

La surrogazione di maternità tra responsabilità genitoriale ed interesse del minore*

di Silvia Albano

Il progresso scientifico e l'evolversi delle tecniche di riproduzione hanno fatto emergere diverse figure genitoriali (madre genetica, madre biologica, madre sociale, padre genetico, padre sociale), ponendo il problema della regolamentazione dei diversi rapporti di filiazione in ipotesi di ricorso a tecniche procreative vietate dalla legge (cd maternità surrogata e fecondazione eterologa prima della sentenza della Corte Costituzionale n. 162/2014) o non compiutamente disciplinati dalla normativa (v. scambio di embrioni).

Anticipo i principi che illustrerò meglio più avanti e che devono (a mio giudizio) guidare l'interprete in questa delicata materia, che coinvolge anche molto pesantemente le convinzioni etiche di ciascuno: In tutte le ipotesi nelle quali è coinvolto un minore il criterio guida per il giudice nella difficile operazione di bilanciamento degli interessi in conflitto deve essere quello della **prevalenza dell'interesse del minore** (art 3 Convenzione di NY) ed il principio che ormai governa i rapporti di filiazione è quello dell'**autoresponsabilità**: l'assunzione di responsabilità in ordine alla genitorialità (non a caso con la recente riforma della filiazione si è abbandonato il concetto di potestà genitoriale passando a quello di responsabilità genitoriale), perdendo di rilevanza la verità genetica del rapporto di filiazione in favore dei **rapporti familiari concretamente instaurati**, e come tali degni di tutela da parte dell'Ordinamento giuridico.

Uno dei temi che è stato oggetto di ampio dibattito tra i giuristi ed in ambito politico fin dagli anni 80, quando erano in gestazione diversi disegni di legge sulla Procreazione medicalmente assistita (in prosieguo Pma), è quello della maternità surrogata, non solo se tale tecnica fosse ammissibile nel nostro ordinamento, ma anche se dovesse prevalere, in caso di conflitto, la madre genetica o la madre uterina.

Con il termine maternità surrogata si definiscono in realtà diverse ipotesi molto diverse tra loro che comportano problemi interpretativi e giuridici in parte differenti:

- 1) Il caso nel quale viene impiantato nell'utero della donna un embrione formato con materiale genetico della coppia committente;
- 2) Il caso nel quale la donna che porta avanti la gravidanza fornisce l'ovocita fecondato - o l'ovocita è fornito da terzi - con il gamete maschile del committente;

- 3) Il caso nel quale l'embrione impiantato è formato con materiale genetico estraneo ai committenti;

Il legislatore italiano ha scelto di vietare sempre e comunque tale tecnica, applicando anche una sanzione penale in caso di violazione (art 12, comma 6, l. 40/2004: «*Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro*»), inoltre ha scelto di legare la maternità sempre e comunque al fatto storico del parto (art 269 comma 3 cc).

Il problema si pone comunque perché vi sono coppie italiane o miste che vanno all'estero, dove tale tecnica è consentita e viene riconosciuto il rapporto di filiazione in capo alla coppia committente, tornando poi in Italia dove chiedono la trascrizione degli atti di nascita dai quali risultano genitori. Il problema si pone anche per le coppie omosessuali che ricorrono a tale tecnica e chiedono l'adozione del figlio del *partner* (questione di cui parlerò più diffusamente più avanti).

Infatti, la maternità surrogata è legale in molti Paesi (ad es Ucraina, Grecia, Paesi Bassi, Regno Unito, Russia, India, molti Stati degli Usa, Canada ecc.), in alcuni è autorizzata solo nella forma altruistica, in altri è prevista una retribuzione; mentre alcuni degli Stati (ad es. l'Ucraina) la consentono solo se il gamete maschile è fornito dal committente (il padre deve essere anche il padre biologico).

La Corte costituzionale con la sentenza n. 162/2014 (del 9 aprile 2014, pubblicata in Gu 026 del 18.6.2014), di grandissima portata perché, forse per la prima volta, afferma espressamente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa (sciogliendo l'annoso dilemma sulla prevalenza del *favor veritatis*), ribadisce, però, con forza, che la fecondazione eterologa «va rigorosamente circoscritta alla donazione dei gameti, e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cd 'surrogazione di maternità', espressamente vietata dall'art. 12, 6° comma, l. 40/04, con prescrizione non censurata e che in nessun modo, e in nessun punto, è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia». Tale inciso finale costituisce però un *obiter*, non essendo certo precluso agli interpreti di avvalersi delle argomentazioni di cui alla sentenza cit. al fine, diverso ma non certo del tutto eterogeneo, di «aprire», nel nostro Paese, a una qualche forma di riconoscimento della maternità surrogata.

La Corte, infatti, afferma: «*Deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, 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, perché anch'essa attiene a questa sfera. ... il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche*

indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'Ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981) rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa. La libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale.»

La sentenza della Corte ha dato ulteriore vigore ad una giurisprudenza sovranazionale e nazionale, specie di merito, che già in precedenza aveva posto l'accento sul dato della genitorialità come scelta consapevole di vita con correlativa assunzione di responsabilità (a maggior ragione dopo la novellazione della disciplina della filiazione con il d.lgs n. 154/2013) e non sul mero dato biologico della procreazione ed aveva prefigurato un modello di famiglia, come tale tutelato dall'ordinamento giuridico, fondato sui legami, di solidarietà ed affetto, concretamente instaurati.

La Cedu è intervenuta in diverse occasioni sul tema della maternità surrogata.

