



«MIGLIOR INTERESSE DEL BAMBINO» E «MATERNITÀ SURROGATA»: IL RISCHIO DI UN VALORE-TIRANNO.

Ilaria Ferlito

«L'umanità stessa è una dignità: infatti, l'uomo non può essere trattato da nessuno (cioè né da un altro e neppure da lui) meramente come mezzo, ma deve essere sempre trattato come un fine, e proprio in ciò consiste la sua dignità»¹

«Or Sara disse ad Abramo: “Vedi, il Signore mi ha impedito di dare alla luce dei figli; va, ti prego, dalla mia serva, forse potrò avere prole da lei”. E Abramo acconsentì alle parole di Sara» (*Genesi*, 16, 2)².

Il problema giuridico ed etico della maternità surrogata rappresenta uno dei temi³ più attuali e dibattuti della bioetica⁴. Si tratta di temi seri sui quali il giurista, in una società produttiva e opulenta, è intento a riflettere; ma “riflettere su di essi significa tornare alle

¹ I. Kant, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, (1785), trad. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, a cura di P. Chiodi, Torino, 1970, 88.

² Le radici biblico-ebraiche della nostra civiltà ricordano un emblematico caso di maternità surrogata nell'episodio di Sara, moglie di Abramo, la quale, non potendo avere figli, propone al marito di procreare un discendente con la schiava egiziana Agar. Cfr. in punto C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in *Il diritto civile all'alba del terzo millennio. Famiglia – Successioni – Contratto - Patrimoni separati*, I, Torino, 2011, 30.

³ Attualmente, come ha osservato la stessa Corte di Strasburgo, nelle due sentenze gemelle del 26 giugno 2014 n. 65192/11 (*Mennesson c. Francia*) e n. 65941/11 (*Labassee c. Francia*), non v'è consenso in Europa su questi temi. Lo stesso risulta da uno studio del 2013 commissionato dal Parlamento europeo; uno studio a tutto campo che analizza la legislazione esistente negli Stati membri dell'Unione europea, e non solo, sul tema della maternità surrogata per cercare strade comuni da intraprendere. Nello studio voluto dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo e redatto da studiosi di diverse università si sottolinea l'impossibilità di indicare una tendenza comune sul piano legislativo, anche se tutti gli Stati membri concordano nel ritenere che l'interesse superiore del minore ad avere uno *status* giuridico debba essere sempre salvaguardato. Quindi non v'è a livello europeo una prevalente apertura verso la maternità surrogata, che possa indurre a ridimensionare la portata del principio che nel nostro ordinamento la vieta. In tema, cfr. C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 241 ss.

⁴ Cfr. F. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001; P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1, 43-57; A. FALZEA, *Introduzione generale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia (Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981)*, Milano, 1982, 16 ss.



origini, interrogarsi sulle ragioni della vita; qualora il giurista non mostri questo interesse corre il rischio di identificarsi con il leguleio⁵. Del resto, benché l'attualità del problema derivi da un nesso con sviluppi particolarmente recenti delle tecnologie biomediche⁶, l'idea di porre rimedio alla sterilità di una donna, con il ricorso ad una surroga e l'utilizzo di strumenti giuridici volti a costruire un rapporto parentale più o meno artificioso, è assai antica. Se ne rinvengono tracce riferibili ai diritti del Vicino Oriente antico, con particolare riguardo al mondo mesopotamico ed ai primordi di quello ebraico biblico⁷; si hanno, altresì, notizie, di arcaiche prassi, legittimate dai diritti greci, ed indoeuropei in genere, ivi compreso quello romano, la cui eco giunge sino ad oggi grazie ad una loro peculiare ripresa posta in essere da ambienti conservatori sul finire dell'età repubblicana⁸; si possono, persino,

⁵ P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 170.

⁶ Il ripensamento della maternità come luogo femminile della generazione è un fenomeno che nella modernità va acquisendo delle complesse sfaccettature: investita della capacità di controllo e di gestione farmacologica e tecnologica, che stanno trasformando forme e tempi della procreazione e della nascita, la maternità si sta anche corredando di situazioni giuridiche assolutamente inedite e controverse. Insistentemente ridotta a mera capacità procreativa e ricondotta a diritto riproduttivo delle donne, la maternità è destinataria e risultato di interventi e pratiche quotidiane – la contraccezione, l'aborto, la fecondazione artificiale, ma anche la diagnosi prenatale e la selezione fetale – che sempre più domandano l'intervento della bioetica e del diritto, non solo per analizzare le questioni morali e legislative che emergono dalla manipolazione di corpi e vite, ma ancor prima per tentare una pre-comprensione delle dimensioni etiche, culturali e filosofiche della maternità. In tema, G. GAMBINO, *Il moderno diritto al figlio. Riflessioni biogiuridiche a partire dal Giudizio delle due madri di Re Salomone*, in *Medicina e Morale*, 2013, 2, 311-328. Ivi, l'A. si asserisce: “In questo ridursi della procreazione umana a mera funzione riproduttiva e riproducibile, e del diritto a strumento di realizzazione dei desideri, si manifesta oggi più che mai l'ambivalenza profonda del desiderio di maternità, che la letteratura internazionale, dall'antichità ad oggi, ha ripetutamente provato a tematizzare: come amore generoso e come pretesa di un figlio. Si pensi all'opera teatrale di Bertolt Brecht, *Il cerchio di gesso del Caucaso*, ma, ancor più, per la sua straordinaria modernità, al racconto biblico delle due madri innanzi al giudizio di Re Salomone”.

⁷ In più occasioni, le spose dei Patriarchi biblici, al fine di porre rimedio alla loro sterilità, offrono al marito una propria schiava perché costui possa fecondarla – la schiava partorisce il nato tra le gambe della padrona, di modo che tale rituale lo faccia risultare giuridicamente di quest'ultima: cfr. Gen., 30, 1-3, per la vicenda di Giacobbe, Rachele e Bila; nonché Gen., 30, 9, per l'ulteriore episodio che coinvolge il medesimo Giacobbe, l'altra moglie Lia e Zilpa. Pertanto, del figlio così prodotto si poteva dire, con terminologia “modernissima”, che «*natus est ex semine viri, et non utero, sed solo placito uxoris*» (AUGUSTINUS, *In Evangelium Iobannis tractatus*, 12, 4).

⁸ L'episodio più noto è quello di Catone Uticense il quale, volendo rinsaldare i legami amicali e politici con Ortensio, la cui moglie non gli aveva dato figli, e non ritenendo concedergli in sposa la figlia Porcia, già coniugata con Bibulo, preferì cedergli, con l'accordo del di lei padre Filippo, la propria amata consorte Marzia, probabilmente già gravida (PLUTARCHUS, *Cato Minor*, 25, 1-12), salvo poi riprendersela «*ως χρησας*», cioè «come se l'avesse prestata», secondo l'icastica espressione di APPIANUS, *Bellum Civile*, II, 99, 413. Poco più tardi, la riconciliazione fra Tiberio Claudio Nerone, esponente di punta delle grandi famiglie schieratesi con i cesaricidi sconfitti, e l'astro nascente di Ottaviano si sarebbe realizzata grazie alla cessione a quest'ultimo di Livia Drusilla, moglie del primo e già palesemente incinta (CASSIUS DIO, *Historia Romana*, 48.44). In tal modo, i più conservatori fra i politici romani, ed il più subdolamente eversivo fra i loro avversari, miravano a



scoprire, grazie alla scienza antropologica, istituzioni proprie di remoti popoli africani con cui si consentiva la costituzione di rapporti qualificabili in termini di paternità femminile⁹. E' lecito affermare, allora, come “tutte le culture e le società umane hanno conosciuto tentativi di controllo della procreazione attraverso l'intervento sulla fertilità. Le pratiche attuali si distinguono da quelle passate per la quantità di conoscenze che le sorregge, per la stretta connessione con la scienza bio-medica”¹⁰.

L'ipotesi di maternità surrogata o di sostituzione (altrimenti detta surrogazione di maternità, *surrogate mother* o *surrogacy*) si ha quando “la madre abbia avuto in gestazione il frutto del concepimento altrui”¹¹. In altri termini, l'accordo di maternità surrogata ha ad oggetto l'obbligo assunto da una donna di portare a termine una gravidanza per conto di una coppia sterile “committente” (ossia per la coppia che ha manifestato la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale nei confronti del minore).

Da un punto di vista puramente descrittivo, la surrogazione di maternità presuppone, pertanto, a monte, la fecondazione *in vivo* o *in vitro* di un embrione da impiantare nell'utero di una donna estranea alla coppia committente, che si renda disponibile ad accogliere il frutto del concepimento e a portare a termine la gravidanza che le è in tal modo commissionata. E' sensato affermare, quindi, che “la maternità per sostituzione si pone

riportare in auge un'antica usanza, fatta risalire ad una *lex Nuamae*, in forza della quale, per mantenere ed accrescere la potenza demografica, e quindi bellica, della comunità cittadina, chi avesse già avuto figli poteva cedere la moglie a chi non ne avesse avuti, in modo da non sovraccaricare di bocche da sfamare la stessa casa e da non sprecare la preziosa capacità riproduttiva della donna, creando al contempo legami più stretti tra le varie famiglie. Gli storici antichi riferiscono, peraltro, che pratiche similari erano contemplate dal diritto spartano (POLYBIUS, *Historiae*, XII, 6b.8; PLUTARCHUS, *Comparatio Lyncurgi et Numae*, 3.1.1-3) e da quello di certe popolazioni iraniche (STRABO, *Geographia*, XI, 9, 1). Si vedano, al riguardo, E. CANTARELLA, *Marzìa e la locatio ventris*, in *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma (Atti del Convegno Pesaro, 28-30 aprile 1994)*, a cura di R. Raffaelli, Ancona, 1995, 251 ss. e M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, 2010-2011, 9 ss.

