

Le nuove genitorialità Fonti e orientamenti giurisprudenziali

di Maria Acierno

Sommario: 1. Premessa metodologica.-2. Le problematiche.- 3. Le risposte in ambito giuridico.- 3.1. L'ambiente costituzionale e convenzionale. Le fonti.- 4. La legislazione europea ed extraeuropea sulla maternità surrogata. - 5. Le risposte della giurisprudenza.- 5.1.Gli anni dal 1990 al 2000.-5.2. Dal 2000 ad oggi, i nuovi versanti della giurisprudenza.- 6. La stepchild adoption.- 7. Riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero.-7.1.Relazione biologica con uno dei genitori intenzionali.-7.2. mancanza di relazione biologica con il minore dei richiedenti.- 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa metodologica

La selezione di fonti e di pronunce giurisprudenziali che verrà illustrata si fonda su una definizione precisa di maternità surrogata coerente con quella di recente assunta dalla Corte di Cassazione in due pronunce (Cass.12962 e 19599 del 2016) con le quali è stato riconosciuto, nella prima sentenza, alla partner della madre biologica il diritto, alle condizioni previste dalla legge, di richiedere l'adozione in casi particolari del minore stesso nato mediante il ricorso alla fecondazione eterologa (gamete maschile da donatore terzo e femminile dalla partner) e, nella seconda sentenza, la non contrarietà al parametro dell'ordine pubblico di un atto di nascita estero che indicava come genitori la madre biologica e la sua partner. Il processo generativo nelle due fattispecie è identico.

Questo modello nel quale una coppia omogenitoriale femminile mette in atto un processo generativo e genitoriale nel quale entrambe le componenti dell'unione sono coinvolte, l'una con il patrimonio genetico l'altra mediante la gestazione è stato ritenuto radicalmente diverso dalla

maternità surrogata per la mancanza dell'elemento discriminante di quest'ultima modalità generativa consistente specificamente nella gestazione per un'altra donna o per un'altra coppia.

In conclusione nella maternità surrogata una donna si assume l'obbligo della gestazione per un'altra donna o per una coppia eterosessuale o formata da persone dello stesso sesso, con impegno a rinunciare alla propria genitorialità che verrà assunta dalla coppia committente.

Le modalità di attuazione sono varie :

- il gamete maschile e femminile possono appartenere alla coppia committente nell'ipotesi in cui la donna sia impedita solo nel processo gestazionale. In questa sola ipotesi si tratta di ricorso alla tecnica di fecondazione assistita omologa;
- solo uno dei due gameti può appartenere ad uno dei componenti della coppia committente. Questo è ciò che avviene comunemente nelle coppie omoaffettive maschili;
- nessuno dei gameti appartiene alla coppia committente. Questa è la situazione alla base di decisioni che hanno stabilito di allontanare il minore dalla coppia committente.

In queste ultime due ipotesi siamo nell'ambito della fecondazione assistita eterologa in quanto la discendenza genetica è parziale o manca del tutto.

2. Le problematiche

La maternità surrogata coinvolge diversi ambiti problematici che esemplificativamente possono così indicarsi:

- L'accordo che ha ad oggetto la gestazione per altri lede in sé la dignità e la libertà della madre gestante e più in generale della donna? Può essere ragionevole una distinzione tra accordo oneroso ed accordo gratuito e, all'interno dell'accordo oneroso, può distinguersi tra situazioni di sfruttamento della condizione economica della madre gestante e situazioni in cui questo aspetto non si riscontra?
- La gestazione per altri in sé incide sul diritto all'integrità psico-fisica della madre gestante?

- La gestazione per altri può determinare una lesione anche della dignità del minore in quanto oggetto di contrattualizzazione, specie nell'ipotesi in cui sia onerosa?
- La gestazione per altri può incidere sulla costituzione dell'identità del minore?
- La scomposizione del processo generativo "tradizionale" (comune tuttavia alle altre tecniche di riproduzione assistita) come viene affrontato dalla legge e dal diritto?
- La gestazione per altri può essere uno strumento lecito di realizzazione di un progetto genitoriale altrimenti impossibile?

3. Le risposte in ambito giuridico

3.1. L'ambiente costituzionale e convenzionale. Le fonti.

1) Convenzione ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione sulle donne (CEDAW) del 18/12/1979 ratificata il 10/6/85 ed in vigore dal 10/7/85.

La Convenzione stabilisce già nell'art. 1 che:

Ai fini della presente Convenzione, l'espressione "discriminazione contro le donne" sta ad indicare ogni distinzione o limitazione basata sul sesso, che abbia l'effetto o lo scopo di compromettere o annullare il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, indipendentemente dal loro stato matrimoniale e in condizioni di uguaglianza fra uomini e donne, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, culturale, civile, o in qualsiasi altro campo.

2) Convenzione di New York del 20 novembre 1989 ratificata con legge 27 maggio 1991 n. 176, nella quale all'art. 8 viene affermato:

1. Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali.

2. Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile.

E al successivo art. 35:

Gli Stati parti adottano ogni adeguato provvedimento a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire il rapimento, la vendita o la tratta di fanciulli per qualunque fine e sotto qualsiasi forma.

3) Nel terzo protocollo opzionale della Convenzione di New York ratificato dall'Italia viene ulteriormente specificato che: *per vendita di bambini si intende qualsiasi atto o transazioni che comporta il trasferimento di un bambino, di qualsiasi persona o gruppo di persone ad altra persona o ad altro gruppo dietro compenso o qualsiasi altro vantaggio;*

4) Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, ratificata con legge 31/12/1998 n. 476 nella quale vengono dettate le condizioni di tutela dell'integrità psico fisica del minore nelle procedure adottive. All'art. 4 si stabilisce:

Le adozioni contemplate dalla Convenzione possono aver luogo soltanto se le autorità competenti dello Stato d'origine:

(...) si siano assicurate:

3) che i consensi non sono stati ottenuti mediante pagamento o contropartita di alcun genere e non sono stati revocati; e

4) che il consenso della madre, qualora sia richiesto, sia stato prestato solo successivamente alla nascita del minore;

5) Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. L'art. 3 stabilisce:

1. Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati:

(.....)

c) Il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro.

6) Deliberazione del Consiglio d'Europa assunta il giorno 11 ottobre 2016 nella quale è stata bocciata la proposta di raccomandazione della

deputata belga De Sutter (con 83 voti contrari e 77 favorevoli), ritenendo che potesse favorire la legalizzazione diffusa della maternità surrogata.

Nella proposta si richiedeva:

- che si proibisse negli stati del Consiglio d'Europa ogni forma di surrogazione a scopo di lucro
- che gli Stati membri ed il Comitato dei Ministri collaborassero con la Conferenza dell'Aja che mira a disegnare un sistema di diritto internazionale privato comune al fine di avere una regolamentazione comune del regime giuridico dei minori nati da maternità surrogata contenente una restrizione all'accesso a tale pratica ai residenti dei singoli stati;
- che gli Stati membri nell'adottare misure scoraggianti il ricorso alla maternità surrogata non violassero i diritti dei minori
- che il Comitato dei Ministri proponesse delle linee guida per la salvaguardia dei diritti dei bambini in relazione ad accordi di maternità surrogata no profit.

7) Costituzione italiana. Il valore della dignità della persona e la piena protezione del diritto all'integrità psico fisica della madre e del minore costituiscono il tessuto connettivo del catalogo costituzionale dei diritti della persona. Le problematiche relative alla surrogazione di maternità attraversano in particolare gli artt. 2,3, 30 e 32

Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume.

Segue il sistema normativo di accertamento degli status genitoriali:

La maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre.(art. 269 cod. civ.)

La sentenza n. 19599 del 2016 ha affermato che l'art. 269 cod. civ. non contiene un principio di ordine pubblico ostativo al riconoscimento di un atto di nascita formato legittimamente all'estero in cui una delle due madri

non è stata gestante ma ha fornito il gamete femminile.

E' necessario infine definire il perimetro dell'illiceità civile e penale della surrogazione di maternità nel nostro ordinamento interno. In primo luogo viene in esame la norma sanzionatoria penale contenuta nell'art. 12 della l. n. 40 del 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. **

Deve rilevarsi che a differenza che nel generale divieto di fecondazione eterologa per il quale è prevista esclusivamente una sanzione pecuniaria, per la surrogazione di maternità è prevista la sanzione penale e l'autore del reato non è soltanto il sanitario ma anche chi “realizza” ovvero anche i tre contraenti (madre gestante, coppia committente). La sanzione penale è del tutto inapplicata ma il divieto è stato ritenuto dall'unica pronuncia della Corte di Cassazione (n.24001 del 2014) relativa alla surrogazione di maternità (con coppia committente eterosessuale e priva di qualsiasi legame genetico con il minore) espressivo di un principio di ordine pubblico *“in ragione della tutela costituzionalmente garantita alla dignità umana della gestante, e tenuto conto che, nel superiore interesse del minore, l'ordinamento giuridico affida la realizzazione di un progetto di genitorialità privo di legame biologico con il nato solo all'istituto dell'adozione - che gode delle garanzie del procedimento giurisdizionale - e non al mero accordo fra le parti”*. Sulla base di questo principio è stata confermata la dichiarazione di adottabilità del minore.

Il sistema punitivo penale si completa con l'art. 567 cod.pen. con il quale: *“si applica la reclusione da 5 a 15 anni a chiunque nella formazione di un atto di nascita altera lo stato civile di un neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità. E con l'art. 495 che prescrive:”chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale in un atto pubblico, l'identità o lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona è punito con la reclusione fino a tre anni.”(...)* La reclusione non è inferiore ad un anno:

1) se si tratta di dichiarazioni dello stato civile.

