

LA DIFFICILE RICERCA DELL'IDENTITÀ PER I NATI DA MATERNITÀ SURROGATA.

BREVI RIFLESSIONI SULLA SENTENZA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE
DEL 18 DICEMBRE 2017 N. 272

LAURA **CUCINOTTA**



La difficile ricerca dell'identità per i nati da maternità surrogata.

Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272

The Difficult Research of Identity for Children Born by Surrogacy.

Short Reflections on the Italian Constitutional Court Judgment n° 272, 18th December 2017

LAURA CUCINOTTA

Dottoranda di ricerca in Scienze economiche, aziendali e giuridiche, Università degli Studi Kore di Enna.

E-mail: laura.cucinotta@unikore.it

ABSTRACT

Il lavoro affronta il tema dello *status filiationis* del minore nato da maternità surrogata. La disamina che segue muove da una recente pronuncia della Consulta sul bilanciamento tra verità biologica e interesse concreto del minore. Dall'analisi critica della sentenza, muoverà la riflessione sulla maternità surrogata e sulla genitorialità sociale. L'obiettivo sarà duplice: la tutela dell'identità dei nati da maternità surrogata e l'indagine sul futuro della *surrogacy* nel nostro ordinamento. Potrà l'approccio empirico del *best interest of the child* arginare il problema del disvalore etico della maternità surrogata? Quali sono i criteri per valorizzare il contesto familiare surrogato, ai fini dell'affidamento del minore ai genitori surrogati?

This paper debates the issue of the child's *status* protection for those born by surrogacy. The following discussion arises from a recent ruling by the Italian Constitutional Court on the balance between the biological truth and the best interest of the child. Moving from critical analysis of the judgment, the reflection on surrogate motherhood and social parenting follows. The aim shall be twofold: the protection of the identity of children born by surrogacy and the future perspectives of the surrogacy in our legal system. May the empirical approach of the best interest limit the negative value of surrogacy? What are the criteria to value the surrogate family context, in order to give surrogate parents custody of the child?

KEYWORDS

maternità surrogata, best interest of the child, genitorialità sociale, verità di parto, disconoscimento del figlio minore

surrogacy, best interest of the child, social parenting, childbirth truth, disownment of the minor

La difficile ricerca dell'identità per i nati da maternità surrogata.

Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272

LAURA CUCINOTTA

1. Introduzione: la vicenda processuale e il dubbio di costituzionalità dell'art. 263 c.c. – 2. Status filiationis e genitorialità alla luce dei principi fondamentali e della giurisprudenza nazionale ed europea – 3. Il giudizio comparativo tra verità dello status e best interest del minore – 4. Rilievi critici, prospettive future e questioni irrisolte: mater semper certa est?

1. Introduzione: la vicenda processuale e il dubbio di costituzionalità dell'art. 263 c.c.

Il dibattito sulla maternità surrogata negli ultimi anni ha più volte chiamato la giurisprudenza a pronunciarsi sulla risoluzione delle complesse questioni giuridiche connesse alla metodica riproduttiva.

Non di rado, le acquisizioni di un diritto vivente piuttosto “creativo” hanno tentato di trovare un raccordo tra la rigidità della legge – divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 – e la eterogeneità degli interessi in gioco nella concreta casistica riguardante i nati mediante surrogazione.

Tra le questioni di maggior rilievo va senza dubbio segnalata quella della tutela dell'identità del minore e della ricerca del suo interesse concreto al mantenimento di una vita familiare e relazionale.

A tal proposito, non può trascurarsi la recente pronuncia della Corte Costituzionale, la quale, con sentenza interpretativa di rigetto del 18 dicembre 2017, n. 272, ha affrontato la questione della illegittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31, 117 della Costituzione e all'art. 8 della CEDU, nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse del medesimo.

L'analisi che si propone in questa sede origina proprio dalla lettura critica della motivazione della sentenza e si estende, nel prosieguo, alle prospettive *de iure condendo* che è dato formulare alla luce della decisione giurisprudenziale.

Volendo, dunque, procedere con una lettura valutativa della sentenza, onde comprendere l'eventuale contributo innovativo della stessa nell'ambito del dibattito sulla maternità surrogata, si ritiene opportuno partire dall'analisi della vicenda processuale e del principio di diritto espresso nella pronuncia.