Con le sentenze gemelle del giugno 2014 (Cedu, Menesson c/ Francia del 26.6.2014 e Labassee c/ Francia, in pari data) ha condannato la Francia che rifiutava di trascrivere gli atti di nascita relativi a dei bambini nati negli Stati Uniti grazie ad un contratto di «maternità surrogata». La Cedu ha condannato la Francia, ove la maternità surrogata è vietata, nonostante l'ordinamento francese non impedisse che i figli vivessero regolarmente con i genitori, ma rilevando gli inconvenienti per i minori derivanti dal dovere utilizzare per ogni adempimento burocratico gli atti di nascita statunitensi tradotti ed apostillati e dal mancato riconoscimento della cittadinanza francese (in questo caso il padre era anche il genitore genetico dei bambini, mentre l'ovocita era proveniente da un terzo donatore). La mancata trascrizione dell'atto di nascita è stata considerata violativa del diritto dei minori al rispetto della vita privata e familiare (art 8 Cedu)

La Corte in questo caso non è entrata nel merito della discrezionalità del legislatore francese di vietare il ricorso a tali tecniche di procreazione, sul quale non c'era peraltro adeguato consenso tra gli Stati aderenti alla convenzione, ma ha fatto riferimento al prevalente interesse del minore a vedere riconosciuti i legami familiari concretamente instaurati e consolidati nel tempo (a tale soluzione era giunta in Italia la Corte d'appello di Bari con la nota sentenza del 13 febbraio 2009, estensore Labellarte, sempre sul presupposto del preminente interesse del minore a mantenere i legami familiari concretamente instaurati - ai fini del riconoscimento nello Stato Italiano dei "parental order" resi nel Regno Unito in forza dei quali è riconosciuta ad una donna la maternità cd surrogata su un bambino, deve farsi riferimento alla nozione di ordine pubblico internazionale; a tal fine, il solo fatto che la legislazione italiana vieta, oggi (ma non quando i minori sono nati), la tecnica della maternità surrogata, ed il sol fatto che essa è ispirata al principio (tra l'altro, tendenziale, e, in taluni casi, derogabile), della prevalenza della maternità "biologica" su quella "sociale", non sono, di per sé, indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni (come quella inglese, e quella greca) che prevedono deroghe a tale principio.).

A seguito delle decisioni della Corte di Strasburgo la Corte di cassazione francese, nonostante in Francia la maternità surrogata sia vietata, con sentenza del 3 luglio 2015, n. 14-21-323 ha autorizzato la trascrizione di un atto di nascita formato in Russia nel quale un cittadino francese risultava padre di un minore nato da maternità surrogata, ritenendo che in ottemperanza a quanto statuito nelle sentenze della Corte Edu non vi è contrarietà all'ordine pubblico qualora l'atto di nascita non sia falsificato e sia accertato il legame biologico di paternità.

Di una questione simile ha dovuto recentemente occuparsi anche la Corte di cassazione che, con la sentenza n. 24001/2014 del 26 settembre 2014 – sez 1 civile, ha rigettato il ricorso di una coppia avverso la dichiarazione di adottabilità di un bambino avuto all'estero attraverso tali tecniche. La coppia era stata anche sottoposta a procedimento penale per il reato di alterazione di stato. Il bambino era stato affidato ad una famiglia e successivamente ne era stato dichiarato lo stato di adottabilità.

La Corte ha sostenuto che nel caso in questione non erano applicabili le sentenze Cedu sopra richiamate perché anche il padre, così come la madre, non era il padre genetico del bambino, il divieto di pratiche di surrogazione era di ordine pubblico (come già suggeriva la sanzione penale prevista) in considerazione della tutela della dignità umana della gestante e della violazione della legge sull'adozione, alla quale solo l'Ordinamento affiderebbe la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici con il nato. Ha, quindi, ritenuto che il preminente interesse del minore si realizzasse, attraverso una valutazione effettuata a monte dal legislatore, attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando all'istituto dell'adozione (con le conseguenti garanzie giurisdizionali) e non all'accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico.

Tale sentenza, laddove allude ad una valutazione dell'interesse preminente del minore che prescinde dal caso concreto si discosta non solo da quanto stabilito nelle convenzioni internazionali alle quali l'Italia ha aderito (l'art 3 della convenzione di NY, ratificata con Legge 27 maggio 1991, n. 176, testualmente recita: «***In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente***»), ma anche dalla giurisprudenza delle Corti europee che alludono sempre ad una valutazione da effettuarsi caso per caso.

Non a caso a tale sentenza è seguita una condanna dell'Italia da parte della Cedu per la violazione dell'art 8 Cedu con la sentenza del 27.1.015 nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia.

Si trattava di un caso del tutto analogo a quello esaminato dalla Cassazione: contratto di maternità surrogata effettuato all'estero ove la coppia committente, italiana, non aveva legami genetici con il nato (sia l'ovocita che i gameti maschili erano di terzi); il Tribunale per i minorenni aveva iniziato il procedimento per la dichiarazione dello stato di abbandono e di adottabilità del minore, nato nel febbraio 2011, che nell'ottobre 2011 veniva allontanato dalla casa dei ricorrenti, posto in una casa famiglia, e nel gennaio 2013 affidato ad una nuova famiglia. La Corte ritiene che l'allontanamento del bambino abbia costituito un'indebita ingerenza nella vita privata e familiare, affermando che l'art 8 Cedu si applica in situazioni in cui vi siano legami familiari di fatto e non solo di diritto. La Corte non entra nel merito della legittima discrezionalità dello Stato di vietare tali pratiche di procreazione, ma sostiene che in ogni caso, **nelle situazioni nelle quali è**

coinvolto un minore, l'interesse superiore di questi deve comunque prevalere ed essere l'oggetto principale dell'opera di bilanciamento fra interesse del singolo e quello della comunità.