Dopo alcune pronunce non univoche di merito in relazione alla configurazione della prima o della seconda ipotesi di reato in caso di richiesta di trascrizione dei un atto di nascita di minore nato all'estero da maternità surrogata, di recente la Corte di Cassazione ha affermato con la sentenza n.13525 del 2016, che il reato di alterazione di stato è escluso

quando l'atto di nascita, secondo la legge del luogo ove il minore è venuto in vita, è stato legittimamente formato. Nella specie è stata esclusa la ricorrenza del reato nella condotta dei coniugi che avevano richiesto la trascrizione in Italia dell'atto di nascita del proprio figlio minore, nato in Ucraina a seguito di tecniche di maternità surrogata, esibendo in ambasciata il certificato redatto dalle autorità ucraine che li indicava come genitori, a seguito dell'autorizzazione della madre naturale e della "informazione di relazione genetica". L'orientamento è stato confermato dalla più recente sentenza n. 48696 del 2016.

E' significativo rilevare che in entrambe i casi l'atto di nascita estero era stato formato in conformità alla legge ucraina che richiede ai fini della liceità della surrogazione di maternità la relazione genetica con il minore di uno dei componenti la coppia committente.

4. La legislazione europea ed extraeuropea sulla maternità surrogata

In Europa e tra i paesi aderenti al Consiglio d'Europa non vi sono posizioni condivise sulla liceità dell'accordo di surrogazione di maternità e sul regime giuridico dei minori nati da un accordo di surrogazione, contratto all'estero.

Il divieto di maternità surrogata vige in Francia, Italia, Spagna e Germania.

L'esame della giurisprudenza porrà in evidenza come il divieto in oggetto opera esclusivamente in ordine alla conclusione dell'accordo all'interno dei paesi in questione ma non regola adeguatamente il profilo, di cruciale importanza, relativo alla legittimità degli status genitoriali e filiali formati all'estero in paesi dove questa tecnica procreativa è consentita e regolata positivamente, all'interno di paesi ove è proibita, come in Italia. I principi interni che regolano gli status genitoriali e filiali sono certamente inadeguati rispetto alla scomposizione del processo procreativo derivante dallo sviluppo sempre più esteso delle tecniche di riproduzione assistita.

Il Regno Unito, in Europa, è stato il primo paese a regolare la maternità surrogata. La legge è rigorosa e consente soltanto la surrogacy altruistica ed esclusivamente a specifiche categorie di persone, con la previsione di una clausola di salvaguardia secondo la quale l'ultima parola spetta alla madre surrogata nel senso che nessuno può obbligarla a consegnare il bambino ai genitori intenzionali. Il trasferimento della genitorialità legale dalla surrogata ai genitori intenzionali avviene mediante un procedimento giudiziario il *parental order*. In Belgio, in Olanda e nella Repubblica Ceca la surrogazione di maternità è consentita se gratuita. In Grecia è consentita

la surrogazione di maternità altruistica ma solo a donne e coppie residenti in Grecia. Fuori dell'Europa, in Canada ed in Israele è consentita solo la maternità surrogata altruistica con regole specifiche e sanzioni a chi la pratica onerosamente. Così in Australia e Nuova Zelanda. Negli Stati Uniti ci sono Stati che la vietano; Stati che la consentono in forma onerosa, come la California e Stati che la consentono solo in forma altruista. In India ed in Thailandia è consentita la surrogazione onerosa ma da fine ottobre 2015 non è più consentita la maternità surrogata commerciale per le coppie di eterosessuali e omosessuali provenienti dall'estero. Anche la Thailandia, un altro paese verso il quale era molto consistente la pratica del cosiddetto "turismo della surrogazione", ha introdotto delle restrizioni all'inizio di quest'anno. Nel febbraio 2016 il governo ha approvato in via definitiva una legge che vieta agli stranieri di pagare le donne thailandesi per portare avanti gravidanze surrogate: la legge stabilisce pene fino a dieci anni di carcere per chi trasgredisce, vieta anche l'uso di intermediari e qualunque tipo di pubblicità e promozione della pratica. (fonte www.valigiablu.it). Di recente anche nel Nepal è in corso il tentativo di limitare l'accesso alla maternità surrogata a coppie straniere per lo sfruttamento

In Russia ed Ucraina la surrogazione di maternità è consentita ed è onerosa.

Anche negli Stati ove la surrogazione di maternità è consentita sono eterogenee le condizioni di accesso (in molti di questi stati sono escluse le coppie omogenitoriali) ed il regime giuridico relativo all'acquisto dello status genitoriale da parte della coppia committente e la conseguente perdita del medesimo da parte della surrogata.

