/04, *Dickson c. Regno Unito*, ha ritenuto legittimo il diniego di accesso alla procreazione medicalmente assistita perché l'età dei richiedenti non avrebbe assicurato una vita familiare normale al figlio.

durere reazioni viziate dalla mancanza di proporzionalità rispetto alle reali esigenze di prevenzione che si vorrebbero realizzare⁽¹³⁾.

Un eccessivo difensivismo può così nuocere alla costruzione di più ampi ma anche più ragionevoli confini, imprigionando dentro l'angusta fortezza una minoranza privata di orizzonte e dunque della possibilità di incidere sulla realtà. Un vero peccato, perché l'osservazione riguardo ai pericoli di un'ipertrofia del divieto di discriminazione attraverso operazioni di nascondimento delle differenze è più che pertinente; corretto è anche l'invito a meglio ragionare sulla individuazione delle identità di situazione che giustificano l'operatività del principio di eguaglianza; e corretto è altresì il richiamo alla necessità di connettere più rigorosamente il principio di non discriminazione al discorso sui valori⁽¹⁴⁾. La difficoltà al riguardo consiste però nel riuscire a farlo su un piano di laicità riflessiva e cauta.

Le previsioni sulle prossime inclinazioni del piano riguardano, per alcuni, l'ulteriore applicazione del principio di non discriminazione a beneficio delle donne che non hanno la possibilità di condurre a termine la gravidanza rispetto alle donne prive di ovuli fecondabili, ormai ammesse alla capacità procreativa con la caduta del divieto di eterologa, aprendo così le porte alla maternità di sostituzione oppure surrogata⁽¹⁵⁾.

Altri ancora paventano che, una volta configurato il diritto di procreare come un diritto fondamentale da riconoscere (consentendolo la tecnica) anche alle coppie irrimediabilmente

sterili mediante l'utilizzo di gameti ad esse estranei, sarà inevitabile riconoscerlo anche alle coppie omosessuali ed ai *single*⁽¹⁶⁾.

Un altro possibile sviluppo – non coerente però con quanto affermato nella sentenza n. 162/2014 della Consulta, ed infatti aspramente avversato dal suo estensore – è la possibilità che una donna porti in grembo un figlio e poi lo partorisca su incarico di altri, destinati a divenire i genitori del nato. Di questo si dovrebbe tenere adeguato conto negli improbabili ma auspicabili nuovi orizzonti del diritto costituzionale della famiglia dei figli, sancendo il divieto di scissione tra la gravidanza e la maternità; e con ciò ponendo una necessaria barriera alla disumanizzazione della relazione tra la donna ed il concepito.

5. COPPIE OMOSESSUALI E PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA. Più complessa pare l'altra paventata conseguenza derivante dal «piano inclinato», consistente nell'affermazione del diritto di procreare all'interno delle coppie omosessuali.

Benché, sia a livello sovranazionale europeo che nei singoli Paesi, la pari dignità sociale, l'eguaglianza di fronte alla legge delle persone omosessuali ed il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale costituiscono ormai principi riconosciuti dal costituzionalismo e dalle sue Corti, tale assiologia fatica a trovare riconoscimento nell'ambito della filiazione⁽¹⁷⁾.

Vero è che nel diritto vivente da tempo va affermandosi, pur non senza contrasti, il principio secondo il quale l'omosessualità del genitore non lo rende inidoneo ad educare ed allevare la prole. Permane tuttavia diffusa una sostanziale differenza di atteggiamento nel considerare la posizione degli omosessuali già divenuti genitori – si veda al riguardo la giurisprudenza domestica in materia di affida-

⁽¹³⁾ Al riguardo hanno fatto discutere due contrastanti decisioni riguardanti il divieto di fecondazione eterologa *in vitro* vigente in Austria. Cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 1° 4.2010, ric. 57813/00, in *Fam. e dir.*, 2010, 977 ss., e CORTE EUR. DIR. UOMO, 3.11.2011, ric. 58713/00. Sulle due decisioni: SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte Costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in questa *Rivista*, 2012, II, 636 ss.

⁽¹⁴⁾ NICOLUSSI-RENDA, *Fecondazione*, cit., 219 ss.

⁽¹⁵⁾ Esito auspicato da una parte della dottrina. Per tutti: CAMPIGLIO, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, 531 ss.

⁽¹⁶⁾ Così A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014, n. 6, del 11.6.2014, parr. 8-9.