⁹ Presso i Nuer, nell'odierno Sud Sudan, alcune donne di particolare potenza o ricchezza potevano ottenere, in deroga al sistema patriarcale imperante, il riconoscimento di uno *status* pari a quello degli uomini, il che consentiva loro anche di sposare altre donne, farle fecondare da amanti autorizzati, e divenire “padre” dei figli che esse avrebbero partorito, in modo da trasmettere a questi il nome, il rango ed i beni, secondo le regole patrilineari vigenti. Cfr. E. EVANS-PRITCHARD, *Kinship and Marriage among the Nuer*, Oxford, 1951.

¹⁰ C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, 16.

¹¹ C. M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, 2.1, V ed., Milano, 2014, 407. Si rinvia altresì a B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Biolaw journal*, 2014, f. 2, 157-184; M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo 'status'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, vol. 32, f. 4, 615-646; G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata (Nota a Cass., 11 novembre 2014, n. 24001)*, I, in *Foro it.*, 2014, vol. 139, 3414-1416; A. BARBAZZA, *Diritti della personalità ed autonomia negoziale. Casistica: il contratto di c.d. maternità surrogata o “utero in affitto” ed il contratto di divieto di espatrio*, in (a cura di) S. RUSCICA, *I diritti della personalità, strategie di tutela, inibitorie, risarcimento danni, internet*, Padova, 2013, 95-106; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. mer.*, 2010, 2, 358-385; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 2, 1, 377-404.



all'interno del fenomeno della procreazione artificiale pur non costituendo di per sé alcuna tecnica procreativa; l'utilizzo di tali tecniche è, infatti, «mezzo» per realizzare le diverse ipotesi di surrogazione¹².

A seconda che la madre surrogata si limiti ad accogliere in grembo un embrione che le è geneticamente estraneo o, viceversa, contribuisca alla procreazione dello stesso fornendo ai «committenti» i propri gameti, si distingue tra «surrogazione per sola gestazione» (si parla, in tal caso, anche di «donazione», se a titolo gratuito, o di «locazione» e «affitto d'utero», se è pattuito un corrispettivo) e «surrogazione per concepimento e gestazione». Si osservi ancora come la surrogazione per concepimento e gestazione sia necessariamente una «surrogazione eterologa», giacché la madre «portante», in questo caso, prima ancora di «prestare» il suo utero per la gravidanza, mette a disposizione i propri ovuli affinché siano fecondati con il seme del *partner* maschio della coppia committente. La surrogazione per sola gestazione, al contrario, può essere, a seconda dei casi, «omologa» (in questo caso la madre sostituta accoglie un embrione formato dai gameti forniti dai genitori naturali) o «eterologa» (in tal caso l'embrione da impiantare nell'utero della surrogata è il frutto dell'incontro tra il gamete di un membro della coppia richiedente e quello di un terzo donatore di seme o di una ovodonatrice). Nell'ambito della surrogazione «eterologa» può, ancora, darsi il caso che i gameti da cui deriva l'embrione impiantato nel grembo della madre sostituta siano forniti da terze persone, estranee tanto alla coppia committente quanto alla stessa madre surrogata¹³.

Se negli Stati Uniti d'America¹⁴, Canada, Inghilterra¹⁵, Russia¹⁶, Ucraina ed India¹⁷ i contratti di maternità sono legali¹⁸, nel nostro ordinamento deve escludersi la validità di

¹² F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004, 75.

¹³ Per le distinzioni concettuali, v. M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. merito*, 2010, 2, 358 ss.

¹⁴ Si segnalano, in particolare, l'Illinois, con il *Gestational Surrogacy Act* del 2004, e la California, in cui un approccio «*surrogacy-friendly*» è stato dapprima elaborato dalla giurisprudenza, a partire dai casi *Johnson vs. Calvert*, *Cal. Sup. Ct.*, 5 *Cal4th* 84, 851 P.2d 776 (1993), ed *In re Marriage of Buzzanca*, 61 *Cal. App. 4th* 1410, 72 *Cal. Rptr.2d* 280 (*Ct. App.* 1998), e poi codificato con il *California Assembly Bill* n. 1217 del 23 settembre 2012.

¹⁵ Invero, in Gran Bretagna i contratti di surrogazione altruistica sono validi a livello sostanziale, ma processualmente *unenforceable*, per cui il nato è comunque considerato figlio della partoriente, ma successivamente, con l'osservanza di una procedura giudiziaria volta ad accertare la serietà e la persistenza del consenso di lei, nonché l'assenza di pagamenti non autorizzati, può essere emesso un *parental order*, ai sensi della *section 54* dello *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008, al fine di trasferire la genitorialità in capo ai beneficiari dell'accordo.

¹⁶ Si deve segnalare la posizione della Russia, il cui ordinamento permette la surrogazione purché non vi sia alcun legame genetico fra la gestante ed il nato (mentre in caso contrario si configurerebbe un tentativo di elusione, duramente sanzionato, della normativa sulle adozioni), ma che comunque consente alla partoriente di prevalere sui genitori genetici, qualora ella, per qualunque ragione, rifiuti di consegnare loro il figlio: cfr. Corte cost. Federazione Russa, 15 maggio 2012, n. 880-O.



qualsiasi accordo che preveda la gestione dell'altrui concepimento e l'obbligo della madre di "restituire" il figlio partorito: il contratto deve necessariamente realizzare un rapporto giuridico a contenuto patrimoniale; epperò ripugna all'etica corrente definire la prestazione della madre surrogata come una "vendita a concessione in godimento di beni del valore inestimabile", quali la vita di un figlio e l'affetto di una madre. Non sono utilizzabili nel nostro sistema¹⁹, pertanto, le contrarie indicazioni provenienti dall'esperienza nord-americana: si ricordi, in proposito, il notorio caso "Baby M."²⁰, risolto dalla Corte superiore del *New Jersey* con sentenza del 31 marzo 1987²¹, che ha affermato la validità sul piano

¹⁷ Il primato mondiale spetta al Gujarat (cfr. C. SARACENO, *Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso*, in *Genus*, 2014, 2, 125), ed in generale all'India, dove la liceità dei contratti di surrogazione si deduceva semplicemente dall'assenza di una normativa al riguardo, mentre la giurisprudenza aveva avuto poche occasioni di interessarsi al fenomeno, comunque per aspetti estrinseci ed amministrativi, quali il rilascio di passaporti indiani ai nati da madri surrogate (*Supreme Court of India, Baby Manji Yamada vs. Union of India & Anr*, 29 settembre 2008; *Hight Court of Gujarat, J. Balaz vs. Anand Municipality & 6*, 11, novembre 2009). Di recente, tuttavia, una nuova regolamentazione indiana ha limitato l'accesso alla surrogazione in favore delle sole coppie eterosessuali regolarmente sposate (cfr. T. MAHAJAN, *(Mis)regulation – the case of commercial surrogacy*, in *Indian Journal of Medical Ethics*, 2015, 38 ss).

¹⁸ Per una disamina sull'ammissibilità della surrogazione nelle diverse esperienze si rinvia a R. TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, in *Famiglia*, 2002, 1, 179-202; A. FARKAS, *In California madri «a noleggio» per De Niro e le top model*, in *Il corriere della Sera* del 26 gennaio 2002; G. CRISCUOLI, *La legge inglese sulla «surrogazione materna» tra riserve e proposte*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1029.

¹⁹ "Il contratto di maternità surrogata è una forma di fecondazione artificiale eterologa che si concreta nell'intervento di una donna estranea alla coppia nel processo procreativo. Tale intervento determina la rottura dell'unità dell'elemento naturalistico individuativo della maternità, mettendo in crisi i principi fondamentali che fino ad oggi sono stati alla base del nostro ordinamento familiare per quanto attiene ai rapporti di filiazione": in tal senso, G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000, 54.

²⁰ Due coniugi, attraverso la mediazione di un centro di cura della sterilità, si accordano con una donna disponibile a farsi fecondare con il seme del marito e a consegnare il bambino alla nascita; la donna si pente ed i coniugi si rivolsero al giudice, chiedendone la condanna alla consegna della bambina. La Corte statunitense rilevò che le parti avevano concluso il contratto in piena autonomia, specificando chiaramente quale sarebbe stato il futuro della bambina. La stessa autorità stabilì che il concepimento, una volta avvenuto, rendeva l'accordo di surrogazione, qualificato come negozio valido, suscettibile di esecuzione forzata; conseguentemente, la bambina doveva essere consegnata ai genitori d'intenzione. La sentenza è stata peraltro riformata dalla Corte Suprema del *New Jersey* del 3 febbraio 1988 (in *Foro it.*, 1989, 6, 293 ss., con nota di P. PONZANELLI, *Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di "sostituzione di maternità"*); con questa decisione la Corte suprema del *New Jersey* affermò la legittimità degli accordi di surrogazione quando essi fossero il risultato di un atto di liberalità della madre "portante", ma decise ugualmente di affidare la bambina ai genitori committenti, in quanto idonei ad assicurarle una crescita più serena ed equilibrata. Cfr. G. GIAIMO, *Biogenetica e dato giurisprudenziale nell'esperienza di common law*, in *Vita not.*, 1996, 536.

²¹ Sul caso si rinvia alla disamina di C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, 5-8, 11 ss.; G. PONZANELLI, *Il caso Baby M., la "surrogate mother" e il diritto italiano*, in *Foro it.*, 1988, 2, 97 ss.; A. MIRANDA, *Diritti dei genitori ed interessi del minore nel caso In Re «Baby M.»*, in *Dir. fam.*, 1987, 1516 ss.; S. AZZALI, *La maternità surrogata: in margine al caso Baby*



dell'*equity* e la suscettibilità di esecuzione in forma specifica del contratto con cui una donna aveva consentito, verso un corrispettivo, a ricevere il seme di persona coniugata e di rinunciare in favore della coppia ai suoi diritti sul figlio che sarebbe nato.

La l. n. 40/2004²² sulla procreazione medicalmente assistita all'art. 12, comma 6, infatti, statuisce che «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», sì andando incontro, da un lato, ai divieti del codice deontologico dei medici (art. 42) e, dall'altro, con il parere (non vincolante) della Commissione Nazionale di Bioetica, la quale, con documento in data 17 giugno 1994, aveva espresso una valutazione negativa sulla maternità surrogata.