Secondo la Corte, **il riferimento all'ordine pubblico non può giustificare indiscriminatamente ogni misura, in quanto l'obbligo di considerare il superiore interesse del minore incombe sullo Stato indipendentemente dal legame genitoriale, genetico o di altro tipo.** In particolare, l'allontanamento del bambino dal contesto familiare costituisce una misura estrema, che può giustificarsi solo se necessaria per proteggere il bambino medesimo da un pericolo immediato che incombe su di lui. Ne consegue che *«la Corte non è convinta del carattere adeguato degli elementi sui quali le autorità si sono basate per affidare il bambino ai servizi sociali. Ne segue che le autorità italiane non hanno preservato il giusto equilibrio tra gli interessi in gioco».*

Ai principi espressi dalle sentenze Cedu sopra richiamate si sono riferiti i giudici di merito in recenti importanti decisioni (contro Tribunale di Forlì 25 ottobre 2011, che per l'atto di nascita relativo a gemelli nati all'estero da maternità surrogata con seme del coniuge italiano, ovociti di donatrice ignota e gestazione da parte di altra donna, ha autorizzato la trascrizione nella parte relativa al padre con conseguente trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero mentre ha negato la trascrizione dell'atto di nascita quanto alla coniuge del padre che non risultava essere né madre genetica né madre uterina dei minori).

Il Tribunale di Varese, Gup, 8 ottobre 2014 (est. Stefano Sala), ha ritenuto che le dichiarazioni di nascita relative ad un rapporto di filiazione a seguito di maternità surrogata costituissero un falso innocuo, sulla base di un'applicazione diretta delle norme pattizie come interpretate dalle citate sentenze Cedu (v. anche Tribunale Milano 15.10.2013);

Il Tribunale di Milano ha escluso il reato di alterazione di stato relativamente a due coppie che si erano avvalse delle tecniche di maternità surrogata all'estero (una in India e l'altra in Ucraina) ove tale tecnica è consentita e tollerata e dove gli atti di nascita, lecitamente per la legge del luogo, riportano quali genitori la coppia committente. Gli atti di nascita in questione erano stati trascritti in Italia e per questo le coppie committenti erano state accusate del reato di alterazione di stato. Il reato è stato escluso perché la maternità surrogata era lecita in Ucraina e non vietata in India e gli atti di nascita formati all'estero indicavano lecitamente come genitori, secondo la *lex loci*, le sole coppie di italiani (gli uomini erano anche padri biologici). In Italia era solo stata effettuata la trascrizione, con funzione pubblicitaria, di un atto di nascita formato all'estero e già perfetto. Entrambe le sentenze hanno però ritenuto sussistere il meno grave reato, di cui all'art 495 cp, di false attestazioni o dichiarazioni ad un pubblico ufficiale sull'identità o le qualità personali proprie o di altri (condanna che appare però in contraddizione con il ragionamento seguito per assolvere dal più grave reato di alterazione di stato).

Tale orientamento dei giudici di merito è stato recentemente confermato dalla Corte di cassazione penale con la sentenza n. 13525 del 2016, depositata il 5 aprile 2016, che ha deciso sul ricorso avverso una sentenza del Gup di Napoli che aveva assolto una coppia imputata dei reati di cui all'art 12 comma 6 l. n. 40/2004 (divieto di maternità surrogata), 567 comma 2 cp (alterazione di stato) e 476 cp (false attestazioni a Pubblico ufficiale). Si trattava di una coppia che aveva avuto un figlio minore in Ucraina

ricorrendo alla tecnica della maternità surrogata con gameti riconducibili all'imputato italiano. Gli imputati, in base alla legge Ucraina erano i genitori del minore. La Corte afferma che non è possibile *«cogliere alcuna alterazione dello stato civile del minore nell'atto di nascita ... che, al contrario, risulta perfettamente legittimo alla stregua della normativa in base alla quale doverosamente è stato redatto»* ed ai sensi della legge sullo stato civile (art 15 DPR 396/2000) *«le dichiarazioni di nascita relative a cittadini italiani (e tale è il minore in quanto figlio di padre italiano ...) nati all'estero so rese all'autorità consolare (comma 1) e devono farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità competenti ...»*, quindi *«... l'ufficiale di stato civile italiano non ha formato alcun atto falso, ma si è limitato a procedere alla trascrizione dell'atto, riguardante un cittadino italiano, formato all'estero.»* In relazione al reato previsto dall'art 12 l. 40 la Corte afferma che *«... è controversa anche in giurisprudenza la questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello Stato in cui fu commesso (cd doppia incriminabilità)»*, ritiene, pertanto, la Corte, dopo una rapida disamina degli orientamenti giurisprudenziali sul punto, che *«... il problema in esame assume sicuro rilievo ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta»* in quanto l'errore investe la portata applicativa di una norma.

La Corte d'appello di Torino con decreto del 29 ottobre 2014 ha autorizzato la trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato in Spagna con la fecondazione eterologa da due madri una italiana e l'altra spagnola (una aveva portato avanti la gravidanza con ovocita dell'altra), poiché, nel caso in questione, non si trattava di introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da diverso tempo, nell'esclusivo interesse di un bambino che era stato cresciuto da due donne che la legge spagnola – luogo di nascita del figlio - riconosceva entrambe come madri. Assumeva rilievo determinante la circostanza che la famiglia esistesse non tanto sul piano dei *partners* ma con riferimento alla posizione, allo *status* e alla tutela del figlio. Nel valutare il *best interest* per il minore non devono essere legati fra loro, il piano del legame fra i genitori e quello fra genitore-figli: l'interesse del minore pone, *in primis*, un vincolo al disconoscimento di un rapporto di fatto, nella specie validamente costituito fra la co-madre e un figlio.