5. Le risposte della giurisprudenza

L'exkursus che segue non ha alcuna pretesa di completezza. L'attenzione per ragioni di sintesi si concentrerà principalmente sulla giurisprudenza italiana e quella della Corte Europea dei diritti umani, con qualche riferimento a casi molto noti delle Corti di paesi europei ed extraeuropei. L'impegno della giurisprudenza ha riguardato ambiti diversi nel corso del tempo. Si può pertanto suddividere l'esame degli orientamenti in due periodi : 1990- 2000; dal 2000 ad oggi.

5.1. Gli anni dal 1990 al 2000

La surrogazione di maternità è un fenomeno molto risalente. In Italia il

primo caso risolto dalla giurisprudenza di merito (Tribunale Monza 27/10/1989 in Giurisprudenza Italiana, 1990,I,sez. 2, p.296) ha affermato la nullità dell'accordo oneroso di surrogazione stipulato tra la madre gestante e la coppia che ha fornito i gameti maschile e femminile. Il Tribunale ha affermato la contrarietà dell'accordo ai principi costituzionali in tema di filiazione, alle norme sull'adozione e a quelle sui contratti rilevando che non possono essere oggetto di autonomia privata le parti del corpo che non sono beni in senso giuridico e che il consenso prestato è invalido ed inefficace. La coppia committente aveva richiesto l'adempimento del contratto o la ripetizione di quanto già pagato alla surrogata.

Il 14 febbraio 2000 il Tribunale di Roma (in Foro It. 2000, I, 972) sollecitato da diversa fattispecie emette un provvedimento di segno del tutto opposto: ritiene il contratto di surrogazione di maternità un contratto atipico, sostenuto da una causa meritevole di tutela in quanto rivolto a realizzare uno scopo del tutto legittimo e costituzionalmente protetto: la filiazione non altrimenti realizzabile a causa di patologia irreversibile della partner femminile della coppia. Non viene ravvisata la lesione dell'art. 32 Cost. e dell'art. 5 cod. civ. perché la gestazione non determina alcuna menomazione o perdita permanente di organi a parti del corpo. Il presupposto della liceità è la gratuità. La pronuncia, del tutto isolata, è stata fortemente criticata in dottrina per il contrasto con l'inderogabilità delle norme sull'adozione e per la violazione del principio della non negoziabilità degli status. E' di estremo rilievo sottolineare che non vi era ancora un divieto normativo in ordine alla maternità surrogata e attraverso lo strumento del provvedimento cautelare ed urgente si aggiravano i limiti posti dal codice deontologico medico da parte di centri che avevano iniziato ad introdurre tecniche di riproduzione assistita.

Negli stessi anni due casi di maternità surrogata vengono affrontati da due diverse Corti supreme in due Stati degli USA. La Corte Suprema del New Jersey nel 1988 (in Re Baby M. 98.11) ha negato la liceità del contratto di surrogazione di maternità ritenendolo una forma di *baby selling*; qualche anno dopo (nel 1993) la Corte Suprema della California (Johnson v. Calvert, NO S023721) ha riconosciuto la liceità del contratto e l'idoneità a costituire lo status genitoriale nella donna committente.

Alla fine degli anni 90 la Corte Suprema d'Israele ha affrontato il caso di una coppia che decide di avere in figlio per mezzo di madre surrogata, utilizzando embrioni formati dai rispettivi gameti maschili e femminili.

Il matrimonio finisce e il marito si oppone all'impianto dell'embrione in utero di una madre surrogata. La moglie, al contrario chiede che sia

portato a termine il progetto. La prima decisione è contraria all'impianto. L'ultima è favorevole sul rilievo che questa è l'unica ed ultima possibilità per Ruth, la moglie di diventare madre. Come già osservato in Israele c'è una legislazione rigorosa che consente la surrogazione di maternità solo a coppie eterosessuali e solo nel caso di assoluta impossibilità di portare a termine la gravidanza.

Nei primi casi illustrati il conflitto s'incentra sui seguenti aspetti : la liceità/illiceità dell'accordo; le condizioni di accesso; la validità/efficacia del potere di disposizione delle parti dell'accordo, con particolare attenzione alla revocabilità del consenso della madre gestante

5.2. Dal 2000 ad oggi, i nuovi versanti della giurisprudenza

In tempi più recenti le questioni venute all'attenzione della giurisprudenza dei singoli Stati e delle Corti Costituzionali o Supreme ed anche della Corte Europea dei diritti umani hanno avuto contenuti diversi. L'eterogeneità del trattamento della surrogazione di maternità nei diversi paesi europei ed extraeuropei e l'emersione dei diritti delle coppie omoaffettive anche in relazione alla genitorialità hanno focalizzato i conflitti sul tema della **legittimità degli status** genitoriali formati all'estero, all'esito della realizzazione di un progetto procreativo mediante la surrogazione di maternità.

La giurisprudenza ha dato risposte non univoche a questa richiesta.