Siffatta disposizione vieta il contratto di maternità surrogata, poiché esso appare in contrasto con le norme imperative: la causa è illecita quando è contraria a norme imperative (art. 1343 c.c.), con la conseguenza che tutto il contratto diventa illecito e, come tale, l'ordinamento lo colpisce con la sanzione della nullità, *ex art.* 1418, comma 1, c.c. Perciò, in

M., in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di G. FERRANDO, Padova 1989, 125 e segg.; C. LA FARINA, *Il caso "Baby M." alla luce dell'ordinamento italiano*, in *Giust. civ.*, 1987, II, 475 ss. Un'altra importante sentenza, pronunciata dalla Corte Suprema della California, ha avuto ad oggetto un caso di "utero in affitto", ove il materiale genetico apparteneva alla coppia committente: nell'ipotesi in esame, la donna estranea alla coppia, infatti, si era esclusivamente impegnata a portare a termine la gravidanza. La giurisprudenza ha qui valorizzato il legame genetico tra genitori biologici e figlio. Si tratta della *Supreme Court of California*, 20 maggio 1993, in *Foro it.*, 1993, IV, c. 337, con nota di G. PONZANELLI. In particolare, la Corte californiana ha risolto una triplice problematica relativa alla determinazione della maternità in tutti i casi in cui sia presente una madre biologica ed una madre che si limiti a portare a termine la gravidanza, ai diritti di cui è titolare quest'ultima e alla sorte del contratto di sostituzione di maternità. In relazione al primo aspetto, viene sottolineato come debba essere considerata madre naturale, secondo le leggi della California, colei che ha voluto far nascere il figlio e crescerlo come proprio. Con riferimento ai diritti spettanti alla madre surrogata, viene ritenuto che la donna che si impegni a portare a termine una gravidanza per conto di altri, si limita a fornire un servizio necessario ed importante, senza maturare alcuna aspettativa relativa alla possibilità di crescere il futuro figlio come proprio. Infine, circa la sorte del contratto di sostituzione di maternità, la Corte ne afferma l'irrilevanza penale.

²² La L. n. 40/2004 vieta interventi fecondativi non in linea con le finalità della legge medesima (art. 4, n. 3; art. 12, n. 2 e n. 6), e fissa ulteriori limiti al procedimento di procreazione medicalmente assistita. Tali limiti (posti a tutela del concepito, perché tale è anche l'embrione, atteso che vi è un *continuum*, senza pertanto soluzione di continuità, tra l'iniziale zigote fecondato in provetta e il feto, dopo l'impianto in utero), sono frutto di un compromesso tra chi avrebbe preferito il naturale e dovuto ossequio al principio della casualità della vita, che impone, all'occorrenza rinunzie e spinge all'adozione e chi, viceversa, avrebbe voluto riconoscere libertà piena di manipolazione genetica, per favorire l'appagamento di qualsivoglia desiderio. Per una trattazione organica del fenomeno, cfr. F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2004, 11, 1528-1535; M. SESTA, *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2, 350-360.



considerazione del principio inderogabile contenuto nell'art. 269, comma 3, c.c., secondo il quale la maternità è attribuita a colei che ha partorito il figlio, gli accordi di surrogazione non possono che essere improduttivi di effetti costitutivi nei riguardi dei genitori d'intenzione; anzi, a questi ultimi può essere contestato il reato di alterazione di stato civile (*ex* art. 567, comma 2, c.p.)²³ per aver chiesto la trascrizione degli atti di nascita presso il loro Comune di residenza²⁴. “L’approccio del legislatore italiano con riferimento alla pratica surrogativa può essere definito come «neo-istituzionale», in quanto s’incentra, esattamente come accade nella maggioranza degli ordinamenti europei, sulla rilevanza fondamentale attribuita all’istituto della famiglia, sul rispetto del corpo umano ed, infine, sulla tutela della dignità individuale, rivisitati alla luce delle modificazioni sociali e culturali”²⁵.

Il testé descritto è consolidato orientamento. Basti volger lo sguardo alla prima, lontana pronuncia in materia, risalente alla fine degli anni '80: il Tribunale di Monza, con sentenza del 27 ottobre 1989²⁶, dichiarava la nullità, per contrarietà all’ordine pubblico ed al buon costume, di un contratto con cui una donna si impegnava, dietro compenso, a portare a termine una gravidanza conseguente ad inseminazione artificiale con i gameti del marito di una donna sterile, rinunciando ai propri diritti di madre in favore di quest’ultima. Il giudice monzese statuiva altresì come non fosse data evincere dalla Carta fondamentale l’esistenza di un diritto incondizionato alla procreazione come «aspetto particolare del più generale diritto alla personalità [...], non potendosi desumere da alcuna disposizione che il desiderio o foss’anche l’interesse alla prole, in sé si intende tutt’altro che illegittimo, sia stato elevato alla dignità di diritto soggettivo, o comunque, che sia emerso nella considerazione del costituente un concetto di paternità o di maternità meramente negoziali, disgiunte cioè da un qualche fondamento biologico, relegate sotto l’esautivo governo dell’autonomia privata

²³ Trib. Varese, GUP, 8 ottobre 2014 ha richiamato le decisioni europee sui casi *Menesson* e *Labassee*, per arrivare alla conclusione che la richiesta di trascrivere l’atto di nascita straniero, assumendo la qualità di genitori del nato da gestante surrogata, integra ormai un’ipotesi di falso innocuo, con sostanziale elisione dell’antigiuridicità. Si supera così non solo l’orientamento rigoristico che ravvisava in tale ipotesi il delitto di alterazione di stato *ex* art. 567 c.p. (Trib. Brescia, 26 novembre 2013), ma anche quello intermedio che riteneva comunque applicabile la meno grave sanzione di cui all’art. 495 c.p. (Trib. Milano, 13 gennaio 2014, in *Foro it.*, 2014, 371; Trib. Milano, 8 aprile 2014, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1474).

²⁴ Attraverso la trascrizione di certificato di nascita si costituisce una previa attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto lecitamente in base ai criteri normativi vigenti nello Stato straniero; epperò, ciononostante, la suddetta trascrizione è improduttiva di effetti nell’ordinamento italiano di appartenenza dei coniugi committenti, in quanto contraria all’ordine pubblico.

²⁵ A. B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002, 117.

²⁶ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 295, con nota di G. PALMIERI, *Maternità “surrogata”: la prima pronuncia italiana*. La sentenza è altresì annotata da M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale e rapporto di filiazione*, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 73: ivi l’Autore sottolinea che “in una società dove tutto ha un prezzo, non dovrebbe stupire che si tenti la commercializzazione di fenomeni delicatissimi strettamente connessi alla sfera più intima della persona (...) la fattispecie in esame è palese espressione di quel triste e turpe fenomeno conosciuto come mercato di bambini, che ha assunto diverse forme (anche nel nostro Paese) tutte estremamente insidiose”.



e suscettibili di cancellare dal mondo giuridico quelle naturali». Veniva, pertanto, respinta, sulla base del principio suesposto, l'istanza di adempimento avanzata dalla coppia committente ed esclusa la possibilità di ripetere quanto pagato in anticipo a titolo di compenso per la maternità surrogata²⁷.

All'interno di tal orientamento si colloca pur una recente pronuncia di legittimità (Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001)²⁸, la quale prevede lo stato di adottabilità del bambino nato in Ucraina da madre surrogata per conto di due coniugi italiani, sì negando la possibilità che i figli nati all'estero con la pratica dell'utero in affitto possano essere riconosciuti²⁹.

²⁷ La rigorosa impostazione del giudice monzese è stata seguita dalla prevalente giurisprudenza di merito degli anni immediatamente successivi (cfr. App. Salerno, sez. minori (decr.), 25 febbraio 1992 e Trib. minorenni Taranto, 3 febbraio 1999, in *Famiglia e diritto*, 1999, 5, 483, con nota di E. RAVOT, "Cessione" del figlio e stato di abbandono); viene tuttavia revocata in dubbio dieci anni più tardi da un'innovativa pronuncia del Tribunale di Roma (Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000).

²⁸ Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3414, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione ed il divieto di maternità surrogata*. Nella pronuncia si afferma il contrasto con l'ordine pubblico italiano dell'istituto della surrogazione di maternità, vietato dalla legge sulla procreazione assistita; infatti, la Corte ha messo in evidenza come spetti solo al legislatore una scelta in materia, senza possibilità di interferenze da parte della giurisdizione (testualmente: «Posto che il divieto di maternità surrogata è di ordine pubblico, anche internazionale, non può riconoscersi efficacia in Italia all'atto di nascita di un bambino, formato all'estero, che ne indica quali genitori una coppia italiana, che, in realtà, aveva ivi fatto ricorso alla suddetta tecnica procreativa, con conseguente declaratoria di adottabilità del bambino medesimo (nella specie, il bambino non era figlio biologico né dell'uomo né della donna italiana, il che si pone in contrasto anche con la legge ucraina, paese ove era stato stipulato il contratto di surrogazione, era avvenuta la nascita ed era stato formato l'atto di nascita)»). Per una panoramica, cfr. Trib. Milano, 8 aprile 2014 e 15 ottobre 2013, *Foro it.*, 2014, II, 371, ove è ampiamente richiamata, *sub* § VII, App. Brescia, sez. min., 17 gennaio 2013.