⁽¹⁷⁾ Significativa, a questo riguardo, CORTE EUR. DIR. UOMO, 19.2.2013, ric. 19010/07, *X et al. c. Austria*, su cui vedi il commento di CONTE, *Il caso X e altri c. Austria: l'adozione del figlio del proprio partner omosessuale*, in *Quad. cost.*, 2014, 119 s.

mento al momento della separazione della coppia genitoriale⁽¹⁸⁾ – rispetto a quella di coloro che genitori non lo sono ancora ma vorrebbero diventarlo con l'adozione di un minore oppure mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Sono proprio queste riserve sulla idoneità genitoriale della persona omosessuale, del resto, che spiegano l'incapacità del legislatore italiano nell'approvare una legge sulle unioni non coniugali⁽¹⁹⁾. Effetto sicuro del diritto europeo in materia di discriminazioni sarebbe infatti quello di dichiarare illegittima una legge nazionale che desse rilievo giuridico alle unioni civili eterosessuali negandolo a quelle omosessuali, oppure differenziandone la disciplina. È questa, in effetti, l'attuale posizione del «piano inclinato» che impedisce (ma forse non ancora per molto) al debole riformismo italiano di compiere un passo da cui deriverebbe in via extraparlamentare un secondo ancor più lungo del primo. Ed è anche probabile che, per le stesse ragioni, si resista ancora nel mantenere come requisito legale il rapporto di coniugio tra gli adottanti, in modo forse da evitare che la futura disciplina delle unioni civili (necessariamente anche omosessuali) possa comportare effetti «extra parlamentari» non da tutti auspicati pure in tema di filiazione adottiva⁽²⁰⁾.

Benché una cosa sia l'adozione, altra, invece, la procreazione medicalmente assistita, è dunque unico l'interrogativo preliminare cui rispondere per potere ragionare senza ambiguità

⁽¹⁸⁾ Cfr., TRIB. NAPOLI, 28.6.2006, in *Giur. merito*, 2007, 1585 ss.; TRIB. BOLOGNA, 15.7.2008, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 690 ss.; CASS., 11.1.2013, n. 610, in *Minori giust.*, 2013, 248 ss., ove i commenti di SISTO, *Affidamento esclusivo del minore alla genitore omosessuale: l'insufficienza del «mero pregiudizio»*.

⁽¹⁹⁾ Una ricognizione ancora attuale in tema di affidamenti ed adozioni a persone omosessuali in BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, *Dir. fam. e pers.*, 2011, 1375 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 19.2.2013, ric. 19010/07, che ha condannato l'Austria per violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione, perché ha ammesso all'adozione, oltre alle coppie sposate, le sole coppie non sposate eterosessuali.

su entrambe le questioni: l'omosessualità dei genitori costituisce per gli eventuali loro figli uno svantaggio o addirittura un pregiudizio grave? Oppure, all'opposto, l'orientamento sessuale dei genitori può essere considerato come una variabile significativa ma di per sé non negativa nel modo di essere della futura famiglia dei figli?

Ritengo che la seconda risposta sia quella giusta ed allo stesso modo sembra ormai pensarla un'ampia parte della società. Un fatto questo decisivo, perché il cadere o almeno l'attenuarsi di stigmatizzazioni sociali molto difficili da vivere sta conducendo altresì all'inclusione dell'omosessualità nell'orizzonte variegato delle normalità ed in definitiva ad un ridimensionamento delle sue conseguenze sull'identità complessiva della persona, la quale è certamente e soprattutto molto altro oltre e prima del suo orientamento sessuale, che peraltro – ma ciò vale anche per altri aspetti della vita – può essere vissuto in modo tale da infragilire o pregiudicare l'idoneità genitoriale della persona eterosessuale come di quella omosessuale.

Nell'attesa di significative e necessarie riforme del diritto di famiglia la giurisprudenza svolge una funzione spesso positiva di interpretazione evolutiva delle norme esistenti. Non sempre però ciò viene fatto con la necessaria accortezza.

Posto, ad esempio, che, a termini dell'art. 44 l. 4.5.1983, n. 184, le persone omosessuali possono adottare un minore nei casi particolari elencati in detta norma, lascia tuttavia piuttosto perplessi una recente decisione del Tribunale per i minorenni di Roma che ha applicato l'art. 44, lett. d), per dare in adozione una bambina alla compagna della madre biologica, rendendo così «giuridica» una relazione di genitorialità sociale di fatto già instauratasi⁽²¹⁾. Giusto, probabilmente, l'obiettivo perseguito, che però è stato conseguito alterando irragionevolmente il significato della norma applicata. Infatti, utilizzando il riferimento ai casi in cui

⁽²¹⁾ TRIB. MIN. ROMA, 30.7.2014, in questa *Rivista*, 2015, I, 109, con nota di LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*.

l'adozione può avvenire, al di fuori delle regole ordinariamente applicabili, per «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», il giudice romano ha sostenuto che l'impossibilità cui si riferisce la norma non sarebbe solo quella di fatto ma anche quella giuridica, il che equivale però a sostenere che ogni volta che non vi sono i requisiti per l'adozione potrà procedersi ad un'adozione in casi particolari nel superiore interesse del minore. In tal modo la legge diviene un lenzuolo bianco su cui il giudice può poi scrivere a suo piacimento la regola del caso concreto, sempre giustificata dall'interesse del minore.