La Corte d'appello di Milano, facendo applicazione dei medesimi principi ha riconosciuto la sentenza di adozione straniera (decreto 16 ottobre 2015) con la quale una donna aveva adottato (con adozione piena) la figlia della compagna, avuta con la fecondazione eterologa e con la quale si era unita in matrimonio (sempre in Spagna), in quanto ritenuta non in contrasto con i principi di ordine pubblico internazionale e confacente al superiore interesse del minore. Il Tribunale per i minorenni di Bologna, con ordinanza 10 novembre 2014, ha invece sollevato la questione di costituzionalità ritenendo che gli artt 35 e 36 l. 184/1983 non consentissero al giudice di valutare l'interesse del minore in un caso analogo (si trattava di una sentenza di adozione piena emessa negli Usa da parte della compagna della madre biologica del minore con la quale era unita in matrimonio), posto che il riconoscimento della sentenza straniera non avrebbe potuto avere luogo in quanto contrario ai principi fondamentali che regolano nello stato il diritto di famiglia e dei minori.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 76/2016, le cui motivazioni sono state depositate recentissimamente ha dichiarato inammissibile la questione sollevata in quanto al momento dell'adozione l'adottante era cittadina americana e così la figlia adottata, sicché doveva applicarsi il riconoscimento automatico della sentenza straniera e non trovava applicazione il comma 2 di tale norma, che prevedeva l'applicazione della

legislazione speciale in materia di adozione internazionale con il previo vaglio da parte del Tribunale per i minorenni.

La Corte d'appello di Napoli, con la recentissima ordinanza del 30 marzo 2016, ancora non conoscendo le motivazioni della Corte costituzionale sopra citata, ha ritenuto che avessero efficacia diretta nell'ordinamento italiano due sentenze di adozione piena emesse dal Tribunale francese di Lille, con le quali due donne (una francese e l'altra con doppia cittadinanza francese e italiana), unite in matrimonio, avevano adottato, rispettivamente, il figlio minore della compagna (entrambi nati in Italia). L'ufficiale di stato civile aveva rifiutato la trascrizione delle sentenze di adozione in quanto il matrimonio sarebbe stato improduttivo di effetti nell'ordinamento giuridico italiano. Con motivazione che mi pare decisamente tecnicamente più precisa ed approfondita di quella adottata dalla Corte costituzionale, la Corte d'appello ha ritenuto che, trattandosi di adozione nazionale straniera francese e non di adozione internazionale secondo la Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 (recepita in Italia con la l. n. 476/1998 che ha tra l'altro previsto una complessa procedura per la delibazione del provvedimento di adozione straniero), non trovava applicazione l'art. 41, comma 2, ma gli artt 65 e 66 della legge in materia di diritto internazionale privato (riconoscimento automatico se si tratta di provvedimenti che producono effetti nello stato in cui sono pronunciati, non sono contrari all'ordine pubblico e sono rispettati i diritti della difesa). Si trattava, infatti, di adozione nazionale straniera francese da parte di due donne coniugate che secondo la loro legge nazionale potevano adottare in forma piena il figlio minore del coniuge.

La Corte motiva sulla non contrarietà all'ordine pubblico, facendo riferimento al concetto di ordine pubblico internazionale enucleato nella sentenza della Corte di cassazione n. 19405/2013: *«È... acquisizione sufficientemente consolidata quella per cui la nozione di ordine pubblico ...- in forza della quale la norma straniera che vi contrasti non può trovare ingresso nel nostro ordinamento in applicazione della pertinente disposizione di diritto internazionale privato- non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno, racchiudendo essa i principi fondamentali della Costituzione o quegli altri principi e regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale»*. Le fonti sovranazionali concorrono, infatti, a delineare i diritti fondamentali del nostro ordinamento giuridico in base all'art 117, comma 1, della costituzione che eleva a fonte sovraordinata i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (anche quelli pattizi, quindi, come la Cedu). La Corte motiva, quindi, facendo riferimento alla necessità di tutelare i diritti fondamentali delle persone coinvolte (quali quelli di non subire discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale, del diritto alla libera circolazione sul territorio Ue) e l'interesse superiore dei minori a mantenere i legami familiari, richiamando Corte di cassazione 601/2013 laddove afferma *«come costituisca mero pregiudizio ritenere che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale e come ogni situazione deve essere valutata singolarmente, tenuto conto del preminente interesse del minore rispetto alle figure genitoriali e al suo diritto di convivere e/o mantenere regolari rapporti significativi con tutte le figure adulte di riferimento, indipendentemente dalle loro tendenze sessuali, ritenute in concreto adeguate ad assicurargli l'affetto e la cura indispensabili per la sua armoniosa crescita»*. Richiama, poi, la giurisprudenza della Corte Edu già citata sopra, oltre a

quella che afferma che le relazioni omosessuali rientrano nel concetto di vita privata e familiare tutelata dall'art 8.

Si trattava di una famiglia nella quale i due figli, pur essendo figli biologici delle due donne che li avevano avuti ricorrendo alla fecondazione eterologa, riconoscevano come madri le due donne e si sentivano ed erano trattati dalle due madri come fratelli. Le due donne erano residenti in Italia ed il loro matrimonio era stato trascritto nel comune di residenza a seguito di decreto della Corte d'appello di Napoli dell'8 luglio 2015. Entrambi i figli erano nati in Italia e grazie alle sentenze francesi sono divenuti figli di entrambe le donne.