²⁹ Nel caso in discorso, due coniugi si erano recati in Ucraina al fine di ricorrere alla pratica della maternità surrogata. La coppia, rientrata in Italia con il bambino nato a seguito della tecnica in questione, aveva chiesto la trascrizione dell'atto di nascita del minore. Il Pubblico Ministero aveva successivamente chiesto che fosse dichiarato lo stato di adottabilità del bambino: i coniugi risultavano difatti sottoposti a procedimento penale per alterazione di stato, essendo sospetta la non veridicità della dichiarazione di nascita del minore. Nel giudizio di primo grado i coniugi dichiaravano che la moglie non era in realtà madre biologica del bambino; veniva, inoltre, accertata, mediante consulenza tecnica di ufficio, l'assenza di un legame biologico tra il marito ed il minore. Nel giudizio emergeva la violazione, da parte dei coniugi, anche della legge ucraina in tema di maternità surrogata, la quale ammette tale pratica solo a condizione che il cinquanta per cento del patrimonio genetico del nascituro appartenga alla coppia genitoriale committente. Veniva poi osservato come la coppia avesse da tempo superato l'età in cui è consentita l'adozione di un neonato; emergeva, inoltre, che in precedenza non erano state accolte, per tre volte, le domande di adozione presentate dalla coppia, per gravi difficoltà nella elaborazione di una sana genitorialità adottiva. Il Tribunale dichiarava così lo stato di adottabilità del minore, sospendendo i coniugi dall'esercizio della responsabilità genitoriale. La Corte d'appello respingeva poi l'appello proposto dai coniugi rilevando in particolare la violazione da parte degli stessi della legge ucraina sulla maternità surrogata. La Corte territoriale rilevava inoltre la contrarietà all'ordine pubblico del certificato di nascita ucraino, stante il divieto sancito dalla l. n. 40 del 2004 di qualsiasi forma di surrogazione di maternità. Sulla base di tali considerazioni la Corte d'appello negava in caso al minore lo



Per quanto l'odierna ammissione della donazione di ovociti – quale risulta dalla pronuncia della Corte costituzionale che ha legittimato la procreazione assistita eterologa³⁰ – in combinazione con il persistente divieto, penalmente sanzionato (art. 12, l. 19 febbraio 2004, n. 40), della maternità surrogata in ogni sua forma (ossia tanto della “maternità surrogata” in senso stretto quanto della “maternità portante” o gestazione per altri) si presti ad essere letta nel senso che l'ordinamento ha superato il presupposto della necessità dell'apporto genetico al fine dell'attribuzione legale della maternità, mentre tiene fermo quello della gravidanza e del parto, la persistenza del disfavore verso la surrogazione si spiega in virtù di ragioni più profonde dell'apparente indispensabilità della gestazione nell'identificazione della nozione di maternità. L'argomentazione per cui la gravidanza crea un legame simbiotico tra feto e madre, benché in apparenza corpora giacché corrispondente all'immaginario collettivo della maternità, si profila alquanto retorica ed assiomatica; se, dunque, il divieto di maternità surrogata è ben più diffuso nel mondo di quello, oggi recessivo, della donazione di ovociti, è perché la prima viola principi con i quali la seconda, invece, non contrasta.

status di figlio degli appellanti: da ciò conseguiva lo stato di adottabilità del bambino, ai sensi dell'art. 8, l. 4 maggio 1983, n. 184, non essendo il minore assistito dai genitori o da altri parenti. Veniva altresì affermato che, in ogni caso, l'allontanamento del minore dal nucleo familiare degli appellanti era giustificato dal comportamento di questi ultimi, i quali avevano volontariamente eluso la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita e avevano falsamente dichiarato di essere i sui genitori naturali. La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sul caso in esame, ha respinto il ricorso presentato dalla coppia.

³⁰ Corte cost., 10 giugno 2014 n. 162, in *Europa dir. priv.*, 21014, 1105, con nota di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2014, f. 8-9, 1068, con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*; in *Fam. e dir.*, 2014, 753, con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Dir. pers. fam.*, 2014, 1005, con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 2324, con nota di G. CASABURI, *“Requiem” (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*. Il Giudice delle Leggi ha affermato che la scelta di una coppia di diventare genitori e di formare una famiglia è riconducibile alla libertà di autodeterminazione dell'individuo; sicché le limitazioni di siffatta libertà, costituzionalmente garantita, devono essere ragionevolmente e congruamente controbilanciate da esigenze di tutela di interessi di pari rango, ravvisabili, in tal caso, nel dato della provenienza genetica. La Corte ritiene che la scelta di formare una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è invero considerata in modo favorevole dal nostro ordinamento giuridico; e ciò è dimostrato dall'istituto dell'adozione: la considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato dalla stessa Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 11 del 1981) rende, comunque, evidente che il fatto della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa. Viene pertanto sottolineato che il divieto di fecondazione eterologa comporta in definitiva un'ingiustificata lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della l. n. 40/2004 di formare una famiglia. L'assolutezza del divieto in questione non trova poi giustificazione nelle esigenze di tutela del nato, le quali risultano congruamente garantite.



In primis, esso implica la disposizione del corpo della donna – che ripugna assai più della disposizione di parti staccabili del corpo³¹, quali sono considerabili i gameti, oggetto di “donazione” nell’ambito della fecondazione eterologa. L’obbligazione assunta con un accordo di surrogazione dalla donna di disporre del proprio corpo (restando incinta) e di cedere il neonato a terzi strumentalizza il corpo femminile, sì degradando la donna ad esclusivo mezzo di soddisfacimento dei fini altrui³². Difficile è non ravvisare un contrasto frontale con l’imperativo categorico kantiano che, nella sua seconda formulazione, comanda di “agire in modo da trattare l’umanità, sia nella propria persona sia in quella di ogni altro, sempre *anche* come fine e mai semplicemente come mezzo”³³.

La dignità della persona – intesa come “condizione di nobiltà ontologica e morale in cui l’uomo è posto dalla sua natura umana, e insieme il rispetto che per tale condizione glie è

³¹ Al di là del profilo mercenario che sicuramente incide sulla valutazione “sociale” negativa dell’accordo in questione con inevitabili riflessi – peraltro – sulla validità del “contratto” sotto il profilo del buon costume, dietro la maternità surrogata “a pagamento” potrebbero in concreto nascondersi più gravi fenomeni di sfruttamento ai danni di donne poco abbienti o in situazioni di estrema povertà, sui quali l’ordinamento dovrebbe attentamente vigilare e intervenire con opportuni strumenti di prevenzione e contrasto, anche nel quadro di una auspicabile regolamentazione della realtà del c.d. “turismo procreativo” (ossia della condotta di chi si reca all’estero, in Paesi con una legislazione più permissiva in tema di maternità surrogata, allo scopo di sottoporsi a procedure riproduttive vietate nel proprio Stato).

³² Lo notava già il Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 298; in *Dir. fam. pers.*, 1990, 173, con nota di M. VENTURA, *Sulla procreazione artificiale: una sentenza innovativa?*, rilevando che «l’atto dispositivo del proprio corpo, implicato dal contratto di maternità surrogata (..) non può mai rilevare come oggetto di una preventiva obbligazione dell’avente diritto a compierla o a permettere che altri lo compia su di lei ed è comunque contrario alla legge, all’ordine pubblico e, almeno in caso di onerosità, anche al buon costume».

³³ Cfr. I. KANT, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, (1785), trad. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, a cura di P. Chiodi, Torino, 1970, 88: “agisci in modo da trattare l’umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo”. Il che ovviamente non comporta che l’uomo non possa *anche* farsi mezzo per la realizzazione di scopi a lui estrinseci (accade di continuo nella vita sociale), bensì che non venga mai ridotto *soltanto* a mezzo. È il suo uso meramente strumentale, la sua riduzione da persona a cosa – come già, sia pure in maniera incidentale, aveva osservato Beccaria (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, a cura di F. Venturi, Torino, 1965, 50: “Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l’uomo cessi di essere *persona* e diventi *cosa*”) con una ventina di anni di anticipo rispetto a Kant – a ferirlo nella sua dignità. Per una recente rilettura della concezione kantiana dell’uomo come fine in se stesso cfr. J. RAZ, *Value, Respect and Attachment*, 2001, trad. it. *I valori fra attaccamento e rispetto*, Reggio Emilia, 2003, 111-156. Nell’epoca in cui fu formulata, questa idea offrì un valido contributo all’abolizione della tortura e al superamento di pene umilianti e crudeli.



dovuto e che egli deve a se stesso”³⁴ – permea di sé l’intera antropologia costituzionale, costituendone il collante quale “valore supercostituzionale”³⁵. Come è stato efficacemente detto, nella Costituzione “l’uomo non è soltanto un *Wertssetzer* ma anche un *Wertträger*”, perché egli è “sì libero di costruire il proprio ordinamento di valori ma [è] anche egli stesso già valore e quindi valore anche per gli altri”³⁶. Insomma, la libera ricerca dei fini, che si accorda con il pluralismo di valori protetto dalla Costituzione stessa, muove dal riconoscimento del valore originario, immanente ed ontologico e come tale indisponibile, dell’uomo in se stesso; proprio perché egli è già valore non può vedersi disconoscere lo stesso da chi persegua valori secondari diversi dai suoi, e quindi non può disconoscerlo neppure a se stesso, degradandosi. Proprio nella famiglia, la dignità della persona umana trova conferma, poiché la garanzia dell’eguaglianza “morale” dei coniugi posta dall’art. 29, comma 2, Cost., sta a significare la perentoria riaffermazione dell’identità originaria di valore dell’uomo e della donna in quanto partecipi della stessa natura umana e dà un fondamento non posticcio all’uguaglianza giuridica tra di essi, la quale altrimenti si baserebbe soltanto sulla ragione estrinseca che all’interno della famiglia non vi debba essere un capo.

La surrogazione della maternità comporta l’obbligo di disporre del proprio corpo, ed anzi dell’interezza del proprio essere, sì spezzando quel nesso tra corpo e psiche che nella naturalezza della procreazione si ricompona nell’unità fisica, sensoriale ed intellettuale della maternità. La donna si obbliga, pertanto, ad essere “gestatrice”, senza essere madre; in questa degradazione a mezzo ed auto-asservimento a fini altrui riposa il contrasto con la dignità umana. Quand’anche gratuita³⁷, la surrogazione rende la donna “mero strumento” per realizzare il progetto di genitorialità altrui³⁸: la «solidarietà tra donne», che caratterizzerebbe in ipotesi una gestazione per altri senza corrispettivo, attiene alla natura

³⁴ Cfr. Dizionario Treccani on-line, *ad vocem*. La definizione così prosegue: “La dignità piena e non graduabile di ogni essere umano (il *sum* di ciascuno), ossia il valore che ogni uomo possiede per il semplice fatto di essere umano e di esistere è ciò che qualifica la persona, individuo unico e irripetibile”.