Nel caso di specie, poiché le due donne si erano regolarmente sposate all'estero e rivendicavano, anche ai fini dell'adozione, la loro qualità di famiglia matrimoniale «diversa ma uguale», la questione da risolvere era piuttosto se esse rientrassero o meno nell'ipotesi di cui all'art. 44, lett. *b*), a termini del quale il minore può essere adottato «dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge»; oppure se dovesse porsi la questione di legittimità costituzionale per l'esclusione dal disposto di cui all'art. 44, lett. *d*), delle unioni civili costituite all'estero e delle coppie di fatto, specie se omosessuali, data l'impossibilità per esse di celebrare il matrimonio con effetti civili nell'ordinamento italiano.

6. SCELTE LEGISLATIVE E TERRITORIALITÀ DEL DIRITTO NEI RIGUARDI DEI CITTADINI ITALIANI. Tra le affermazioni più discusse della sentenza n. 162 della Consulta v'è quella secondo cui il divieto di eterologa risultava irrazionale perché aveva l'effetto di discriminare le coppie affette da sterilità o infertilità assolute in base alla capacità economica delle stesse, potendo le più benestanti recarsi in altri Paesi ed accedere alle tecniche vietate in Italia. Come se – è stato scritto – ogni volta che un divieto può essere violato dai trasgressori recandosi all'estero tale divieto debba essere rimosso perché discriminatorio nei riguardi di chi lo rispetti⁽²²⁾, presumendo dunque che il rispetto

delle leggi dipenda solo dalla mancanza dei soldi sufficienti per poterle trasgredire.

Questa critica al ragionamento della Corte sarebbe esatta se fossimo davvero in presenza di un divieto trasgredito. L'impressione, però, è che così già non fosse ancor prima della sentenza della Consulta. Non poche, in effetti, erano state le perplessità suscitate dal disposto di cui all'art. 12 della l. n. 40/2004, che in caso di trasgressione al divieto di eterologa sanzionava solo i prestatori d'opera, ignorando invece il donatore di gameti (purché a titolo gratuito) ed escludendo espressamente, al comma 8°, la punibilità dell'uomo o della donna richiedenti la procreazione eterologa⁽²³⁾. La concreta effettività giuridica dell'art. 8, in combinato disposto con l'art. 12, porta dunque a ritenere che i divieti cui si riferisce (sono a tutt'oggi vigenti, ad esempio, il divieto di assistenza a coppie dello stesso sesso, a coppie non conviventi, a vedove e a minorenni) siano esclusivamente rivolti agli operatori e ai servizi e dunque abbiano una efficacia ristretta al territorio italiano nel quale questi operano, analogamente, del resto, a quanto ritenuto da gran parte della dottrina francese riguardo all'omologo d'oltralpe dell'art. 8⁽²⁴⁾.

Se ciò è vero, l'affermazione della Corte riguardo all'irrazionalità dell'impedimento solo territoriale alla procreazione eterologa potrebbe avere maggior pregio di quanto di primo acchito non sembri, perché individua nell'effetto di mera interdizione territoriale di un servizio il significato operativo della norma, svelandone l'irragionevolezza. Un vizio, questo, che a mio parere caratterizza a tutt'oggi l'art. 8 riguardo agli altri divieti «territoriali» rimasti in vigore dopo la sentenza n. 162 della Consulta, tra i quali, ad esempio, il divieto di assistenza alla procreazione per le coppie omosessuali.

Queste ultime oggi si recano facilmente all'estero per sottoporsi a tecniche di procreazione assistita eterologa, poi tornano in Italia facendo valere lo stato di filiazione del nato o

⁽²³⁾ Cfr., per tutti, BUSNELLI, *Cosa resta*, cit., 469; CATULLO, *Diritto penale della famiglia*, Cedam, 2012, 198.

⁽²⁴⁾ Cfr. MOULY, *La Délocalisation procréative: fraude à la loi ou habileté permise?*, in *Recueil Dalloz*, 4.12.2014, n. 42, 2419 ss.

⁽²²⁾ RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: la consulta chiude al «dialogo» con la Corte EDU*, in *Quad. cost.*, 2014, 662 s.

semplicemente del concepito all'estero; infine chiedono per il partner, già svolgente le funzioni di genitore di fatto, l'acquisizione della genitorialità giuridica mediante l'adozione.