Per comprenderne la varietà è necessario in primo luogo distinguere diverse ipotesi:

a) esiste una relazione biologica tra uno dei componenti la coppia committente e il minore nato da madre gestante idonea a fondare anche nello Stato di residenza della coppia committente lo status filiale.

b) esiste la relazione biologica sopra illustrata ma non è idonea a fondare lo status filiale.

Esemplificativamente in Italia un minore nato da surrogazione di maternità può essere riconosciuto dal genitore di sesso maschile che, alla prova del DNA, risulti essere il padre biologico ma non dalla madre che abbia fornito l'ovocita, essendo madre soltanto colei che partorisce.

c) non esiste alcuna relazione biologica con la coppia committente

d) l'atto di nascita formato all'estero nel paese dove si è concluso l'accordo di surrogazione non contiene falsità ed è coerente con i requisiti della lex loci

e) l'atto di nascita formato all'estero non è veritiero.

6. La stepchild adoption

Il Tribunale per i minorenni di Roma con pronunce confermate dalla Corte d'Appello ha riconosciuto il diritto, alle rigorose condizioni previste dalla legge, del partner in una coppia omoaffettiva di richiedere l'adozione del figlio minore dell'altro partner ai sensi dell'art. 44 lettera d) della l. n. 184 del 1983. Si tratta di una forma di adozione, estesa ai *singles*, che non recide integralmente i legami con la famiglia di origine e che non attribuisce diritti successori con i parenti del genitore adottivo. Com'è noto, l'adozione piena, definita "legittimante" attribuisce invece al figlio adottivo l'intero status filiale così come al figlio nato all'interno o fuori del matrimonio ed è consentita soltanto alle coppie eterosessuali unite in matrimonio al momento della richiesta.

Questa forma di adozione attenuata è stata riconosciuta da una parte della giurisprudenza di merito sia a coppie omoaffettive femminili che a coppie omoaffettive maschili. Ciò che è stato valorizzato dai giudici di merito è stata la relazione affettiva continuativa, l'impegno educativo assistenziale e l'interesse del minore a consolidare la propria identità rispetto al nucleo familiare nel quale è vissuto.

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 12962 del 2016 ha riconosciuto il diritto ad accedere a questa tipologia di adozione ad una coppia omoaffettiva femminile, il cui progetto genitoriale, tuttavia, non si è realizzato con il ricorso alla surrogazione di maternità.

Non sono ancora pervenuti ricorsi relativi a coppie omoaffettive maschili su questo tema.

La Corte Europea dei diritti umani (CEDU) nella decisione del 19 febbraio 2013 (caso X contro Austria) aveva già riconosciuto il diritto di adottare il figlio del partner in una coppia omoaffettiva rilevando che nell'ordinamento austriaco vi fosse un regime discriminatorio tra le coppie (non coniugate) eterosessuali e quello dello stesso sesso quanto all'esercizio di questo diritto. Nella motivazione, tuttavia, la Corte inserisce all'interno del diritto alla vita familiare (art. 8) anche la domanda di genitorialità proveniente da coppie omoaffettive ed afferma che il governo resistente ha mancato del tutto di dimostrare che possa cagionare nocimento ad un bambino essere allevato da una coppia dello stesso sesso o da due madri o da due padri. Al riguardo, anche la Corte di cassazione ha affermato un principio analogo nella sentenza n. 601 del 2013 escludendo che allo stato vi sia un'evidenza scientifica del pregiudizio sul minore derivante da un nucleo genitoriale omoaffettivo.

Il tema della applicabilità dell'istituto dell'adozione attenuata alle coppie omoaffettive è ancora aperto. Di recente il Tribunale per i minorenni di Milano (con pronuncia del 17/10/2016 in www.articolo29.it, ove si può rinvenire ampia ed esauriente casistica italiana ed internazionale) ha respinto la domanda proposta da un coppia omoaffettiva femminile ponendosi in contrasto consapevole con la pronuncia n. 12962 del 2016 della Corte di Cassazione. Rispetto al focus costituito dalla compatibilità della surrogazione di maternità con i principi e i valori fondanti il nostro sistema democratico, l'adozione ex art. 44 lettera d) l. n. 184 del 1983 (cd. stepchild adoption) presenta una rilevante peculiarità. In questi giudizi il Tribunale per i minorenni ed i giudici dei gradi successivi non sono tenuti a verificare se l'eventuale l'accordo di surrogazione (da escludersi, in linea di massima per coppie omogenitoriali femmininili) che può essere alla base del progetto genitoriale sia compatibile con l'attuale conformazione dei principi di ordine pubblico internazionale che condizionano il riconoscimento dei titoli giudiziari esteri. La verifica dei requisiti per l'accesso all'adozione in casi particolari si fonda soltanto sui parametri indicati negli artt. 44 e seguenti della l. n. 184 del 1983, costituiti dall'accertamento dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo (su cui sorgono i maggiori contrasti nella giurisprudenza di merito) e dall'idoneità complessiva dell'adottante, tenuto conto di tutti gli altri fattori indicati dal legislatore ed in particolare degli esiti dell'indagine officiosa indicata nel successivo art. 57. L'accordo di surrogazione sottostante potrebbe incidere sulla valutazione d'idoneità da compiersi nel merito ma deve rilevarsi che questa indagine è compiuta sul nuovo nucleo genitoriale e sulla sua adeguatezza rispetto alla crescita e allo sviluppo psico fisico del minore. Sarebbe difficile escludere al riguardo un profilo discriminatorio.

7. Riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero

7.1. Relazione biologica con uno dei genitori intenzionali

Come già osservato, con riferimento al riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero e composto da una coppia omoaffettiva femminile, la Corte di cassazione con la sentenza n.19599 del 2016, ne ha escluso il contrasto con i principi di ordine pubblico internazionale, sottolineando, tuttavia, con un principio di diritto ad hoc, la diversità del processo generativo dedotto in giudizio con quello definibile come surrogazione di maternità.

La questione della compatibilità con i principi di ordine pubblico che costituiscono un ostacolo al riconoscimento di atti formati all'estero è stata molto di recente affrontata da una pronuncia del Tribunale di Trento del 28/2/2017 (in www.articolo29.it) che ha avuto una vasta eco mediatica. La coppia richiedente, formata da due persone di sesso maschile, era ricorsa ad un accordo di surrogazione. La formazione dell'embrione era avvenuta in vitro con l'apporto di ovociti di donatrice e dei gameti maschili di uno dei componenti la coppia. Nello stato estero, ove i minori erano nati, questo accordo era pienamente valido ed efficace e, di conseguenza, era idoneo a formare l'atto di nascita dei minori come figli di entrambi i componenti la coppia omoaffettiva. I richiedenti hanno rilevato che il loro matrimonio contratto all'estero poteva essere riconosciuto come unione civile ai sensi dell'art.28, lettera b), della l. n. 76 del 2016 e che i minori, di sei anni, avevano vissuto dalla nascita nel nucleo familiare da essi formato, richiedendo l'applicazione dei principi della sentenza n. 19599 del 2016 al fine di escludere il contrasto con i motivi di ordine pubblico internazionale.

Il tribunale ha accolto la domanda ed ha ordinato la trascrizione dell'atto di nascita nei registri dello stato civile dei minori come figli della coppia.

I principi applicati sono i seguenti:

la difformità delle norme straniere con quelle italiane in materia di attribuzione e riconoscimento degli status filiali non è rilevante ai fini del parametro costituito dall'ordine pubblico internazionale, in quanto tali norme sono soltanto espressive della discrezionalità del legislatore ordinario che non si esprime in questo campo a rime obbligate. Il contrasto con i principi di ordine pubblico si può apprezzare soltanto in relazione alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali desumibili dalla Costituzione, dai trattati fondativi, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dalla Convenzione europea dei diritti umani.

D'altro canto, viene in considerazione l'interesse superiore del minore che nella specie non può non coincidere, nella conservazione dello status di figlio. Il diritto alla continuità è conseguenza diretta del principio di conservazione degli status previsto anche dalla legge di diritto internazionale privato (art. 13 e 33) ed è implicitamente riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione di New York del 25/10/1989 nella parte in cui stabilisce il diritto del fanciullo a preservare la propria identità. Il divieto di maternità surrogata e le norme attributive degli status sono, di conseguenza, recessivi, pur non avendo il principio del *best interest* del minore valenza assoluta.

La corte d'Appello di Milano con una sentenza di poco precedente

(gennaio 2017 in www.articolo29.it) ha ordinato la trascrizione degli atti di nascita di due gemelli nati negli USA mediante surrogazione di maternità. Gli ovuli sono stati fecondati con il seme di uno dei componenti la coppia di genitori intenzionali. La donatrice era anonima. I minori risultavano, secondo il **“judgement declaring the existance of parental rights”** emesso in California, figli delle parti, e oggetto della causa è stata la richiesta di trascrizione dell’atto di nascita.