³⁵ A. RUGGERI, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in *Giust. cost.*, 2008, 3617.

³⁶ A. NICOLUSSI, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione, Valori costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione italiana, Atti del Convegno Nazionale dell’U.G.C.I. (Roma, 5-7 dicembre 2008)*, a cura di F. D’Agostino, Milano, 2010, 167.

³⁷ Apertura verso una gestazione gratuita per altri è invece mostrata da P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, I, 1, Milano, 2011, 69 ss. e da S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014 52; in giurisprudenza, da Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Corr. giur.*, 2000, 4, 483 con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologie, regole etiche e diritto giurisprudenziale*.

³⁸ “La tecnologia riproduttiva favorisce l’esperazione dell’autonomia, trasformano l’altro in uno strumento per realizzare il proprio desiderio procreativo. E attivando l’intervento di diritti auto-referenziali. In una prospettiva al femminile, viene da chiedersi se la maternità ridotta a mera funzione riproduttiva non sia stata fatta oggetto della grande congiura della tecnologia contro la natura e la donna: lungi dall’essere neutrale la tecnologia, capace di dare alle donne il potere di essere madri in maniera così autoreferenziale, non le sta solo espropriando del vero controllo sulla riproduzione, ma sta togliendo loro il privilegio di vivere autenticamente la propria femminilità”: così G. GAMBINO, *Il moderno diritto al figlio. Riflessioni biogiuridiche a partire dal Giudizio delle due madri di Re Salomone*, in *Medicina e Morale*, 2013, 2, 322-323.



del fine perseguito, ma presuppone pur sempre un'auto-riduzione a mezzo per perseguirlo. A ciò si unisce, laddove sia poi onerosa, la commercializzazione del corpo umano, vietata all'art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina ed all'art. 3, co. 2, lett. c) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Del resto, se la surrogazione venisse ammessa, occorrerebbe garantire per legge la coercibilità dell'obbligo di "consegnare"³⁹ il neonato dopo il parto alla donna committente, strappandolo così a colei che l'ha partorito e che nel mentre potrebbe avere cambiato idea, desiderando tenerlo come proprio figlio; epperò ripugna una tale coercibilità alla stregua del più comune sentimento di umanità (perché sottrae alla puerpera la «carne della sua carne»)⁴⁰, tanto da suggerire a ritroso di non ammettere la surrogazione stessa. «Il paradosso di questa coercizione è che nel momento in cui la donna – pentitasi dell'impegno assunto e desiderosa di tenere con sé il figlio – riguadagna la propria dignità, recuperando quella pienezza di ruolo materno che ella stessa si era negata riducendosi a «gestatrice», il diritto interviene con il proprio apparato a dare esecuzione all'accordo di surrogazione o al provvedimento giudiziale che l'ha autorizzata, facendo soccombere tale interesse innanzi a quello dell'altra donna. D'altra parte, l'esecuzione dell'obbligo rende evidente quel che l'intera pratica non riesce a nascondere: la reificazione dei soggetti coinvolti ed in specie – oltre a colei che si è reificata da sé – del bambino»⁴¹. Un'autorevole voce del pensiero sociologico, la stessa alla quale si ascrive la fortunata immagine della modernità liquida, ha segnalato come conseguenza di un eccesso di "liquidità" quella degradazione della famiglia tale per cui il rapporto di coppia diviene il «luogo del consumo», tanto affannoso quanto effimero delle utilità che il *partner* può fornire, secondo la stessa logica dei rapporti di consumo che l'uomo instaura tra le cose⁴². Ebbene, siffatto rischio – che la fecondazione eterologa riproduce sul piano dei rapporti cc.dd. verticali, accreditando l'idea di una filiazione "disincarnata" in cui il figlio diventa il puro prodotto di una scelta, e quindi l'oggetto di un diritto della personalità dell'adulto che si "determina" a farlo nascere senza apporto procreativo⁴³ – diviene realtà nella surrogazione di maternità, che esibendo una

³⁹ Il carattere reificante della pratica che la "consegna" mette in evidenza ben traspare d'altra parte nella tendenza a concepire il neonato come un prodotto, che i committenti accettano laddove ed in quanto non sia "difettoso": di qui il caso, reso noto nell'agosto del 2014, in cui i committenti australiani hanno rifiutato di "ricevere in consegna" uno dei due gemelli partoriti dalla donna thailandese alla quale si erano rivolti (a titolo oneroso, e con ovociti provenienti da una terza donna), perché affetto dalla sindrome di Down.

⁴⁰ Il riferimento va a F. SANTORO PASSARELLI, *La filiazione naturale nel progetto di codice civile*, Studi urbinati, 1930, fasc. 3-4. 1 ss., ora in ID., *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 441 ss.

⁴¹ Così A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, f. 2, 415 ss.

⁴² Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, trad. it., Roma-Bari, 2006, 189 ss.

⁴³ Cfr. A. NICOLUSSI, *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in E. SCABINI, G. ROSSI (a cura di), *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido*, Milano, 2014, 3, ove l'A. nota come il figlio, che in un lontano passato poté essere detto "naturaliter



virtualità reificante ben maggiore di quella insita nella fecondazione eterologa tratta la persona già nata alla stregua di un risultato utile in relazione ad un interesse creditorio realizzato tramite l'adempimento di un obbligo e quindi come oggetto di consegna, spontanea o coattiva che sia.

Viepiù. La pratica di surrogazione della maternità, lesiva del bene giuridico fondamentale della «dignità umana», costituzionalmente tutelato, della gestante, si pone altresì oggettivamente in conflitto con l'istituto dell'adozione, l'unico al quale, giacché governato da regole particolare poste a presidio di tutti gli interessi coinvolti (in primo luogo quello dei minori, non già al mero accordo delle parti), «l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»⁴⁴.

Intendendo allora l'ordine pubblico⁴⁵ internazionale quale «limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna», ed individuando lo stesso non solo «nei valori condivisi della comunità internazionale, ma anche nei principi e valori esclusivamente propri, purchè fondamentali e (perciò) irrinunciabili», può sostenersi, *apertis verbis*, come il divieto di pratiche di surrogazione di maternità sia certamente norma imperativa che sostanzia un principio di ordine pubblico internazionale, ravvisandosi il fondamento (anche) nella sanzione penale che l'assiste («di regola posta a presidio di beni giuridici fondamentali») ⁴⁶. Ove ad essa si

aliquid patris», diventi adesso – archiviato il paidocentrismo novecentesco, che lo aveva elevato a persona – “*artificialiter aliquid parentis*”, tornando così ad essere, non più per natura ma per artificio, cosa.

⁴⁴ Così Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2015, f. 4, 2015, 472 ss., con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*.

⁴⁵ In Europa, la surrogazione di maternità è vietata dappertutto, ad eccezione di Albania, Georgia, Grecia, Paesi Bassi, Regno Unito, Russia ed Ucraina. Ciò, peraltro, non può non influire sulla stessa valutazione di contrarietà all'ordine pubblico internazionale. E' noto come di quest'ultimo siano teorizzate due nozioni (cfr. B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2014, 82 ss). La prima lo concepisce come sottoinsieme dell'ordine pubblico interno (inteso come complesso di principi inderogabili che costituiscono un limite all'autonomia privata), nel quale si collocano i soli principi talmente essenziali da essere fondamentali per l'armonia dell'ordinamento allorché questo, nell'aprirsi ai valori giuridici degli altri ordinamenti attraverso l'applicazione del diritto straniero, non ne consente un ingresso indiscriminato. La seconda lo differenzia dall'ordine pubblico interno perché mentre quest'ultimo riguarderebbe i principi che esprimono i valori fondamentali della comunità nazionale e si applicherebbe solo a fattispecie relative a cittadini italiani, il primo consisterebbe nei principi condivisi dalla comunità internazionale e si applicherebbe a controversie relative a stranieri che comunque presentino una blanda connessione con il nostro ordinamento. Ebbene, posto che la prima teoria appare più fondata, è evidente che anche stando alla seconda, proprio l'estrema diffusione del divieto della surrogazione della maternità, mostrando un *idem sentire* europeo avverso questa pratica, non può che elevarlo a principio di ordine pubblico internazionale.

⁴⁶ Nel senso, invece, della non contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione, v. App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Giur. merito*, 2010, con nota di M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, relativa al riconoscimento ex art. 65 l. n. 218/1995 di un *parental order* britannico. Sul piano della prassi amministrativa, la contrarietà all'ordine pubblico è però ribadita dalla Circolare del Ministero degli affari esteri dell'11 agosto 2011, che conferma il divieto per l'ufficiale di stato



ricorra, allora, in spregio del divieto comminato dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, non vi è dubbio – ed è esatto dire – che l'attribuzione della qualità di madre spetti alla donna che abbia partorito, ai sensi dell'art. 269, comma 3, c.c.⁴⁷

civile di operare la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero. Al riguardo, si legga l'opinione di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, in *Foro it.*, 2014, 3408, il quale, anche a concedere che contrasti con l'ordine pubblico quella che definisce maternità surrogata eterologa, «che si riscontra allorché la madre sostituta (o gestante) accoglie un embrione formato con gameti estranei alla coppia committente», afferma che «non contrastano con l'ordine pubblico internazionale le fattispecie (molto diffuse) di maternità surrogata omologa, in cui (in genere) il padre committente è anche genitore biologico (in quanto l'embrione è stato formato con i suoi gameti), sicché quegli atti di nascita possono essere senz'altro trascritti». Invero – sostiene A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, *op. cit.*, 486 ss. – la contrarietà della surrogazione all'ordine pubblico non riposa sulla doppia estraneità genetica del nato alla coppia committente, ma si fonda sulla contrarietà a vari principi sistematici della dissociazione tra concepimento e gravidanza e quindi della scissione della maternità (non *tout court*, ché altrimenti la stessa donazione di gameti vi ricadrebbe, bensì) quando la gravidanza sia strumentalizzata al fine della maternità di una donna diversa da quella che la vive. Se così è – conclude l'Autore –, il contrasto sussiste evidentemente anche nell'ipotesi in cui dal lato maschile il contributo genetico sia riferibile al committente, nella quale il disvalore della scissione della maternità si presenta immutato. Allora ciò comporterà sì il diritto del figlio (e, correlativamente, del padre) all'accertamento della paternità dell'uomo, ma non potrà comportare il corrispondente diritto all'accertamento della maternità della committente, perché la nascita resta da surrogazione di maternità. L'accertamento della paternità dell'uomo committente, legato da vincolo genetico con il nato da surrogazione di maternità, non è, del resto, affatto distonico rispetto ai principi del sistema, anzi si impone proprio in applicazione del principio di verità espresso all'art. 30 Cost. Ciò, peraltro, è esattamente quanto discende da quella pronuncia della Corte Edu – relativa al caso di due gemelli nati in California a seguito di maternità surrogata commissionata da cittadini francesi, la trascrizione nei registri dello stato francese del cui atto di nascita, formato con l'indicazione dei committenti come genitori, era stata annullata su istanza del Pubblico ministero – che ha affermato che nel negato riconoscimento da parte del diritto francese della qualità di figli dell'uomo committente, loro padre biologico, vi sia stata violazione del diritto dei minori alla vita privata, protetto dall'art. 8 CEDU (Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia* – domanda n. 65192/11).