Volendo qui limitare l'analisi alle sole coppie di cittadinanza italiana non mi addentrerò in altre questioni di diritto internazionale privato, dando per scontato che ad esse debba applicarsi la legge italiana riguardo allo stato civile del nato, pur nella consapevolezza dell'impossibilità della nostra legge di influire sulle procedure procreative nel Paese straniero di lungo o breve soggiorno (del o) dei genitori.

Ai sensi dell'art. 269, comma 3°, cod. civ. e dell'art. 9, comma 2°, della l. n. 40/2004, non v'è dubbio che la partoriente (chiamata madre biologica anche qualora non le appartenga l'ovulo impiantato) sia la madre giuridica⁽²⁵⁾, ma nemmeno dovrebbe esservi dubbio riguardo all'irrelevanza in Italia di un eventuale titolo di genitorialità riconosciuto all'estero alla compagna della puerpera⁽²⁶⁾. In attesa di una legge che riconosca le unioni omosessuali anche in Italia, quest'ultima potrà svolgere solo in via di fatto le funzioni genitoriali⁽²⁷⁾, a meno di non interpretare fantasiosamente l'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983, come di recente accaduto a Roma, o non si faccia promotrice, per il tramite di un giudice, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, lett. b), nella parte in

⁽²⁵⁾ Cfr., tuttavia, CORTI, *La maternità per sostituzione*, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, II, a cura di CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ e ZATTI, Giuffrè, 2011, 1491, secondo la quale l'art. 269 cod. civ. avrebbe funzione meramente probatoria e sarebbe dunque divenuto obsoleto con il sopraggiungere delle nuove possibilità di accertamento offerte dalla genetica applicata, rendendo così ambigua la questione di diritto sostanziale riguardante la nozione giuridica di maternità.

⁽²⁶⁾ Sulla tutela delle relazioni genitoriali di fatto in caso di rottura della convivenza, vedi TRIB. MIN. MILANO, 20.10.2009, su cui il commento di PALMERI, *La famiglia omosessuale. Linee di tendenza e prospettive*, in ROMEO, *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Utet, 2014, 92 s.

⁽²⁷⁾ Con gravi limiti funzionali, come sottolinea da BOSISIO-RONFANI, *Omogenitorialità. Relazioni familiari, pratiche della responsabilità genitoriale e aspettative di regolazione*, in *Minori giust.*, 2014, 26.

cui non comprende, oltre al coniuge, il convivente del genitore.

Diverso, a mio parere, potrebbe essere solo il caso della coppia italiana *same-sex* coniugatasi nel Paese di seconda cittadinanza di uno dei coniugi, il cui matrimonio potrebbe consentire, a mio parere, l'applicazione della disciplina della filiazione del Paese di seconda cittadinanza se facente parte dell'Unione europea, in quanto consequenziale al diritto di circolazione e di stabilimento del cittadino europeo e dei suoi familiari. Negli altri casi sembra invece davvero difficile poter superare il criterio di collegamento alla legge matrimoniale italiana stabilito dall'art. 27 della l. 31.5.1995, n. 218.

Quanto alla paternità omosessuale maschile ottenuta all'estero dal cittadino italiano – utilizzando una donna che al momento del parto decida di non riconoscere il figlio – vale l'avvertenza che per la legge italiana la madre giuridica sarà pur sempre la madre gestazionale nel momento in cui decidesse di apparire e di rivendicare il proprio stato, posto che, anche qualora la legge del suo Paese le negasse tale capacità, tale diniego potrebbe risultare, una volta valutate una serie di circostanze, contrario all'ordine pubblico esterno italiano.

Si tratta di scenari nei quali il formarsi di rapporti di filiazione claudicanti e contraddittori potrebbe essere evitato solo attraverso l'intesa tra i diversi ordinamenti giuridici, facendo in modo che gli Stati subordinino l'accesso alle procedure di procreazione alla condizione della loro ammissibilità nel Paese di cittadinanza dei richiedenti. E penso in particolare alle procedure di procreazione mediante maternità surrogata ed ai casi di accesso alla p.m.a. senza un ragionevole limite di età, dato che in entrambe queste situazioni paiono essere violati principi irrinunciabili dell'ordine pubblico italiano della procreazione.

Tuttavia, per poter proporre agli Stati che il carattere di territorialità delle loro discipline in tema di procreazione sia limitato dal criterio di nazionalità, o almeno dal criterio di residenza, occorrerebbe inserire l'Italia nell'ampia cerchia delle nazioni che non impediscono alle coppie omosessuali la procreazione medicalmente assistita eterologa e l'adozione.

Il che significa, necessariamente: a) introdurre nel nostro ordinamento una disciplina delle

unioni civili; *b*) aprire il normotipo dell'adozione alle coppie non coniugate ma stabilmente conviventi, siano esse etero o omosessuali; *c*) modificare l'art. 44, lett. *b*), della l. n. 184/1983, comprendendovi oltre al coniuge del genitore anche il convivente; *d*) modificare gli artt. 5 e 12 della l. n. 40/2004 in modo da comprendere tra i soggetti legittimati anche le conviventi lesbiche, introducendo nel contempo un più affidabile requisito di stabilità della convivenza ⁽²⁸⁾.