Il Tribunale per i minorenni di Roma (richiamandosi anche al principio espresso da Cass. 601/2013) ha fatto applicazione in numerosi casi di coppie omosessuali della norma di cui all'art 44 l. 184/83 (adozione in casi particolari) che la giurisprudenza aveva da tempo ritenuto applicabile non solo alle coppie coniugate, ma anche al caso di coppie conviventi (v. Tribunale minorenni di Milano sentenza n. 626/2007, Corte di appello di Firenze sentenza n.1274/2012) e persone singole, nell'interesse del minore a non recidere i legami familiari consolidatisi nel tempo (v. Tribunale per i minorenni di Roma sentenze n. 299/2014 e 291/2015 con le quali è stata accolta la domanda di adozione in casi particolari da parte della compagna dello stesso sesso della madre del minore nell'ambito di coppia di donne unite da vincoli matrimoniali contratti all'estero – in senso contrario Tribunale per i minorenni Piemonte e Valle d'Aosta sentenze 9.9.2015 n.258 e 259. La Corte d'appello Roma con sentenza del 23.12.2015 ha rigettato l'appello proposto dal Pm avverso la sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma del 30.7.2014).

Come si è visto, la possibilità di accedere all'estero a pratiche di fecondazione assistita eterologa od alle tecniche di maternità surrogata da parte di single, e di coppie di persone dello stesso sesso, ha contribuito a dare concretezza anche nel nostro Paese ad un nuovo modello di famiglia, cd arcobaleno, nella quale sulla base di un progetto genitoriale condiviso da entrambi, i *partner* della coppia omosessuale decidono di far nascere dei figli.

Nella prassi si rilevano diversi modelli di famiglie omogenitoriali, i cui *partner* sono spesso legati da matrimoni o unioni civili celebrate all'estero (figli di cui un solo *partner* è genitore genetico; figli nati con patrimonio genetico di una *partner* con gravidanza portata a termine dall'altra; figli nati con patrimonio genetico estraneo alla coppia con gravidanza portata a termine da una delle *partner*; figli nati ricorrendo a maternità surrogata).

Mi sono soffermata sui casi nei quali è stata consentita l'adozione, ex art. 44 lett. d), del figlio del *partner* omosessuale, perché essa può riguardare anche i casi di coppie omosessuali composte da due uomini i quali abbiano deciso di portare avanti il proprio progetto di genitorialità ricorrendo alle tecniche di maternità surrogata all'estero, con il gamete di uno dei due componenti la coppia.

Anche tale ipotesi è stata oggetto di una sentenza recente del tribunale per i minorenni di Roma, del 23 dicembre 2015, passata in giudicato in quanto non appellata.

Ribaditi i principi già riportati nelle sentenze sopra richiamate con specifico riferimento alla maternità surrogata il Collegio romano nel valutare la presupposta maternità surrogata richiama le sentenze Corte Edu evidenziando come l'ordine pubblico trovi un limite nella «*necessità di salvaguardare il primario interesse del minore a definire la*

propria identità come essere umano, compreso il proprio status di figlio o di figlia di una coppia di genitori omosessuali».

Nella sentenza si dà particolare risalto alla nascita del minore con contratto di maternità surrogata concluso in Canada dove la *lex loci* prevede la gratuità del negozio e la possibilità per il minore di conoscere la madre uterina, tanto che nella decisione si dà atto che il minore ha rapporti con la madre che lo ha generato. E rappresenta il primo caso in Italia nel quale un bambino viene riconosciuto figlio di due padri con sentenza passata in giudicato. Il Tribunale per i minorenni nel ribadire che il desiderio di avere dei figli e costituire una famiglia rientri nell'ambito del diritto fondamentale alla vita privata e familiare che non può essere discriminato in base all'orientamento sessuale della coppia, subordinato, comunque, alla **valutazione in concreto** del superiore interesse del minore ad essere adottato e dell'adeguatezza dell'adottante a prendersene cura. Il Collegio rileva come l'interpretazione delle norme nazionali debba essere costituzionalmente e convenzionalmente orientata (art 117 cost) e sia emerso un modello di famiglia, come tale tutelato dall'Ordinamento, che pone attenzione ai rapporti ed ai legami familiari concretamente instauratisi ed impone di dare rilievo giuridico, anche ai fini dell'adozione, ad ogni modello di famiglia che si accerti sia luogo di sviluppo e promozione della personalità del minore, il cui interesse deve sempre prevalere. Il Tribunale cita tutta la giurisprudenza richiamata anche in questa sede ed all'esito di una approfondita indagine che ha riguardato l'ambiente familiare e di vita del minore ed il suo benessere psicofisico, nonché l'idoneità genitoriale dell'adottante e le relazioni familiari, comprendenti quelli con le figure parentali allargate, conclude per la confacenza dell'adozione agli interessi del minore.

Il Tribunale sottolinea che **«il benessere psicosociale dei membri dei gruppi familiari non sia tanto legato alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno.»** « ... ciò che è importante per il benessere psicofisico dei bambini è la qualità dell'ambiente familiare che i genitori forniscono loro, indipendentemente dal fatto che essi siano dello stesso sesso o che abbiano lo stesso orientamento».

La giurisprudenza nazionale, nell'affrontare il tema della maternità surrogata, sembra sostanzialmente distinguere, con una netta differenziazione di tutela, il caso in cui uno dei committenti sia anche genitore biologico e siano state rispettate le leggi del Paese di riferimento da quello, dove l'atteggiamento è più severo, ove non vi sia alcun legame biologico tra i committenti ed il nato e ove siano anche eventualmente violate le leggi del Paese di riferimento, in considerazione anche dell'interesse dello Stato di contrastare possibili forme di commercio di neonati.