⁴⁷ E' logico – per A. Renda – che il divieto di surrogazione di maternità (destabilizzando la figura *de qua* il sistema, giacché ne viola principi fondamentali) sia di ordine pubblico, perché enunciato da una norma imperativa posta a presidio di quegli stessi principi irrinunciabili, altrimenti offesi dalla relativa pratica. Ed è esatto, allora, che – ove ad essa si ricorra contro il divieto comminato dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 – l'attribuzione della qualità di madre spetti alla donna che ha partorito; ma, per l'Autore, “non è esatto che ciò dipenda dall'art. 269, comma 3, c.c., interpretato come norma che identifica la maternità come qualità propria di colei che ha partorito, perché in realtà tale attribuzione si impone in virtù di un diverso fondamento, e cioè come sanzione civile che, *ex sistema*, è la più efficace, perché più idonea ad assicurare la funzione deterrente del divieto (...) Negare la maternità alla donna committente che ha fornito i gameti inibisce cioè l'effetto acquisitivo dello *status* di madre in capo alla committente, che il contratto di maternità portante mira a perseguire” (così A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, 4, 484 ss). Ivi si sostiene, pertanto, la medesima soluzione avanzata dalla dottrina maggioritaria, ma con una motivazione diversa da quella da essa adottata, cioè l'ossequio alle citate norme codicistiche (art. 239, 269 c.c.), interpretate come tali da identificare nel parto il criterio unico o comunque prevalente di attribuzione della maternità (v., tra tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II,



Ci si chiede se la stessa soluzione valga anche laddove la surrogazione di maternità emerga a distanza di tempo dalla nascita, allorchè il relativo atto sia stato formato e (soprattutto) si sia allacciato un rapporto significativo tra il bambino e la coppia di committenti⁴⁸.

L'enfasi sull'interesse in concreto del minore potrebbe indurre a sostenere che la soluzione preferibile sia quella di far dipendere il trattamento del caso da una valutazione delle sue peculiarità, con potere del giudice di lasciare immutata la situazione pur non conforme alla realtà della procreazione e ai valori dell'ordinamento. "Si tratta probabilmente di una dimensione alla quale il diritto dovrà aprirsi, trovando il giusto punto di equilibrio tra l'esigenza di essere coerente con i valori che esprime *ex ante* (e dei quali certi divieti costituiscono il presidio, a maggior ragione se penalmente sanzionati) e quella di farsi carico della difficoltà di affrontare i fatti, che non sempre nascono conformi al diritto e che si radicano nell'esperienza delle persone (soprattutto, nella quotidianità di vita del minore, che non può rispondere delle scelte di chi l'ha fatto nascere) generando aspettative che sarebbe disumano deludere del tutto"⁴⁹.

Ma è una dimensione alla quale il diritto deve aprirsi con cautela. Occorre guardarsi dal rischio di accreditare, sotto la pressione di un interesse del minore *secundum quid* (o le mentite spoglie d'esso), opzioni di politica del diritto proprie dell'interprete, con esiti eversivi del sistema qual è: "il pericolo da scongiurare in questa materia così delicata è, infatti, quello del soggettivismo ermeneutico e giudiziario, cui facilmente l'interprete cade quando, influenzato dal suo personale bagaglio ideologico e culturale, nel fare i conti con una legge controversa come la legge n. 40, si disperde in profili «meta-giuridici», soffermandosi ad esporre le proprie convinzioni personali circa le scelte compiute dal

Milano, 2014, 408, secondo cui «è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno con cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano»). *Contra*, nel senso della necessità di affermare la maternità della donna che ha fornito il contributo genetico, cfr. F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, in *Verso nuove forme di maternità?*, a cura di C. A. Graziani e I. Corti, Milano, 2002, 123 ss.

⁴⁸ Una cauta apertura ad una soluzione diversa viene da B. BAREL, *La filiazione nel diritto internazionale privato dopo la riforma del 2012-2013*, in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione. La filiazione alla luce del d.lgs. 154/2013*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 287: "Se questo è vero nella immediatezza della nascita, diversa potrebbe essere tuttavia la situazione nel caso di una relazione di fatto ormai consolidata per il trascorrere de tempo: in quel caso potrebbe profilarsi un delicato contrasto tra l'interesse del minore e la finalità della legge di non incentivare il consolidamento di situazioni illegali".

⁴⁹ Così testualmente, A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, *op. cit.*, 483 ss. Anche A. NICOLUSSI, *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in E. SCABINI (a cura di), *Allargare lo spazio familiare: adozione e affidato*, Milano, 2014, 18, rileva che "questa dimensione è spesso ignorata nella sua consistenza reale sia da chi si attacca ai divieti non volendo guardare alla realtà sia da chi pretende di confondere i fatti con le norme, ciò che è con ciò che dovrebbe essere. Un atteggiamento più prudente e attento dovrebbe invece suggerire delle soluzioni, che senza fare confusione, offrano dei rimedi per le situazioni ormai in atto".



legislatore anziché impegnarsi a comprendere appieno il significato della nuova normativa⁵⁰. Nonché (il rischio) di capovolgere il rapporto che il sistema ha impostato tra verità ed altri valori. Ad oggi, infatti, il sistema intende l'interesse del minore in sede di accertamento di stato come un correttivo del principio di verità, non già quale criterio antinomico con questo⁵¹: un correttivo che consente di ridurre o azzerare le prerogative della genitorialità genetica, alla volta di una genitorialità sociale, allorché la prima si riveli inadeguata agli *standards* di cura del minore (così da giustificare quella censura tra «biologia» e «biografia»⁵² che, altrimenti, l'esperienza umana dimostra non aver ragione d'esser), epperò che non giustifica all'opposto il permanere di una genitorialità sociale affermata in spregio di quella genetica.

Proprio tal duplice rischio trova concretizzazione (*sigh!*) nel recente pronunciamento della Corte Edu che – in relazione ad un caso di surrogazione di maternità effettuata in Russia da una coppia italiana geneticamente estranea al nato, la quale si è vista negare la trascrizione in Italia dell'atto di nascita formato all'estero per contrarietà all'ordine pubblico e conseguentemente togliere il bambino, dichiarato adottabile giacché figlio di ignoti – ha statuito che vi sia stata violazione del diritto della coppia ricorrente al rispetto della vita familiare *ex art. 8 CEDU*⁵³. Ciò perché l'autorità giudiziaria italiana, nel decidere

⁵⁰ Testualmente, B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2014, 2, 161. Così, tra gli altri, A. CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, 23, evidenzia come in questa materia “è necessario fare i conti, ad ogni istante, con implicazioni sociologiche, ideologiche, etiche e via enumerando” che “troppo facilmente possono tradursi in considerazioni meta-giuridiche, ovvero nella tentazione di piegare il dato positivo alla propria visione del mondo, scaturente dal bagaglio ideologico e culturale posseduto”. Analogamente, G. SCIANCALEPORE, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004.

⁵¹ Costante è, infatti, l'insegnamento della Corte costituzionale, secondo cui «la crescente considerazione del *favor veritatis* [...] non si pone in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse de medesimo minore, che si traduce nell'esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico» (da ultimo, con affermazione tralattiva, Corte cost., ord., 12 gennaio 2012, n. 7, in *Giur. cost.*, 2012, c. 45).

⁵² La diade espressiva si deve a S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 586.

⁵³ CEDU, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015. Due coniugi molisani, i quali erano già ricorsi in Italia, senza successo, alla fecondazione artificiale, nel 2008 decisero di accedere alla pratica dell'utero in affitto in Russia, paese nel quale la stessa è legalmente ammessa, ed all'uopo si rivolsero ad una società legale *Resjurconsulting*, che, dietro lauto compenso, istruì la pratica. Il minore nacque il 27 febbraio 2011 e, sulla base della normativa russa di riferimento, venne rilasciato dalle competenti autorità un certificato di nascita in cui i due italiani risultavano i genitori del minore. L'atto di nascita venne dotato di *apostille* ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1961, e nell'aprile 2011 i due coniugi ottennero dal consolato italiano i documenti per poter rientrare in Italia con il minore. Pochi giorni dopo, il consolato italiano di Mosca comunicò alle



l'allontanamento del minore dai genitori d'intenzione, avrebbe adottato una misura che, benché prevista dalla legge e volta alla difesa dell'ordine ed alla protezione dei diritti e delle libertà del minore, non era strettamente necessaria ed ha perciò ecceduto il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri⁵⁴.