7. SUL PROBLEMATICO RICONOSCIMENTO DELLA FILIAZIONE MEDIANTE MATERNITÀ SURROGATA. Qualunque sia il tipo di limite posto da un ordinamento giuridico nazionale alle richieste di genitorialità dei propri cittadini, la sua efficacia dipenderà in larghissima misura dalla possibilità o meno di vedere esaudite tali richieste al di fuori dei confini. E poiché non esiste ad oggi un limite di ordine pubblico della filiazione universalmente condiviso le possibilità del turismo procreativo sono enormi. Dunque non è affatto strano che una donna impossibilitata a condurre a termine la gravidanza, oppure un maschio omosessuale, decidano di recarsi in California, nel Regno Unito, in Thailandia o in Ucraina per commissionare a una donna del luogo la nascita di un bambino, ottenendo in quell'ordinamento l'*enforcement* di un patto che ai sensi della sua legge nazionale non sarebbe ammissibile.

Al ritorno nel Paese di cittadinanza, poiché la maternità surrogata non è una tecnica di procreazione ma una prestazione di fonte negoziale ⁽²⁹⁾, il neogenitore di sesso maschile

⁽²⁸⁾ L'art. 5 della l. n. 40/2004 non consente, nella sua formulazione attuale, di verificare l'effettività e la stabilità della convivenza. Sul punto: STANZIO-NE-SCIANCELEPORE, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, 2004, 32.

⁽²⁹⁾ La natura negoziale o meno dell'accordo di maternità surrogata è stata a lungo oggetto di dibattito. Affermarne la negozialità ha senso solo predicando anche la vincolatività delle promesse che vi sono contemplate e dunque l'illiceità di un ripensamento o la sua impossibilità giuridica; di converso ove un ripensamento fosse ritenuto sempre possibile si avrebbe un accordo privo di effettività tra le parti

potrebbe talvolta limitarsi a far valere l'atto di riconoscimento del figlio natogli fuori del matrimonio; in altri casi, invece, specie se l'atto di nascita del bambino reca menzione o traccia dell'accordo di maternità surrogata, tenderà di mettere il proprio ordinamento giuridico di fronte al fatto compiuto chiedendogli di porre rimedio, nell'interesse in concreto del figlio minore, al carattere claudicante della filiazione.

Come reagiscono i giudici a queste sollecitazioni? Sino ad oggi è rimasto decisamente minoritario l'orientamento favorevole alla trascrizione nei registri dello stato civile italiano degli atti stranieri da cui risulti la genitorialità dei cosiddetti genitori di intenzione di cittadinanza italiana. Orientamento basato sulla convinzione che non possa ritenersi affermata la contrarietà all'ordine pubblico esterno di tali atti in ragione del crescente numero di ordinamenti a noi culturalmente vicini che ammettono la maternità surrogata a titolo gratuito; nonché sull'opportunità di evitare il carattere claudicante della filiazione, a protezione dell'interesse in concreto del minore alla stabilità dello *status familiae* comunque acquisito ⁽³⁰⁾.

Proprio la tutela dell'interesse del nato da madre surrogata pare costituire la *ratio decidendi* che ha condotto la Corte europea dei diritti dell'uomo, con due sentenze gemelle, a condannare la Francia per non avere riconosciuto il rapporto di filiazione legalmente instauratosi negli Stati Uniti tra due coppie (entrambe eterosessuali, francesi e residenti in Francia) e le rispettive figlie (le due gemelle Mennesson e la piccola Labassee) nate da due gravidanze per conto d'altri ⁽³¹⁾.

La Corte europea, invero, ha escluso che tale rifiuto configurasse una violazione del diritto alla vita familiare delle due coppie; ha però ri-

e quindi sicuramente non negoziale. Sul punto, CORTI, *op. cit.*, 1488 s.

⁽³⁰⁾ Così APP. BARI, 13.2.2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 251 ss., con nota di DE TOMMASI, *Riconoscibilità dei c.d. «parentalorder» relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*; TRIB. NAPOLI, 14.7.2011, in *Foro it.*, 2012, I, 3349 (riguardante però il solo padre genetico).