Il principio del superiore interesse del minore è stato posto alla base anche dell'ordinanza sullo scambio di embrioni (Tribunale di Roma 8 agosto 2014).

Si tratta di un caso particolare di “fecondazione eterologa da errore” o di “maternità surrogata imposta”.

L'ordinanza non fu reclamata, ma successivamente fu proposto ricorso *ex art 700 cpc* nel corso della causa di merito, previa questione di costituzionalità in ordine alle norme che impedivano la proposizione delle azioni ivi proposte, che ha deciso nello stesso senso indicato nell'ordinanza precedente, con ordinanza confermata in sede di reclamo, ma con diversa motivazione. Si è infatti ritenuto che la fattispecie fosse direttamente inquadrate nella disciplina della fecondazione eterologa.

La situazione credo sia nota per essere stata a lungo oggetto di dibattito tra i giuristi e sui media già prima di approdare davanti al giudice.

L'udienza si è tenuta quando i gemelli erano già nati ed iscritti all'anagrafe come figli della madre biologica e del di lei marito. È stato, quindi, chiesto dai genitori genetici di sollevare la questione di costituzionalità delle norme che legavano la maternità al fatto storico del parto e precludevano alla madre genetica di contestare lo stato di figlio ed al padre genetico di proporre l'azione di disconoscimento di paternità. I convenuti hanno dedotto che la fattispecie andava ascritta ad un'ipotesi di fecondazione eterologa.

È stato ritenuto che la disciplina della fecondazione eterologa non fosse direttamente applicabile mancando proprio la volontà di procedere a tale tecnica di fecondazione assistita il consenso informato relativo all'accesso a tale tecnica (essendosi acquisito il consenso solo in ordine alla fecondazione omologa), né la fattispecie poteva essere inquadrata tra le ipotesi di maternità surrogata, mancando il consenso della madre biologica.

Nella pronuncia si sottolinea come: *«Il rapporto di filiazione - ed il conseguente diritto all'identità personale - si è andato sempre più sganciando nel nostro Ordinamento dall'appartenenza genetica, potendosi rinvenire, grazie anche al rilievo "rivoluzionario" delle nuove tecniche riproduttive, diverse figure genitoriali; "la madre genetica" (la donna cui risale l'ovocita fecondato), "la madre biologica" (colei che ha condotto la gestazione), e la madre sociale (colei che esprime la volontà di assumere in proprio la responsabilità genitoriale); il padre genetico ed il padre sociale. Figure che possono anche di fatto non coincidere. Mentre il concetto di famiglia si è andato, dal canto suo, sempre più sganciando dal dato biologico e genetico degli appartenenti, venendo concepita sempre più come luogo degli affetti e della solidarietà reciproca, prima comunità ove si svolge e sviluppa la personalità del singolo; d'altra parte millenaria filosofia dell'uomo ha identificato nella famiglia l'archetipo della comunità sociale. Tutte le più recenti pronunce dei giudici interni o europei che si sono trovate a dover dirimere interessi in conflitto relativi al rapporto di filiazione, sono fondate sulla valutazione del dato concreto del legame affettivo familiare ed hanno come punto di riferimento l'interesse del minore (secondo quanto stabilito dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata dalle Nazioni unite il 20.11.1989 e ratificata in Italia dalla l. n. 176/91) ed il principio di "autoresponsabilità" che deve sottendere al rapporto genitoriale, che trova il proprio fondamento nell'obbligo di solidarietà sancito dall' art. 2 della Costituzione, mettendo, quindi, seriamente in discussione il principio del carattere necessariamente biologico o genetico del rapporto di filiazione.»* (v., oltre alle sentenze già citate, Cass. 2315/99, sul divieto di disconoscimento di paternità da parte del marito che ha dato il consenso alla fecondazione eterologa, poi recepito dalla legge 40, sent. Corte cost. n. 50/2006 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art 274 cc, sentenza C. cost. n. 31 del 2012 che, rivedendo un precedente orientamento in base al quale aveva rigettato la medesima questione, ha dichiarato la parziale incostituzionalità della pena accessoria al reato di alterazione di stato previsto dall'art. 567 cp, sent. del Tribunale di Roma n. 9563 del 2012, sull'impugnazione del riconoscimento di compiacenza).

Pure *«Il legislatore italiano della riforma della filiazione, infatti, nel rivedere la disciplina delle azioni di disconoscimento di paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ha previsto un termine tombale di cinque anni per il loro esercizio, anche nei casi di sospensione previsti dalla legge, dando prevalenza all'interesse del minore alla stabilità del rapporto di filiazione ed a non*

recidere i legami familiari e di affetti che ne fondano l'identità, sulla verità genetica o biologica del rapporto di filiazione, lasciando, quindi, il figlio arbitro del proprio status, essendo per lui entrambe le azioni imprescrittibili. Il legislatore ha accolto il principio in base al quale la tutela del diritto allo status ed alla identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità genetica.»

«Il diritto della personalità costituito dal diritto all'identità appare sempre più sganciato dalla verità genetica della procreazione e sempre più legato al mondo degli affetti ed al vissuto della persona cresciuta ed accolta all'interno di una famiglia. Se è vero che la famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti piuttosto che come istituzione posta a tutela di determinati valori, incentrata sul rapporto concreto che si instaura tra i suoi componenti, ne deriva che al diritto spetta di tutelare proprio quei rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di bilanciare gli interessi in conflitto, avendo sempre come riferimento il prevalente interesse dei minori coinvolti. Non può più ragionevolmente ritenersi che il principio della verità genetica nei rapporti di filiazione sia sovraordinato rispetto agli altri interessi in conflitto.»