Nell'indicare quale sia il giusto rilievo da attribuire alle due esigenze contrapposte – interesse pubblico alla certezza dello *status filiationis* rispondente alla verità biologica e interesse concreto del minore al mantenimento di una già acquisita identità relazionale – la Consulta ha sancito il seguente principio di diritto:

«Se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro. Tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore»¹.

La questione di legittimità costituzionale si è instaurata nell'ambito di un procedimento di impugnazione, avviato su istanza del curatore speciale, avverso il riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità.

A rendere particolarmente complessa la vicenda è stato il fatto che il figlio di cui trattasi era nato all'estero (India) mediante ricorso alla maternità surrogata realizzata con ovodonazione, così come ammesso dagli stessi genitori nel corso delle indagini effettuate dalla Procura della Repubblica. Quest'ultima, una volta emersa la circostanza della surrogazione di maternità, aveva tempestivamente avviato il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità del bambino, stante il divieto di maternità surrogata nel nostro ordinamento (art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004) e data la contrarietà della legge straniera all'ordine pubblico ex art. 16 della l. n. 218/1995.

Nondimeno, i genitori chiedevano e ottenevano dall'Ufficio dello Stato civile di Milano la trascrizione dell'atto di nascita del minore, il quale conseguentemente veniva dichiarato non adottabile per due ordini di ragioni: i genitori avevano contratto regolarmente matrimonio, vieppiù colui che aveva effettuato il riconoscimento risultava essere, dal test del DNA, il vero padre biologico.

Il curatore speciale nominato dal Tribunale per i minorenni, vista l'assenza di legame biologico tra il minore e la madre surrogata, ricorreva innanzi al Tribunale ordinario di Milano ed otteneva il disconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti della medesima.

Avverso tale decisione, la donna ricorreva innanzi alla Corte di Appello di Milano, la quale sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c.

Ed invero, il giudice dell'impugnazione si è trovato a dover risolvere un problema di non poco conto: nel silenzio della legge, quale tutela offrire ai figli nati da maternità surrogata?

¹ Cfr. Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in «Rivista di Diritto Internazionale», 2, 2018, 632.

Quale rilevanza attribuire all'interesse concreto del minore al mantenimento di una vita relazionale e di uno *status filiationis* ormai acquisito e allo stesso tempo in che modo dare rilevanza ad un principio altrettanto importante – quello della verità di parto – che fonda nel nostro ordinamento il rapporto madre-figlio?

Il *thema decidendum* che fa da sfondo alla pronuncia della Corte Costituzionale è dunque molto più profondo di quello che potrebbe essere un mero giudizio di valore o di “liceità” di una pratica di fecondazione medicalizzata.

La sentenza in oggetto, infatti, esula dall'affrontare la questione della maternità surrogata *tout court* o della trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati nei paesi ove tale metodica sia legale, cogliendo invece il risvolto concreto di quello che ormai può definirsi un dilagante fenomeno sociale, con cui la prassi giurisprudenziale deve imparare a confrontarsi.

Prima di procedere all'analisi della questione in oggetto, giova fare maggiore chiarezza sotto il profilo definitorio, atteso che l'assenza di una disciplina giuridica organica, sia a livello nazionale che europeo, rende più difficoltosa l'analisi scientifica del fenomeno².

Ed invero, la diffusione di tecniche di procreazione medicalmente assistita sempre più avanzate contribuisce all'offerta di soluzioni cliniche ancor più variegate, con la conseguenza che, ad oggi, occorre distinguere tra due tipologie di maternità surrogata, che a loro volta possono realizzarsi mediante il ricorso a tre forme di tecnologie riproduttive.

Nondimeno, il nucleo minimo per potersi configurare l'ipotesi della maternità surrogata è che vi sia una donna che si presti ad avere una gravidanza per un'altra³ – si parla infatti di “maternità per sostituzione” ovvero di “gestazione per altri” – impegnandosi a rinunciare, dopo la nascita del bambino, ad ogni suo diritto nei confronti di quest'ultimo. Viceversa, esula dalla maternità surrogata la mera donazione degli ovuli affinché un'altra donna possa concepire un figlio.