⁽³¹⁾ Così CORTE EUR. DIR. UOMO, 26.6.2014, ric. 65192/11 e ric. 65941/11.

tenuto che fosse stato violato il diritto delle minori – legalmente riconosciute negli Stati Uniti come figlie delle coppie francesi – al rispetto della loro vita privata. Va osservato come, prima di ricorrere alla Corte di Strasburgo, le tre bambine abbiano vissuto in Francia con i loro genitori d'intenzione per molti anni senza godere dello stato civile di filiazione corrispondente alla loro vita familiare effettiva e senza che venisse riconosciuta loro la cittadinanza francese. Va inoltre considerato il rilievo argomentativo, sul quale a breve dovremo tornare, attribuito dalla Corte al fatto che i due mariti erano stati entrambi donatori dei gameti maschili necessari per la procreazione delle rispettive figlie, integrandone così l'identità biologica.

Di poco successiva alle richiamate decisioni della Corte europea, è la sentenza della Cassazione riguardo al rifiuto dell'ufficiale di stato civile di trascrivere l'atto di nascita di un bambino concepito in Ucraina mediante una maternità surrogata non rispettosa della normativa di quel Paese perché mancante dell'apporto genetico di almeno uno dei due genitori di intenzione⁽³²⁾.

La Cassazione ha ritenuto l'atto di stato civile ucraino contrario all'ordine pubblico esterno italiano motivando tale affermazione principalmente sulla base di due rilievi: *a*) l'intollerabilità della violazione della dignità umana delle gestanti negli accordi di maternità surrogata; *b*) la necessità che, in mancanza di un legame genetico con almeno uno di coloro che si pretendono genitori legali, il nato non sia sottratto alla gestante in base ad un accordo privato; e che, nel caso in cui quest'ultima al momento del parto non intenda assumersi la responsabilità genitoriale, sia individuata una famiglia idonea ad accogliere il nato secondo le procedure previste per l'adozione.

Ritengo pienamente condivisibile il primo rilievo benché, come osserva la Corte, esistano obiezioni secondo le quali non vi sarebbe alcuna lesione della dignità della donna ove questa si offra come madre meramente gestazionale per spirito di solidarietà ed a titolo gratuito.

⁽³²⁾ Cass., 11.11.2014, n. 24001, in *Mass. Giust. civ.*, 2014.

Due requisiti ben difficili però da mantenere al di fuori di pochi casi eccezionalmente motivati. Al netto forse di comportamenti eccezionalmente motivati da esigenze «ideologiche», sul breve orizzonte di una battaglia per «i diritti civili» è infatti ben difficile che una donna presti il suo corpo per ospitarvi i futuri figli di altri senza esservi indotta da altro che non sia umana solidarietà. E forse è già questa la ragione per la quale alcuni Paesi (abbondanti in povertà) sono più visitati di altri per «turismo procreativo».

Vero è che procedure di procreazione con madri di sostituzione o surrogate sono già disciplinate pure in Paesi europei e americani a noi culturalmente abbastanza vicini, ma il requisito della gratuità, generalmente previsto, resta un punto delicatissimo non tanto riguardo alla sua formale previsione quanto alla sua effettività (ove, cioè, non ci si accontenti di una clausola sottoscritta dalle parti).

Tanto i sociologi che i giuristi sanno bene, del resto, che le logiche retributive possono ben coesistere con un singolo negozio giuridico a titolo gratuito prima e dopo del quale rimane una relazione tra le parti altrimenti governata, mentre la stessa gratuità, accompagnata da indennizzi e rimborsi, può dare surrettiziamente luogo a prestazioni retribuite⁽³³⁾. Né rassicura il fatto che, nei Paesi dove la disciplina della gratuità dell'accordo di maternità surrogata è più strettamente controllata, la gestante per conto d'altri è quasi sempre una familiare della madre committente (di solito la madre nonna e la madre-zia del nato)⁽³⁴⁾. È evidente come il legame familiare tra gestante e madre possa incentivare decisioni oblativo, ma soprattutto come possa indurle o più esattamente forzarle, con conseguenze che andrebbero evitate. Quanto alle committenze tra estranei, per avere un'effettiva garanzia di gratuità occorre

⁽³³⁾ Tipica, per l'Italia, è la vicenda dell'ufficio (gratuito per legge) del tutore e dell'amministratore di sostegno.

⁽³⁴⁾ È quanto emerge, ad esempio, dalla rassegna di giurisprudenza belga riportata nel documento «*La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États membres de la CIEC*», pubblicato sul sito di questa organizzazione interstatale nel febbraio 2014.

rebbe almeno eliminare il momento degli accordi tra i privati (gestante, committenti, intermediari) e stabilire anche nei riguardi dei «committenti» l'anonimato, almeno sino al momento dell'esecuzione della prestazione, delle gestanti per conto terzi, la cui disponibilità andrebbe preventivamente raccolta da un'autorità amministrativa-sanitaria responsabile del successivo abbinamento tra donne portatrici di redditi o di rendite adeguati e dunque non condizionabili dall'obiettivo di una retribuzione o di una indennità, ancorché dissimulate.