È stato ritenuto, quindi, che le norme che venivano in questione nel caso in esame, che legavano la maternità al fatto storico del parto, non fossero in contrasto con l'interesse preminente dei due minori a mantenere il legame con colei che li aveva partoriti, in quanto è nell'utero materno che la vita si forma e si sviluppa e si crea il legame simbiotico del neonato con la madre.

La soluzione opposta, tra l'altro, *«attribuirebbe legittimità giuridica ad una **coattiva maternità di sostituzione**, con la rinuncia imposta ad un figlio che pure la madre biologica ha condotto alla vita. Soluzione che è **totalmente inconciliabile con il diritto della donna che ospita il feto all'intangibilità del suo corpo e, pertanto, ad assumere ogni decisione in ordine alla sua gravidanza, nonché gravemente lesiva della dignità umana della gestante.**»*

In ordine ai rischi di instabilità dello *status* dei nati, sempre dal punto di vista della concreta valutazione di quale fosse in concreto il loro interesse, sono state ritenute applicabili per analogia le norme previste per la fecondazione eterologa, che proprio fondandosi sul principio di autoresponsabilità di chi si obbliga ad accogliere un figlio che sa non avere il proprio patrimonio genetico, stabiliscono il divieto di disconoscimento di paternità o di impugnazione del riconoscimento e della madre di chiedere di non essere nominata. *«Non può infatti attribuirsi a chi abbia consapevolmente deciso di assumersi la responsabilità di accogliere un soggetto come figlio, consapevole di non esserne il genitore genetico, di poter porre nel nulla uno status che ha contribuito consapevolmente a formare».* Si tratterebbe, infatti, di una situazione che potrebbe inquadarsi nell'abuso del diritto, in quanto tale comportamento sarebbe contrario al **dovere di solidarietà**, che discende direttamente **dall'art. 2 della Costituzione, che deve informare anche le relazioni familiari.**

Il padre e la madre "genetici" hanno poi agito nel merito con distinte azioni per ottenere la rimozione dello status di filiazione instauratosi tra i gemelli e la madre "uterina" e il di lei marito, considerati giuridicamente genitori in base alle norme attualmente vigenti.

In particolare, il padre "genetico" ha proposto azione di disconoscimento di paternità in quanto i gemelli erano stati concepiti attraverso una tecnica di procreazione medicalmente assistita tramite la fecondazione di gameti prelevati dalla sua persona e da quella di sua moglie, che a sua volta ha agito per "disconoscimento di maternità"

Nel corso del giudizio di merito relativo all'accertamento dello *status* è stata proposta domanda cautelare al fine di permettere ai genitori genetici di avere contatti e regolari frequentazioni con i figli fino al termine del giudizio, chiedendo altresì venissero sollevate questioni di legittimità costituzionale per violazione artt. 2,3,24,30 e 117 Cost. ed art. 8 Cedu. Il padre genetico con riferimento all'art. 243 bis cc nella parte in cui non annovera il padre genetico tra i soggetti legittimati a proporre l'azione di disconoscimento di paternità nel caso di sostituzione di embrioni. La madre genetica con riferimento all'articolo 269, comma 3, cc nella parte in cui non prevede, nell'ipotesi di intervenuto scambio di embrioni nell'ambito della fecondazione medicalmente assistita, il "disconoscimento di maternità".

Con ordinanze del 22.4.2015 il Tribunale di Roma (estensore Pratesi) ha rigettato le richieste di provvedimento cautelare per insussistenza del *fumus boni iuris* facendo riferimento sia alle sentenze della Corte costituzionale che avevano già ritenuto non fosse incostituzionalmente illegittima la norma che escludeva la legittimazione attiva a proporre azione di disconoscimento di paternità a soggetti diversi da quelli individuali dalla norma, in relazione all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità la cui azione spettava a chiunque vi avesse interesse, ed affermando che «*nell'Ordinamento nazionale e sovranazionale, è certamente oggi da escludere l'esistenza di un principio di ordine pubblico che preveda come necessaria la sovrapposizione del rapporto di filiazione all'appartenenza o verità genetica*» ed in questo caso doveva ritenersi sussistente l'interesse prevalente dei minori a conservare i legami genitoriali già concretamente instauratisi. Si è seguito in sostanza lo stesso ordine di argomentazioni dell'ordinanza 8 agosto 2014.

Il Tribunale di Roma con ordinanza 25 settembre 2015 (est. Rosetti), ha rigettato il reclamo avverso l'ordinanza sopra richiamata.

Nell'ordinanza il Collegio ha fatto riferimento diretto alla legge 40 del 19.2.2004, laddove all'articolo 8 stabilisce che «*I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6*» e l'articolo 6 dispone l'irrevocabilità del consenso dal momento della fecondazione dell'ovulo.

La tesi sostenuta dai reclamanti legava lo *status* di figlio alla provenienza genetica: lo *status* sarebbe esclusivamente collegato al consenso prestato ex art. 6 e 8, lo stato di figlio nato nel matrimonio o fuori di esso, per i nati a seguito di Pma, si determinerebbe al momento in cui viene espresso il consenso e formato l'embrione, con totale irrilevanza dei fatti successivi alla fecondazione, con la conseguenza che il successivo errore nell'impianto non sarebbe idoneo ad interferire con lo stato di filiazione dei minori.

La tesi non è stata condivisa dal Collegio che ha sostenuto che l'art. 8 vale a definire lo stato giuridico dei nati e non può riferirsi all'embrione "soggetto inanimato", in quanto l'embrione come tale è privo di soggettività giuridica e non può acquisire alcuno stato di filiazione prima e a prescindere dall'impianto nell'utero e dalla formazione di un feto capace di vita intrauterina, ma si riferisce inevitabilmente al figlio nato.