La Corte ha reputato, pur in difetto sia di un titolo legale di genitorialità in capo ai committenti sia di un legame biologico tra essi ed il nato, tra questi si fosse allacciata una relazione familiare “di fatto”, nonostante la brevità – sei mesi, a partire dal terzo mese di vita del bambino –, che l'allontanamento deciso a seguito della pronuncia di adottabilità, ha spezzato, senza necessità alcuna ed in contrasto con l'interesse stesso del minore (salvo poi precisare che la condanna non comporta l'obbligo dello Stato italiano di “restituire” ai committenti il bambino, perché questo avrà nel mentre ragionevolmente instaurato una relazione affettiva con la famiglia affidataria).

I giudici europei, pertanto, giammai inclini ad affermare la sussistenza di un obbligo di riconoscere una siffatta genitorialità basata sul mero acquisto – ed anzi, lontani, *apertis verbis*, dalla logica proprietaria sviluppata dalle peculiari argomentazioni dell'avvocato della società russa che aveva gestito la vicenda – hanno precisato come la condanna dello Stato italiano non debba essere interpretata nel senso di configurare un obbligo restitutorio del bambino,

autorità competenti italiane che l'atto di nascita conteneva false informazioni; conseguentemente la richiesta di trascrizione dell'atto venne rifiutata ed avviato a carico della coppia molisana un procedimento penale per il delitto di alterazione di stato *ex art.* 576 c.p. e per violazione dell'art. 72 della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante la disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Contestualmente il Tribunale dei Minori avviò un procedimento di adottabilità, essendo il minore considerato in stato di abbandono. Nell'agosto del 2011 il test del DNA aveva dimostrato che non v'era alcun legame biologico tra il presunto padre ed il minore (contrariamente a quanto sostenuto dalla coppia) e, successivamente, nell'ottobre 2011, il minore era stato allontanato dalla coppia ed affidato ai servizi sociali. La coppia agisce pertanto davanti alla Corte europea dei diritti dell'Uomo in proprio e per conto del minore per violazione dell'art. 8 della Convenzione, sostenendo la legittimità della loro condotta secondo la legge russa, e l'illegittimità del rifiuto delle autorità italiane, le quali avrebbero dovuto seguire il solo criterio dell'interesse superiore del minore. La Corte, nell'esaminare il caso, si pronuncia in primo luogo sull'applicabilità dell'art. 8, ribadendo come lo stesso protegga i legami familiari *de facto*.

⁵⁴ La Corte Edu, chiamata a pronunciarsi su di una pluralità di domande, ha respinto quella con la quale i ricorrenti, nell'asserita qualità di rappresentanti del minore, facevano valere la violazione del diritto del minore stesso al rispetto della vita privata e familiare (*ex art.* 8 Cedu) a causa del mancato riconoscimento dello *status* di figlio attribuitogli dal diritto straniero, con la motivazione che essi non possedessero la qualità necessaria per rappresentarlo, essendo geneticamente estranei al minore, per di più già in affidamento preadottivo al momento della domanda. Ha, altresì, respinto la domanda proposta dai ricorrenti in proprio, con la quale questi facevano valere la corrispondente violazione del proprio diritto alla vita privata e familiare in conseguenza del rifiuto dell'autorità italiana di trascrivere l'atto di nascita formato all'estero, con la motivazione che i ricorrenti non avessero esaurito i mezzi di ricorso di diritto interno, per essere ancora proponibile ricorso per Cassazione avverso la sentenza d'appello che ha confermato il rifiuto di trascrizione opposto dall'ufficiale di stato civile.



nell'interesse del quale si invita, al contrario, a salvaguardare la relazione affettiva che risulterebbe essersi successivamente costituita in seno ad una famiglia affidataria. Piuttosto denuncia la lesione del principio di proporzionalità insita nel provvedimento italiano censurato, giacché l'allontanamento del bambino dal contesto familiare in cui "di fatto" era inserito, pur sulla base di un titolo genitoriale la cui illegittimità la Corte non discute, è avvenuto senza che si fossero riscontrate situazioni di pericolo grave, quali abusi sessuali o violenze fisiche e morali, e senza che l'impatto delle misure venisse in quale modo attenuato dalla previsione di forme di diritto di visita, comparabili a quelle riconosciuti in altri ordinamenti. Sicché la sentenza va ad inserirsi sulla scia di una precedente condanna riportata dall'Italia riguardante l'inammissibilità di provvedimenti, non infrequenti nelle prassi dei tribunali minorili, con cui si dispone l'allontanamento di minore, pur in assenza di quei gravi presupposti e di quelle misure di accompagnamento di cui si diceva⁵⁵.

In altri termini, la Corte di Strasburgo, attraverso una "*mère porteuse*", ha rilevato la sussistenza nel caso di specie della violazione dell'art. 8 CEDU, affermando come la dichiarazione di adottabilità del minore e, perciò, il suo affidamento ad una nuova famiglia, debbano essere «misure estreme», da adottare *cum grano salis* e con carattere di residualità, senza alcun meccanismo automatico, poiché preminente dev'essere l'esigenza di tutelare l'interesse del minore alla propria relazione genitoriale, sia essa biologica o meno.

Del resto, il centro gravitazionale del rapporto genitori-figli non ruota più e solamente attorno al dato biologico in sé, ma al fattore affettivo, che lega i componenti del gruppo familiare, diventandone il collante indefettibile⁵⁶. Costituisce interesse essenziale del minore ricevere quella carica affettiva di cui l'essere umano non può fare a meno nel tempo della sua formazione. In altri termini, l'ordinamento è deputato a tutelare precipuamente non più il *favor veritatis* ma il *favor affectionis*, che si realizza nella condotta di chi provvede al mantenimento, all'educazione del figlio con amore e responsabilità, guardando al futuro del nato (e non al momento del parto), a garanzia del "superiore interesse del minore" – di gran lunga prevalente rispetto all'interesse della coppia a realizzarsi come genitori – a ricevere le cure e l'affetto di cui ha bisogno per formare la sua personalità, "in una prospettiva in cui lo *status* viene rivitalizzato e piegato allo scopo di proteggere e non di escludere"⁵⁷.

⁵⁵ Corte Edu, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italie*, ric. 33773/11, ha accolto la domanda risarcitoria proposta da una donna immigrata, cui le autorità aveva dichiarato adottabile il figlio, e poi sospeso ogni diritto di visita, considerandola inadeguata a crescerlo, sulla base di una relazione dei servizi sociali, essenzialmente incentrata sul fatto che la gran parte del giorno il bambino venisse affidato ad una coppia di anziani vicini, dovendo la madre lavorare molte ore per mantenerlo.

⁵⁶ Osserva in punto C. MAZZÙ, *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, 2011, 29 ss. che il rapporto così è "a favore dell'elemento affettivo, che diventa un velo avvolgente la verità storica e attenua il valore della ricerca del dato biologico, fino a giustificare la quasi totale obliterazione".

⁵⁷ C. MAZZÙ, *Nuovi modelli di status*, 12, ove l'A. individua "la nuova stagione dello *status*", inteso "come uno strumento inclusivo nel sistema e capace di dare certezza alle relazioni, senza apriorismi formali e pregiudiziali etico-religiose o razziali".



Peraltro, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo segna da tempo numerosi punti fermi che riconducono alla protezione dell'art. 8 della Carta i legami familiari *de facto*, caratterizzati dalla presenza di vincoli di affettività, «purché ricorrano un certo numero di elementi, quali il tempo vissuto assieme, la qualità delle relazioni, nonché il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino»: così nel caso italiano di diniego dell'adozione speciale di una neonata affidata provvisoriamente con decreto d'urgenza ad una coppia, motivato dall'adozione disposta nei confronti di altra coppia, che la Corte ritiene ascrivibili ad una vita familiare già in atto, come tale tutelata, posto che la bambina aveva vissuto con la coppia per 19 mesi, e sussisteva un «forte legame» con gli adulti⁵⁸.

La relazione stabilita nel tempo, pur in assenza di vincoli genetici, non è dunque irrilevante, in quanto costituisce aspetto della vita familiare tutelata dall'art. 8 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo e dall'art. 7 della Carta di Nizza⁵⁹, anche sotto l'aspetto potenziale, per tale intendendo quella che il padre biologico potrebbe stabilire col figlio avuto con una donna sposata, il cui *status* sia cristallizzato e non più contestabile⁶⁰, ed il relativo rilievo legittima perfino l'affido condiviso alla «figura genitoriale di riferimento» pur in assenza di vincoli rilevanti per lo stato civile, trattandosi della seconda moglie del padre che si era presa cura del bambino orfano della madre fin dalla nascita, anche per tutelare la salute psicofisica del minore, in applicazione diretta dell'art. 32 Cost.⁶¹

⁵⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ricorso n. 16318/07. Cfr. altresì Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Chambre, 22 aprile 1997, *X, y, z c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93, ove si vuol accertare «l'esistenza di una relazione affettiva» nel caso di una persona transessuale, la compagna di lui e la figlia ottenuta con metodiche di procreazione artificiale.

⁵⁹ Corte di Giustizia 11 luglio 2002, *Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-60/00, in *Racc.* 2002, I-6279, applicativo dell'art. 49 TCE (art. 52 TFUE), letto «alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare», nel senso dell'obbligo di garantire il soggiorno nello Stato membro di origine di un prestatore di servizi stabilito in tale Stato, che fornisce servizi ai destinatari stabiliti in altri Stati membri, al coniuge del detto prestatore, anche se cittadino di un Paese terzo, per il caso della donna che si era presa cura dei figli del primo letto del marito, sebbene non vi fosse tenuta in forza di vincoli giuridici. Cfr. M. MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 447; G. FERRANDO, *Le relazioni familiari nella Carta dei Diritti dell'Unione Europea*, in *Politica del diritto*, 2003, 347 ss.

⁶⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 15 settembre 2001, *Schneider c. Germania*, ricorso n. 36168/2009.