È stato però osservato, con particolare riguardo al Regno Unito, come l'attuazione di un sistema efficiente di controllo della «eticità» delle gestazioni per conto d'altri si scontri con la mancanza di «gestanti di cortesia», inducendo i cittadini a reperire ugualmente quel servizio in altri Paesi. Essi, tornando in patria con il figlio ormai ricevuto da una madre surrogata, vedranno riconosciuta la propria genitorialità anche quando sia evidente il mancato rispetto delle regole di eticità imposte dalla legge inglese, poiché il giudice riterrà prioritario proteggere il superiore interesse del minore ormai nato mediante tecniche che in se stesse l'ordinamento ricevente ammette⁽³⁵⁾.

Anche il secondo rilievo posto a fondamento della richiamata sentenza della Cassazione – riguardante la mancanza di un legame genetico del nato da maternità surrogata con almeno uno dei genitori d'intenzione – può essere condiviso. Esso pone però un limite di ordine pubblico alla riconoscibilità della filiazione mediante maternità surrogata decisamente più arretrato di quello che fa perno sull'indissolubilità della maternità dalla gestazione. Occorre quindi guardarsi dal rischio che, da argomento *ad adiuvandum*, il secondo rilievo svolto dalla Cassazione si trasformi in altre decisioni in un argomento alternativo e quindi contrario al primo. Con l'ulteriore rischio, in prospettiva, di scoprire che questa seconda e più arretrata linea di invalicabilità si riveli ben più facile da oltrepassare, dato che già in altre fattispecie si

riconosce che la genitorialità non si fonda necessariamente nel suo antefatto genetico, dato che questo è vero solo in ragione della obiettiva preponderanza del lungo, intimo ed intenso processo di vita che avviene durante la gravidanza.

8. MATERNITÀ SURROGATE E TUTELA DELLA VITA FAMILIARE. Un terzo rilievo dovrebbe forse assumere maggiore importanza nelle decisioni che riguardano la riconoscibilità o meno dello stato di filiazione conseguito all'estero mediante una gestazione per conto di altri: mi riferisco all'esistenza, oppure alla mancanza, di una vita familiare già consolidatasi nel momento in cui viene richiesto il riconoscimento giuridico di un rapporto di filiazione⁽³⁶⁾.

In entrambi i casi che hanno dato luogo alle già richiamate sentenze gemelle della Corte europea, i figli nati mediante maternità surrogata si trovavano a vivere da circa dieci anni nella famiglia dei genitori-committenti. A fronte di una vita familiare ormai consolidatasi, il diniego dello stato di filiazione giuridicamente già costituitosi all'estero secondo la Corte non poteva comunque risultare giustificato.

Sotto forme nuove, o nuovissime, si ripropone qui un dilemma già ben conosciuto dai giudici: una cosa, ad esempio, è allontanare il bambino appena entrato in una famiglia che lo ha adottato senza rispettare le procedure, altra invece è intervenire per sradicare quello stesso bambino dai suoi affetti familiari alcuni anni dopo che sia stato illegittimamente adottato. Nel primo caso lo Stato tutela l'interesse generale dei minori ad essere adottati e non, ad esempio, comprati o illegittimamente sottratti alla loro madre. Nel secondo caso si potrebbe invece ritenere che l'intervento statale, per la sua tardività, non persegua nessun obiettivo utile, né in termini preventivi generali né in quella concreta situazione.

⁽³⁶⁾ Cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 3.5.2011, ric. 56759/08, ove il ricorrente, cittadino greco, adottato dallo zio vescovo negli Stati Uniti ma in violazione del diritto greco, si era visto negare lo *status* di figlio molti anni dopo, quando il genitore adottivo era morto. La Corte osserva, tra l'altro, che il rapporto di filiazione aveva ormai avuto una lunga ed effettiva durata prima della morte del genitore adottivo.

⁽³⁵⁾ Così FRISON ROCHE, *L'impossibilité de réguler l'illicite: la convention de maternité de substitution*, in *Recueil Dalloz*, 2014, 2186 s.

La temporalità dovrebbe dunque costituire – fungendo spesso, anche se non necessariamente, da unità di misura dell'interesse in concreto del minore – uno degli elementi di valutazione nel decidere se il riconoscimento di rilevanza giuridica all'atto straniero si scontri oppure no con il limite dell'ordine pubblico esterno, il quale è sempre da valutare in concreto riguardo al singolo atto, o meglio agli effetti che esso produrrà nell'ordinamento interno ⁽³⁷⁾.