Procedendo con ordine, in ambito scientifico si distingue la maternità surrogata totale dalla surrogazione parziale; nel primo caso, la donna che accetta di portare a termine la gravidanza per conto di un'altra è una mera “parte locatrice” dell'accordo ovvero ella non avrà alcun legame genetico con il nascituro, limitandosi a concedere “l'uso del proprio utero” per accogliere il frutto del concepimento e della fecondazione fra i due gameti dei genitori committenti.

In altre parole, nella surrogazione totale – meglio nota come “utero in affitto” – la madre ed il padre committenti risultano essere, da un punto di vista biologico-gene-

² Per una compiuta ricostruzione del fenomeno della maternità surrogata dal punto di vista bioetico e dei diritti umani, si veda fra tutti MARINI, APREA 2016, 469 ss.

³ Per un approfondimento sulla maternità surrogata in generale si veda CORTI 2000.

tico, i genitori del figlio, il quale tuttavia, per ragioni di necessità/opportunità mediche, completerà la gestazione nell'utero di una donna terza ed estranea alla coppia.

Si parla invece di surrogazione parziale, quando la donna cui si rivolgono i genitori committenti per portare avanti la gestazione partecipa alla procreazione del nascituro sia con la gestazione stessa, sia offrendo il suo ovulo per la fecondazione.

Dal punto di vista dunque scientifico, tra la donna gestante ed il figlio vi sarà sempre un legame che, se non è genitoriale – per via dell'accordo con il quale ella rinuncia al bambino in favore dei genitori committenti – è quanto meno genetico⁴.

Quanto, infine, alle modalità di realizzazione si può procedere con un'inseminazione artificiale – in questo caso si parla di maternità surrogata propriamente detta – conseguita per mezzo dell'introduzione del liquido seminale nella cavità uterina e con conseguente formazione dello zigote *in vivo*⁵; altresì, può presentarsi l'ipotesi della surrogazione per “ovodonazione”, nel caso in cui la committente sia sterile e superisca con il ricorso all'ovulo di una donatrice, ovulo che sarà utilizzato per l'inseminazione artificiale nell'utero della madre sostituita. Infine, può accadere che, previa fecondazione *in vitro*, si proceda con il trasferimento e l'impianto dell'embrione nell'utero della donna che si offre solo come gestante.

Ciò premesso, è chiaro che molti sono gli interrogativi e gli scontri non solo giuridici⁶, ma anche etici⁷ e politici che imperversano sull'argomento e nel frattempo cresce vertiginosamente in tutto il mondo la domanda di quello che è diventato un vero e proprio “*reproductive trafficking*”⁸.

L'affare dei bambini “*on demand*”⁹ sta raggiungendo proporzioni più che considerevoli e le statistiche parlano di oltre duemila gravidanze surrogate portate a termine ogni anno solo negli Stati Uniti¹⁰ e secondo la SAI (*Surrogate Alternative Inc.*) – una delle più grandi agenzie californiane – con un costante incremento annuo del 20%.

Fra queste richieste, peraltro, una ogni dieci proviene da una coppia italiana ed eterosessuale nel 70% dei casi, omoaffettiva nella casistica che residua. D'altra parte il fenomeno della *surrogacy* ha una geografia e dei costi economici molto eterogenei¹¹, coinvolgendo sia paesi dell'Occidente industrializzato (Stati Uniti, Regno Unito, Canada, Russia), che paesi asiatici (Israele, India, Thailandia).

⁴ PIZZO 2006.

⁵ Sull'analisi del fenomeno della maternità surrogata e dei profili critici della PMA sotto una prospettiva transnazionale si legga VARANO 2017.

⁶ MASTROIANNI IANNI 2015, 103 ss.

⁷ CHINI 2016, 173 ss.

⁸ L'espressione è di BINDEL 2015.

⁹ L'analisi delle criticità che la maternità surrogata solleva con riguardo alla violazione dell'ordine pubblico nazionale e internazionale è ben rappresentata in TONOLO 2017, 1070 ss.

¹⁰ ATTIANESE 2017.

¹¹ Offre una prospettiva legislativo-comparatistica delle pratiche di maternità surrogata nel mondo il contributo di RUSSA et al. 2017.

Si comprende dunque l'urgenza, da un lato, e la difficoltà, dall'altro, di trovare delle soluzioni per dirimere le questioni giuridiche che ruotano attorno ad un fenomeno tanto diffuso quanto eterogeneo.