E’ stata esclusa, dai giudici milanesi la contrarietà all’ordine pubblico valorizzando i principi della sentenza n. 19599 del 2016 della Corte di Cassazione e richiamando le sentenze Edu Mennesson e Labasseé per il requisito della relazione biologica con uno dei genitori. E’ stata richiamata, nella pronuncia anche la sentenza della CEDU, Grande Chambre, del 4/1/2017 (caso Paradiso/Campanelli in www.biodiritto.org), nella quale, con riferimento ad una coppia italiana eterosessuale, è stata confermata la legittimità dell’allontanamento del minore dai genitori (coppia committente) disposto dal Tribunale per i minorenni a fini di adottabilità. La sentenza CEDU è stata presa in esame, dalla corte d’Appello di Milano al fine di sottolineare l’ampio margine di apprezzamento degli Stati e la conseguente discrezionalità nelle scelte legislative relative alla tecniche di riproduzione assistita. Sono stati, infine, valorizzati anche i principi contenuti nella sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale con la quale è stato rimosso il divieto assoluto di fecondazione eterologa ma con significative limitazioni e con espressa esclusione della maternità surrogata, al fine di escludere che i divieti della l. n. 40 del 2004 siano espressione di principi di ordine pubblico. Al riguardo deve aggiungersi che nei precedenti CEDU (sentenza Mennesson contro Francia del 26/6/2014 ed in pari data sentenza Labasseé contro Francia, in www.articolo29.it) relativi ad un caso analogo (filiazione che sorge da un accordo di surrogazione di maternità con relazione biologica del minore con uno dei genitori) la Cedu aveva riconosciuto la violazione dell’art. 8 sotto il profilo del diritto alla vita familiare nell’opposizione al riconoscimento dell’atto di nascita, nonostante la vigenza del divieto di surrogazione di maternità in Francia.

Il quadro costituzionale e convenzionale sopra evidenziato è stato posto a base anche di una recente pronuncia del Tribunale per i minorenni di Firenze, depositata l’8/3/2007 che ha accolto la domanda di riconoscimento di una pronuncia di adozione di una Corte britannica ottenuta da una coppia omoaffettiva maschile. Dalla lettura della sentenza non emerge dalla lettura della pronuncia che la genitorialità adottiva riconosciuta nel Regno Unito derivi dal ricorso alla surrogazione di

maternità. Il tribunale ritiene conforme alla legge italiana sulle adozioni il titolo, escludendo che si tratti di adozione internazionale e valutandone in concreto la conformità ai canoni imposti dalla Convenzione dell'Aja (idoneità dei genitori) già vagliata dalle autorità inglesi. Infine viene esclusa la contrarietà all'ordine pubblico sulla base dei principi enucleati dalla sentenza già citata n. 19599 del 2016.

Su questo specifico tema, a fini di completezza, si richiama la sentenza della Corte Costituzionale n. 76 del 2016 relativa alla richiesta di riconoscimento di una pronuncia di adozione in favore del coniuge del genitore biologico. La pronuncia d'inammissibilità, in questo caso, si è fondato sull'errata ricostruzione del quadro normativo applicabile, non enucleabile secondo la Corte Costituzionale dalla disciplina dell'adozione internazionale, in quanto nella specie il richiedente aveva risieduto per più di due anni negli Stati Uniti e il minore non versava in stato di abbandono o semi abbandono.

7.2 Mancanza di relazione biologica con il minore dei richiedenti

Sulla configurabilità ed estensione dei principi di ordine pubblico che possono impedire il riconoscimento di atti di nascita formati all'estero non c'è condivisione in giurisprudenza.

L'orientamento più restrittivo si è formato in ordine a domande di riconoscimento provenienti da coppie di committenti che si sono rivelate prive di qualsiasi relazione biologica (in uno dei due) con il minore. Questa peculiarità ha inciso anche sulla stessa legittimità dell'atto formato all'estero rispetto al sistema normativo del luogo.

Con la sentenza n. 24001 del 2014 (in www.italggiuregiustizia.it con ampie indicazioni bibliografiche) la Corte di Cassazione, rispetto ad una situazione in cui mancava qualsiasi relazione biologica tra il minore e la coppia committente, in contrasto anche con la legge dell'Ucraina, luogo di nascita del minore, ha affermato che il divieto di maternità surrogata stabilito dall'art. 12 comma 6, della l. n. 40 del 2004 e la regola di riconoscimento della maternità stabilita nell'art.269 cod. civ. sono espressivi di principi inderogabili di ordine pubblico perché posti *“a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana - costituzionalmente tutelata della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la*

realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato". Pur riconoscendo che il limite di ordine pubblico vada inteso come relativo all'ordine pubblico internazionale con la conseguente incidenza di principi e valori condivisi a livello europeo ed internazionale, la Corte di Cassazione afferma il rilievo e l'efficacia di principi elaborati dall'ordinamento interno, se portatori di diritti irrinunciabili come quelli che vengono in gioco, in particolare (è una sottolineatura della Corte) nella surrogazione totalmente eterologa.

La recente sentenza della Grande Chambre della Cedu, (Caso Paradiso Campanelli) cui già si è accennato, ha affrontato una fattispecie del tutto sovrapponibile a quella affrontata dalla Corte di Cassazione ed ha coinvolto l'Italia. Dopo una pronuncia favorevole alla coppia committente di una sezione della Corte, la Grande Chambre ha assunto una decisione contraria.