⁶¹ T. d. M. Genova, 12 marzo 2009, su cui E. BET, *Affidamento condiviso, genitore biologico e "figura genitoriale di riferimento"*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 101 ss. Dall'istruttoria era risultato che «a tutti gli effetti, la sig. X ha rappresentato per il minore la figura materna di riferimento, indipendentemente dall'essere la stessa genitore biologico o meno; che la separazione da essa ha provocato sentimenti di perdita parimenti significativi, aggravati dall'introduzione di altra figura femminile e recentemente resi ancora più disorganizzati dalla separazione dalla sorella maggiore». Il Tribunale dispone così l'affidamento condiviso al padre ed alla donna che ha fatto da madre al figlio del marito, considerando come fosse necessario «rispettare il diritto del minore alla bigenitorialità, in considerazione dei suoi vissuti e dei legami affettivi che egli ha costruito nella sua giovane vita al di là della natura della filiazione».



Epperò, se ci si volesse ora limitare a discutere della congruenza della pronuncia rispetto ai criteri emergenti dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo⁶², in relazione alle circostanze di fatto del caso, sarebbe difficile non rilevare come sia del tutto arbitrario ritenere che una relazione instauratasi per sei mesi con un bambino che ancora non può aver elaborato un'identità relazionale fondata su di una chiara cognizione di sé e degli altri costituisca un legame familiare meritevole di essere preservato e conservato nell'interesse del minore stesso. Si palesa, in altri termini, un chiaro fraintendimento "quantitativo" del presupposto di fatto idoneo a giustificare la condanna, al cospetto di elementi di segno contrario – quali la mancanza di una genitorialità legale ed il difetto di una genitorialità anche solo biologica – che avrebbero dovuto rendere ben più stringente lo scrutinio della "significatività" della relazione di fatto. Come segnalato nell'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, l'art. 8 CEDU non può essere interpretato nel senso di proteggere come vita familiare la relazione di fatto, priva di legame biologico, instauratasi a seguito di un «atto illegale, contrario all'ordine pubblico»; ma anche a voler escludere a priori una simile opzione interpretativa, certo è che tale circostanza non può non influire sull'esame della proporzionalità tra la misura presa dallo Stato e la necessità di perseguire gli scopi che la norma annovera come tali da legittimare l'ingerenza in tale diritto (§ 3). Pertanto, manifestando il caso la mancanza di un'identità giuridica di figlio (non v'era un titolo dello stato), l'assenza di un'identità anche biologica (difettava il rapporto di procreazione con entrambi i ricorrenti) e la presenza di un'identità sociale agli "albori", discorrere di rapporto familiare da preservare nell'interesse stesso del minore appare rasentare l'arbitrio.

Limitarsi dipoi a tale profilo equivarrebbe trascurare l'aspetto più rilevante insito, ossia lo sconvolgimento financo troppo surrettizio di principi di diritto interno che, lungi dall'essere soltanto di rilevanza legislativa e quindi di rango primario nella gerarchia delle fonti di diritto, assurgono invece a diretto rilievo costituzionale e si impongono pertanto innanzi agli stessi principi della CEDU⁶³. La nostra Costituzione imposta il rapporto tra genitorialità

⁶² Nella pronuncia della Corte Edu, 10 aprile 2012, *Pontes c. Portogallo*, citata con amplissimi stralci proprio nella motivazione della sentenza *Paradiso e Campanelli* (§ 80), i presupposti in relazione ai quali debba accordarsi la protezione della vita familiare dalle ingerenze del potere pubblico sono chiariti con l'osservazione che «là où l'existence d'un lien familial se trouve établie, l'État doit en principe agir de manière à permettre à ce lien de se développer et prendre les mesures propres à réunir le parent et l'enfant concernés» (§ 75 Pontes c. P.) e che «briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines» (§ 79 Pontes c. P.). Poiché nel caso italiano mancava sia un vincolo legalmente stabilito sia "radici" biologiche, l'applicazione della stessa *ratio decidendi* non si giustificava.

⁶³ Il rapporto tra norme costituzionali e norme CEDU è stato chiarito da Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, c. 3535, con nota di M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle». Diritti fondamentali, fonti, giudici*, secondo cui «proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un libello sub-costituzionale, è necessario che esse [norme CEDU] siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle norme stesse, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali (...) o dei principi supremi, ma debba estendersi ad ogni



biologica e genitorialità sociale alla stregua della «eccezionalità» della seconda rispetto alla prima⁶⁴, con la conseguenza che l'attribuzione all'interesse del minore della funzione di fondamento giustificativo della permanenza di una genitorialità sociale non corrispondente a quella biologica deve pur sempre essere coerente con il primato di quest'ultima, venendo così a giustificarsi in quanto vi sia una relazione di fatto talmente consolidata che rimuoverla comporti per il minore un sacrificio palesemente sproporzionato rispetto al beneficio che nel caso concreto gli deriverebbe dall'acquisizione della genitorialità biologica o di un'altra genitorialità sociale qual è quella adottiva.

Alla stessa conclusione conduce il rilievo per cui, se bastasse lo stabilimento di una relazione di fatto qual che sia tra i genitori d'intenzione ed il nato da surrogazione di maternità perché questo debba, in nome della prevalenza del fatto sul diritto, rimanere a vivere con i primi sì maturando un titolo per diventarne figlio, cioè equivarrebbe ad ammettere che sussiste il diritto dei committenti ad essere riconosciuti perciò stesso "genitori" e che, quindi, la surrogazione di maternità deve, senza ipocrisia, essere ammessa. Epperò il divieto di surrogazione è posto a presidio di un valore supercostituzionale, quale è la dignità, non abrogabile se non ad un prezzo troppo alto.

E' sì vero che l'ordinamento debba tener conto del fatto che le famiglie hanno bisogno di risposte articolate, poiché la famiglia non è un cliché, ma è un modello di vita ("relativo" e "storico") che i componenti scelgono e confermano giorno dopo giorno; ma è altrettanto vero che dal valore della dignità, che è alla base dell'intera disciplina, non può prescindersi⁶⁵.

profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali». Nello stesso senso, tra le altre, Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Riv. dir. intern.*, 2010, 583; Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, 1557 ss.; Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in www.cortecostituzionale.it, la quale peraltro rileva che «a differenza della Corte EDU, questa Corte (...) opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata» (§ 5.4. della motivazione).

⁶⁴ Per quanto questo principio possa risultare attenuato dal pronunciamento della Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 sulla fecondazione eterologa (ma si tratta di un'attenuazione di fatto e non di diritto, visto che la Corte non si è neppure confrontata con l'art. 30 Cost. e quindi non si è onerata di confutarne l'interpretazione consolidata, rendirizzandola), questa stessa sentenza afferma chiaramente che il divieto di surrogazione di maternità permane immutato (§ 11.1 della motivazione). Rispetto a questa tecnica, allora, il primato di cui si discorre trova persistente pienezza di fondamento.

⁶⁵ Sulla funzione promozionale del diritto, al quale spetta di accreditare i valori che la Costituzione fa propri e quindi di orientare le condotte umane verso quelle virtuose, cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, f. 2, 415 ss., il quale, in merito al fenomeno del c.d. turismo procreativo e del disprezzo in esso insito per le leggi dello Stato italiano e per i valori che le ispirano e che da queste in pari tempo sono asseverati – "qualcosa che ricorda quell'odio per la legge nel quale Hegel vedeva il marchio della «cattiva coscienza», che, «pone[ndo] il diritto nella convinzione soggettiva», non può trovare in quello oggettivo altro che «una lettera morta e fredda e [...] una pastoia» (G. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, 1821, trad. it. F. Messineo, Roma-Bari 1979, 11 ss.) – si asserisce: "Non esiteremo a dire che nel contrastare il fenomeno del turismo procreativo rivolto alla surrogazione della maternità all'estero e nel reprimere gli effetti del diritto non conculca



Se, quindi, si intende percorrere la strada della formalizzazione giuridica del rapporto di fatto, in risposta ad tendenza a candidare il fatto a metro esclusivo del diritto – una tendenza non nuova, se già una ventina di anni orsono si segnalava come il diritto di famiglia venisse insidiato dall'ideologia che vuol ridurlo al ruolo di «confermare la realtà sociologica attraverso la duplicazione pura e semplice della stessa»⁶⁶, eppur tuttavia ultimamente sempre più pervasiva⁶⁷, nel segno dell'ambigua metafora del rispecchiamento, che fa del diritto di famiglia lo specchio «che si adatta a riflettere lo stato dell'evoluzione delle relazioni familiari in un contesto sociale»⁶⁸ – deve apparir chiaro come non possa farsi dell'interesse del minore un valore-tiranno⁶⁹, esente dal bilanciamento con quello della dignità; e come, altresì, quanto meno ampie saranno le maglie di tale formalizzazione tanto meno si attenterà alla coerenza del sistema.

L'autodeterminazione individuale, ma richiama al rispetto del valore della dignità. Se può apparire strano, è solo perché alle «durezze di una civiltà classica educata all'*ἀρετή*» (così C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1043) sono andate sostituendosi le mollezze di una civiltà post-moderna avvezza a trasporre il desiderio a diritto soggettivo ed incline alla frustrazione ogni volta che la trasposizione non riesce”.

⁶⁶ L. MENGONI, *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa nelle recenti riforme: principi e orientamento, La famiglia alle soglie del III millennio, Atti del Congresso europeo di Lugano (21-24 settembre 1994)*, a cura di E. W. Volontè (Lugano, 1996), 60.

⁶⁷ Promana, dunque, dalla società l'istanza di un diritto mimetico – non già ordinante –, tanto più neutro (e quindi tanto più giusto in quanto neutro) quanto più imiti la realtà, anziché intradarla verso un “dover-essere”. Già G. CASTRONOVO, *Dal diritto canonico al diritto civile: nullità del matrimonio ed effetti patrimoniali, Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, 1, Milano, 1991, 220, segnalava che nell'attuale società «il fatto tende a far premio sul diritto o, se si vuole, a transustanziarsi in diritto».

⁶⁸ P. ZATTI, *Familia, familiae – declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 10 ss.

⁶⁹ Per il bilanciamento come tecnica che impedisce la tirannia di un valore a discapito di un altro, salva la necessità di distinguere le collisioni reali di valori da quelle apparenti, v. L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1993, 47 ss., ora in ID., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 255 ss.