A ben vedere, il primo vero quesito che dovrebbe porsi il giurista è il seguente: quale identità riconoscere e tutelare per i figli nati con questa metodica procreativa?

La risposta implica un notevole sforzo intellettuale-giuridico, ma ancor prima etico, per il fatto che occorre certamente superare l'atteggiamento di chi ritiene sufficiente trincerarsi dietro un "divieto" normativo ed etichettare tale pratica (sebbene a buon diritto) come illegale e lesiva della dignità della persona umana.

Che ci si scandalizzi o meno, i nati mediante il ricorso alla gestazione per altri sono oggi numerosi, sono già venuti alla luce e chiamano gli operatori del diritto ad interrogarsi sui loro diritti di persone umane, di figli, anche se per certi versi *sui generis*.

Ecco che dunque la Corte Costituzionale è stata chiamata ad individuare i parametri per la valutazione del *best interest of the child*, opinando se un nato da maternità surrogata vada per ciò stesso definito "figlio di nessuno" e pertanto dichiarato adottabile – nel rispetto dell'unico principio cardine in materia di genitorialità, ossia la verità biologica – oppure se sia meritevole di tutela uno *status filiationis* "sociale", in quanto instauratosi *de facto* attraverso legami affettivi con i genitori non biologici.

2. *Status filiationis e genitorialità alla luce dei principi fondamentali e della giurisprudenza nazionale ed europea*

Il caso di specie rievoca la difesa di non pochi principi di diritto, i quali rappresentano il nucleo più profondo che anima sia la nostra Carta Costituzionale, sia le più importanti Dichiarazioni internazionali dei diritti umani.

Ed invero, la Corte di Appello di Milano denuncia la violazione di almeno cinque parametri costituzionali: il diritto al nome ed alla identità personale (art. 2 Cost.), il diritto alla genitorialità sociale (artt. 30 e 31 Cost.) – quale corollario del principio di responsabilità genitoriale – ed il diritto alla vita familiare, sancito dall'art. 8 CEDU, quale parte integrante del nostro ordinamento ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.

Si ravvisa altresì la violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.) per via della discriminazione dei nati da maternità surrogata, rispetto ai nati da fecondazione eterologa.

Secondo il giudice rimettente questi ultimi godrebbero di uno *status filiationis* maggiormente protetto in virtù del fatto che l'art. 9 della l. n. 40 del 2004 esclude che il coniuge o il convivente, che abbiano acconsentito al ricorso a tali tecniche di

procreazione, possano promuovere l'azione di disconoscimento o impugnare il riconoscimento *ex art. 263 c.c.*

Peraltro l'art. 9, comma 3, della legge sulla PMA nega l'istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, con evidente superamento del principio del *favor veritatis*.

Orbene, riguardo al contrasto tra l'art. 263 c.c. e l'art. 2 Cost. si delineano due possibili orientamenti interpretativi: il primo – condiviso dal curatore del minore ed espressione di una giurisprudenza in verità ritenuta non più conforme all'attuale coscienza sociale¹² – esclude una contrapposizione tra *favor veritatis* e *favor minoris* e fa coincidere l'identità del minore con la sola discendenza genetica dello stesso.

Il secondo, invece, attribuisce all'identità personale un concetto dinamico e non cristallizzabile esclusivamente al momento del concepimento, sviluppandosi esso piuttosto nel corso dell'intero processo di crescita dell'individuo a motivo delle sue relazioni sociali, dell'appartenenza al luogo di nascita, della propria cultura e tradizione, nonché del tessuto familiare e della famiglia d'origine.

Così argomentando, prima di procedere alla rimozione di uno *status filiationis* “non veritiero” si renderebbe necessaria una maggior valorizzazione del concreto interesse del minore, nel presupposto che il criterio della verità biologica non sia affatto garanzia assoluta di tutela dell'identità del figlio. Per voler esplicitare, si pensi all'enorme danno che in un caso di maternità surrogata subirebbe un minore a seguito del disconoscimento di paternità del genitore surrogato, là dove quello biologico non fosse poi identificabile o, peggio ancora, rifiutasse a sua volta il riconoscimento del figlio.

In questo senso, la Corte di Cassazione ha recentemente colto i rischi del pericoloso impoverimento delle relazioni familiari che si cela dietro ad una rescissione dei legami familiari non avveduta ovvero frutto di automatismi decisionali.