Questo potrebbe suscitare, criticamente, l'idea di una filiazione acquisita per usucapione, istituto ovviamente estraneo alle vicende di *status*. Pensarlo sarebbe tuttavia una evidente forzatura, dato che in questo caso si tratta più modestamente di fare emergere una *ratio decidendi* in grado, assieme ad altre, di orientare il giudice nel prendere decisioni che sappiano bilanciare il rispetto del superiore interesse dei minori valutato in astratto con la salvaguardia del superiore ma concreto interesse del minore coinvolto nella singola decisione ⁽³⁸⁾.

Un bilanciamento delicatissimo che la Corte di Strasburgo sembra avere mancato nella sua più recente decisione riguardante il caso di una procedura di adottabilità disposta dal giudice italiano nei riguardi di un bimbo di nove mesi giunto in Italia con la coppia che lo aveva ottenuto acquistando per 49.000 euro un servizio di maternità surrogata realizzata in Russia senza alcun apporto genetico da parte dei committenti ⁽³⁹⁾. La Corte ha ritenuto che la violazione da parte dei coniugi del divieto di maternità surrogata e la violazione delle norme sull'ado-

zione internazionale ⁽⁴⁰⁾ non giustifichino una misura così drastica come l'allontanamento del bambino da coloro che in fatto svolgono le funzioni genitoriali, poiché mancava nel caso di specie un pericolo immediato cui sottrarre il minore. Mi pare tuttavia che la sottrazione del bambino in tenerissima età alla coppia che lo aveva commissionato avesse il duplice e condivisibile intento di non creare un maggior danno al bambino dilazionando un provvedimento che se adottato in seguito avrebbe avuto effetti ben più traumatici e di prevenire una filiera di acquisto di bambini prodotti a pagamento su commissione che la legge russa in effetti rende possibili, con il conseguente annichimento del sistema di cooperazione interstatuale delle adozioni internazionali, reso inutile dalla possibilità di acquisire per contratto bambini che altri hanno partorito con il patrimonio genetico di sconosciuti; e con tempi decisamente più brevi di quelli che, almeno in Italia, caratterizzano le procedure di adozione internazionale ⁽⁴¹⁾.

Alla fioca luce del diritto vivente, dentro e fuori i confini nazionali, risulta dunque ancor più opportuno giungere alla costruzione di un sistema convenzionale di cooperazione interstatuale che non obblighi le parti contraenti né ad introdurre né ad eliminare dal proprio ordinamento la maternità surrogata, ma che realizzi un sistema di tutela più efficace delle persone coinvolte ed in particolare delle donne gestanti.

Con quali clausole? Se stabilisse le condizioni legali uniformi del successivo riconoscimento della filiazione mediante maternità surrogata nel Paese di cittadinanza dei genitori d'intenzione la Convenzione andrebbe troppo oltre i suoi ragionevoli obiettivi, realizzando in so-

⁽³⁷⁾ Il consolidarsi della vita familiare è parso un elemento di valutazione significativo anche per CORTE EUR. DIR. UOMO, 28.6.2007, ric. 76240/01, riguardante il caso di una minore peruviana cui le autorità lussemburghesi si ostinavano a non riconoscere lo stato di figlia legittima della madre adottiva.

⁽³⁸⁾ Interessanti alcuni passaggi della sentenza resa a stretta maggioranza in Spagna dal TRIBUNAL SUPREMO, 6.2.2014, n. 835/2013, secondo il quale «*la invocación indiscriminada del 'interés del menor servirá de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordinamiento*».

⁽³⁹⁾ CORTE EUR. DIR. UOMO, 27.1.2015, ric. 25358/12.

⁽⁴⁰⁾ Per la quale essi avevano ricevuto il decreto di idoneità relativo ad un minore di età più grande.

⁽⁴¹⁾ Reagendo a questa prospettiva, il legislatore italiano potrebbe differenziare la sanzione penale per violazione del divieto di maternità surrogata, sanzionando più severamente (in modo da superare la soglia dell'impunità di cui all'art. 9, comma 2°, cod. pen.) i casi nei quali non vi sia apporto genetico da parte dei committenti, o non risulti provata la gratuità della prestazione e la piena liberalità e consapevolezza della gestante.

Saggi e Aggiornamenti

stanza una legalizzazione indiretta ed ambigua della maternità surrogata anche nei Paesi dove essa è vietata. Potrebbero però essere previste procedure di garanzia contro la commercializzazione della gestazione; procedure di accreditamento degli enti operanti nel settore in quei Paesi che ammettano la maternità surrogata.

Potrebbe infine essere previsto l'impegno dei Paesi che ammettono la maternità surrogata a consentirne l'accesso a cittadini stranieri, o a cittadini stranieri non residenti, solo a fronte della garanzia della riconoscibilità della stessa nel Paese di cittadinanza ⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ In questa prospettiva, FULCHIRON-BIDAUD-GARON, «*L'enfant de la fraude [...]*», in *Recueil Dalloz*, 2014, 905 ss.