I principi posti a base della pronuncia sono i seguenti :

- 1) l'oggetto del giudizio è la legittimità dell'allontanamento del minore disposto dall'autorità giudiziaria italiana e non il riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero;
- 2) l'allontanamento è stato ritenuto dalle autorità italiane la migliore forma di tutela dell'interesse del minore;
- 3) viene esclusa la violazione dell'art. 8 sotto il profilo del diritto alla vita familiare dei ricorrenti per tre ragioni:
 - a) assenza di legame biologico con il minore;
 - b) breve durata della relazione instaurata dalla nascita (8 mesi)
 - c) incertezza del quadro giuridico applicabile mancando una prospettiva legale di riconoscimento dello status in Italia.

la conclusione la Corte riscontra la mancanza della "de facto family life"

- 4) la domanda dei ricorrenti è inquadrabile nel diritto alla vita privata (ma non del diritto alla vita familiare) perché il perseguimento di un progetto familiare e genitoriale rientra nel concetto di vita privata assunto dalla Convenzione.

- a) le misure adottate dalle Autorità italiane costituiscono un'interferenza nella vita privata delle parti ricorrenti;
- b) le interferenze sono legittime perché conformi alla legge italiana che vieta la surrogazione di maternità ed impone il rispetto delle norme inderogabili sull'adozione;
- c) le interferenze sono sostenute da uno scopo legittimo costituito dall'interesse del minore e dalla necessità di proteggerne la dignità nonché dalla necessità di prevenire situazioni d'incertezza legale analoghe garantendo i diritti e le libertà riconosciute dall'ordinamento;

d) le interferenze non sono sproporzionate allo scopo perché non vengono in gioco il diritto all'identità del minore o il diritto a conoscere le proprie origini in quanto i ricorrenti, in mancanza di un legame biologico con il minore stesso, possono agire soltanto in nome proprio.

In conclusione il bilanciamento attiene soltanto al contrasto tra il diritto alla vita privata e il “*competing interest*” riguardante la protezione del minore e la misura adottata è proporzionale essendo sostenuta dal duplice scopo di difendere la legalità e l'interesse del minore.

La soluzione contraria determinerebbe la legalizzazione di una situazione contrastante con regole di primaria importanza della legge italiana. I ricorrenti hanno concorso a creare la condizione d'incertezza legale nella quale hanno posto il minore poiché sapevano di procedere ad una pratica procreativa vietata. Non c'era una prospettiva legale di conservazione degli status.

La nazionalità del minore non può essere stabilita perché i donatori di gameti sono anonimi. Egli pertanto si trova nella condizione di essere un minore straniero nato all'estero da genitori sconosciuto ed in quanto tale adottabile.

Su questi temi è molto ampio il margine di apprezzamento degli stati ai quali va riconosciuta la potestà esclusiva d'indicare i criteri per la relazione parentale biologica e per quella sociale.

8. Considerazioni conclusive.

L'accordo di surrogazione di maternità può essere (ma non lo è sempre) alla base di domande ex art. 44 lettera d) della l. n. 184 del 1983 e delle azioni (come le ultime esaminate) volte al riconoscimento di atti di nascita formati all'estero. Per le prime ipotesi non si pone il problema giuridico del possibile contrasto con i principi di ordine pubblico internazionale, essendo i parametri normativi da adottare derivanti dalle norme interne ed in particolare dal sub sistema delle adozioni in casi particolari disciplinati dagli artt. 44 e seguenti della l. n. 184 del 1983. Tale aspetto è rilevante solo per i secondi.

Occorrerà, pertanto, verificare lo sviluppo degli orientamenti giurisprudenziali in ordine al riconoscimento di atti di nascita di minori nati dalla realizzazione di un processo generativo che preveda il ricorso alla maternità surrogata dal momento che, allo stato, le risposte della giurisprudenza sembrano atteggiarsi in modo diverso sulla base della relazione biologica del minore con uno dei componenti la coppia committente. Questa distinzione tuttavia si fonda su un dato empirico

costituito dall'esistenza di una famiglia di fatto anche a prescindere dal successivo riconoscimento di genitorialità del partner privo di relazione biologica con il minore. E' una soluzione che non risolve i problemi connessi alla natura ed al rilievo del divieto di surrogazione, in ordine ai quali c'è anche un progetto di convenzione universale, in quanto attinente alla protezione della dignità della madre gestante e del minore venuto in vita.

Il contenuto e la latitudine del concetto di ordine pubblico internazionale attualmente è eterogenea. Ad un primo esame appare rilevante stabilire se in esso possano ricomprendersi norme e principi propri di ciascun ordinamento ritenuti irrinunciabili e come debbano essere individuati, tenendo conto del necessario bilanciamento, indicato anche dalla Corte EDU, con la corrispondente importanza della continuità affettiva propria della genitorialità sociale e della consistenza e durata dei legami stabiliti con il minore. Da tale bilanciamento dipenderà il grado di libera circolazione e riconoscimento degli status genitoriali formati all'estero sulla base di un accordo di surrogazione di maternità, ovvero ciò che attualmente costituisce il profilo quasi esclusivamente indagato dalla giurisprudenza.