La giurisprudenza di legittimità ha infatti riconosciuto la risarcibilità del danno arrecato dal padre al figlio a causa dell'esperimento dell'azione di cui all'art. 263 c.c., considerando che il fattore tempo incide fortemente sul consolidamento dell'identità personale e che, pertanto, «maggiore è il lasso di tempo intercorso tra il riconoscimento e l'impugnazione per difetto di veridicità, maggiore sarà la lesione che ne discende al diritto all'identità personale»¹³.

Accanto alla lesione del diritto all'identità personale, il giudice rimettente individua la violazione del diritto alla genitorialità sancito *ex artt. 30 e 31* della Costituzione e disciplinato dalla l. n. 219 del 2012.

¹² Cfr. Corte Cost., 22 aprile 1997, n. 112, in «Giurisprudenza costituzionale», 1997, 1073 ss.

¹³ Cfr. Cass. Civ., 31 luglio 2015, n. 16222, in «Diritto di famiglia e delle persone», I, 2016, 119.

La novella legislativa, infatti, sulla scia del Regolamento CE n. 2201/2003 – cd. Bruxelles II *bis* – ha introdotto il concetto di responsabilità genitoriale, definita come: «l'insieme dei diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore, riguardanti la persona o i beni di un minore»¹⁴ ed ha sancito la piena equiparazione tra figli naturali, legittimi e adottivi.

Ciò consente di sostenere che possa ricondursi all'alveo degli artt. 30 e 31 Cost. anche la tutela della genitorialità sociale ovvero il rapporto parentale privo di un fondamento biologico-genetico.

Infine, quanto alla violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. in riferimento all'art. 8 CEDU, la parte privata ravvisa la necessità di effettuare uno scrutinio individualizzato vertente sulle circostanze del caso concreto, al fine di disporre l'allontanamento del minore dalla coppia di genitori “non biologici”, se e solo se ciò sia l'unica via per evitare un pregiudizio grave ed irreparabile al minore stesso¹⁵.

La questione dell'opportunità o meno di tutelare in via prioritaria la verità nel rapporto di filiazione è stata oggetto di un ampio dibattito giurisprudenziale sia nazionale che sovranazionale.

Nelle prime pronunce italiane risalenti agli anni '90 la verità naturale è stata considerata l'unico principio idoneo a garantire l'esigenza di certezza formale dei legami familiari.

Le avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e l'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini hanno spinto i giudici della Consulta a porre fiducia esclusivamente sul dato scientifico. Conseguentemente non si individuava alcuna ragione di conflitto tra *favor veritatis* e *favor minoris*:

«[...] poiché anzi la verità biologica della procreazione si è ritenuta una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, riconoscendosi espressamente l'esigenza di garantire al figlio il diritto alla propria identità e precisamente all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico, rispetto al quale può recedere l'intangibilità dello status, allorché esso risulti privato del fondamento della presunta corrispondenza alla verità biologica»¹⁶.

Pur nella consapevolezza che il perseguimento del valore verità implichi talvolta il sacrificio della posizione familiare, affettiva e socio-economica acquisita *medio tempore* dal figlio, la Corte ha ritenuto opportuno per molto tempo di non mutare il proprio orientamento interpretativo sulla base del fatto che:

¹⁴ Cfr. art. 2, n. 7, Reg. CE, 27 novembre 2003, n. 2201.

¹⁵ È ormai pacifica l'irragionevolezza di automatismi decisorii applicati in materia di adozione di minori e, in tal senso, le prime pronunce si rinvengono con riferimento alla problematica dei rigidi limiti di età tra adottante e adottato; si veda tra tutte Corte Cost., 9 luglio 1999, n. 283, in «Corriere giuridico», 1999, 1167.

¹⁶ La prevalenza del principio del *favor veritatis* si individua nella pronuncia della Corte Cost., 22 aprile 1997, n. 112, in «Giurisprudenza costituzionale», 1997, 1073 ss.

«la sofferenza del figlio legittimo consapevole dell'apparenza solo formale del proprio status, contro la quale nessuno dei soggetti legittimati abbia reagito, non è meno grave e profonda rispetto a quella di chi sia posto innanzi alla verità della procreazione»¹⁷.