L'art 8, vale cioè a definire lo *status* giuridico di tutti quei soggetti nati attraverso le tecniche di Pma omologa od eterologa, in quanto, pur condotti alla nascita con tali tecniche, solo con la nascita acquistano personalità giuridica. Sicché l'art 8 deve essere interpretato in correlazione all'art 269, comma 3, cc, regola fondante lo stato di

filiazione materno ed idonea a regolare anche il conflitto tra madre genetica e madre uterina.

La ordinanza conclude affermando che l'Ordinamento non tollera la moltiplicazione di figure genitoriali dal lato materno, che il conflitto tra madre genetica e madre biologica nel nostro Ordinamento deve essere sempre risolto dando la prevalenza alla madre uterina (cita anche Cass. 24001/2014 per ribadire la contrarietà all'ordine pubblico di ogni progetto di genitorialità materno disgiunto dal dato biologico del parto).

Il Collegio, tenta, quindi di dirimere la questione facendo ricorso a principi generali e non all'interesse dei minori coinvolti nel caso concreto. Fa quindi anche riferimento alla contrarietà ai diritti fondamentali della gestante in ordine all'integrità del corpo che sarebbero in aperto conflitto con la prevalenza della maternità genetica.

Esclude poi di sollevare questione di costituzionalità in ordine alla norma che esclude la legittimazione attiva del genitore biologico ad effettuare l'azione di disconoscimento, facendo diretto riferimento alla l. 40. L'art 9 esclude, infatti, la possibilità per il padre che ha dato il consenso ad effettuare la Pma di effettuare il disconoscimento di paternità, e la l. 40 mira ad assicurare la stabilità dei rapporti di filiazione ai figli nati con tale tecnica. Al padre genetico, sarebbe quindi applicabile il comma 3 dell'art 9, che esclude la possibilità di legami, di alcun legame parentale, tra il donatore di gameti (per la fecondazione eterologa) ed il nato. Tale norma varrebbe ad esprimere un principio generale in base al quale la paternità nell'ambito delle tecniche di Pma si fonda solamente sul consenso all'impianto dell'embrione nell'utero della compagna e sull'assunzione di responsabilità in ordine alla paternità. Nel caso vengano impianti embrioni fecondati con gameti maschili di terzi, il rapporto di filiazione del nato dovrà necessariamente instaurarsi con il compagno che abbia acconsentito al progetto procreativo intrapreso con la Pma. In questo modo ha tentato anche di risolvere la eventuale disparità di trattamento nel caso la stessa situazione potesse investire coppie non sposate, posto che l'azione di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità spetta a chiunque vi abbia interesse.

Come si vede le questioni sono molto aperte e di difficile soluzione.

Si potrebbe anche sostenere che la maternità surrogata viola principi fondamentali della carta Costituzionale, in particolare la libertà e la dignità della donna ed il diritto indisponibile all'integrità del proprio corpo. La Corte costituzionale ha, poi, affermato (sentenza 49/2015 che ha destato numerose critiche dai giuristi) che nel contrasto tra Convenzione e Costituzione devono prevalere le norme costituzionali interne (è il tema dei cd controlimiti).

Ma è stato anche obiettato che questa sarebbe una concezione paternalistica nei confronti delle donne, che devono essere, invece, poste nella condizione di poter scegliere liberamente, non guidate dal bisogno o sfruttate da terzi, di poter decidere se prestarsi, per motivi solidaristici, a portare avanti una gravidanza per chi non sarebbe in grado di farlo; e che sarebbe proprio il divieto, con la conseguente mancanza di regole e controlli, alimenterebbe il "turismo procreativo" ed il commercio di neonati.

Vi sono in materia diversi disegni di legge, uno che vorrebbe punire anche chi ricorre all'estero alle tecniche di maternità surrogata (è stata presentata anche una mozione che impegna l'Italia a farsi promotrice di una moratoria universale. Il "turismo riproduttivo", afferma la bozza di provvedimento, deve essere equiparato a quello sessuale, con pene fino a cinque anni) ed un altro ddl presentato dall'associazione Luca Coscioni, che

chiede a Governo e Parlamento di non intraprendere «una nuova insensata crociata internazionale proponendo la messa al bando della maternità surrogata e scontrandosi con alcune delle più importanti democrazie liberali al mondo». Per l'associazione Coscioni l'unico modo per evitare i rischi di sfruttamento delle donne, quando si parla di maternità surrogata, è permetterla anche in Italia, senza fini di lucro, come già avviene in Paesi come Canada o Australia. La legge ricalca quelle dei Paesi dove la maternità surrogata è ammessa solo in forma altruistica, e prevede l'accesso alla tecnica per le donne in età fertile, mentre la donna che si presta alla gravidanza non deve essere in stato di necessità e deve essere già madre.

Su questa materia il legislatore non riesce a trovare l'accordo necessario, come è recentemente accaduto in tema di unioni civili e *stepchild adoption*, sicché tocca ancora ai giudici colmare in via interpretativa pesanti lacune normative, con le conseguenti incertezze in ordine alla tutela di diritti fondamentali delle persone.

Nella difficoltà per il giudice di orientarsi in una materia tanto complessa credo che l'unico sicuro principio guida cui ispirarsi, per il bilanciamento dei diversi interessi in conflitto, sia quello di cercare di salvaguardare sempre l'interesse del minore nel caso concreto.

Relazione tenuta da Silvia Albano all'incontro di studio «*Mater semper certa?* Le nuove forme della genitorialità nella società che cambia», organizzato dalla struttura della formazione decentrata di Catanzaro della Scuola superiore della magistratura, corso D16137, 15 aprile 2016