È stata per lo più l'influenza della giurisprudenza europea a condurre i giudici italiani a compiere un'inversione di tendenza, rivalutando la centralità che l'interesse concreto del minore deve assumere nelle decisioni in tema di riconoscimento della genitorialità.

Ed invero, nella sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2017 vengono richiamate le pronunce della Corte EDU rese nei casi *Paradiso e Campanelli contro Italia*¹⁸ e *Mennesson*¹⁹ e *Labassee*²⁰ contro Francia.

In entrambe le sentenze i giudici di Strasburgo hanno cristallizzato i criteri di quel delicato bilanciamento tra istanze di ordine pubblico (divieto di maternità surrogata nell'ordinamento francese)²¹ ed istanze di tutela del *best interest of the child*.

Infatti, pur nella consapevolezza di dover scongiurare un esercizio assoluto ed indiscriminato del diritto a diventare genitori con l'ausilio degli strumenti offerti dal progresso medico-scientifico, la Corte EDU ha sancito la necessità, dinanzi a casi di maternità surrogata, di disporre l'allontanamento del minore dal nucleo familiare già costituitosi, solo là dove sussista un concreto pericolo per l'integrità fisica o morale del medesimo ovvero in assenza di "*genuine personal ties*"²².

In particolare, i giudici di Strasburgo, nel ribadire che la scelta di vietare la metodica della maternità surrogata rientra nel libero margine di apprezzamento di cui ogni Stato gode, hanno precisato che quando l'interesse in gioco è anche l'interesse del minore quest'ultimo deve prevalere.

Sulla scia di quest'evoluzione giurisprudenziale la Consulta – abbandonata la rigidità di automatismi decisionali fondati sul principio di verità – coglie la necessità di operare sempre un bilanciamento tra l'esigenza di certezza formale delle relazioni parentali e l'intangibile scelta personale di voler formare una famiglia, indipendentemente dal dato genetico.

Più recentemente, la Corte ha richiamato l'istituto dell'adozione quale prova del giudizio di meritevolezza con cui il nostro ordinamento giuridico guarda alla genitorialità sociale, in quanto «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa»²³.

¹⁷ Così Corte Cost., 14 maggio 1999, n. 170, in «Giustizia costituzionale», 1, 1999, 919.

¹⁸ Per un'analisi sul caso *Paradiso Campanelli contro Italia*, tra tutti POLI 2017.

¹⁹ Cfr. Corte EDU, 26 giugno 2014, n. 65192/11, in «Foro italiano», 4, 2014, 561.

²⁰ Cfr. Corte EDU, 26 giugno 2014, n. 65941/11, in «Responsabilità Civile e Previdenza», 6, 2014, 2041.

²¹ Per approfondire il rapporto tra maternità surrogata e art. 8 CEDU, PIZZOLANTE 2018.

²² Così la Grande Chambre EDU, 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12, par. 148, ha indicato quali parametri rilevatori di un legame familiare "*non genuine*" l'instabilità del rapporto, la coabitazione di breve durata, l'assenza di vincoli giuridicamente formalizzati.

²³ Cfr. Corte. Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in «Rassegna di diritto farmaceutico», 4, 2014, 768 ss.

La questione che residua e che è affrontata nella pronuncia qui esaminata è allora tracciare in modo più netto i contorni dei parametri valutativi, con cui il giudice deve operare il bilanciamento tra gli interessi in gioco.

Si impone, dunque, la consapevolezza che né, da un lato, la libertà di procreare può essere esercitata senza limiti, né questi ultimi – per quanto fondati su condivisibili convincimenti di ordine etico – possono consistere in un divieto assoluto, salvo che esso sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale²⁴.

3. Il giudizio comparativo tra verità dello status e best interest del minore

Nella sentenza in oggetto, la Corte Costituzionale raccoglie certamente l'eredità delle numerose pronunce in cui il concreto interesse del minore è stato assunto a fondamento delle decisioni in materia di filiazione e quale valore fortemente radicato nell'ordinamento²⁵.

Tuttavia, i giudici della Consulta non possono trascurare la difficoltà di addivenire a chiare e pacifiche decisioni, là dove il legislatore abbia compiuto delle scelte che risultino piuttosto ondivaghe.

Accade infatti di trovarsi, talvolta, dinanzi ad una valutazione comparativa *ex lege* che sancisca la prevalenza assoluta dello *status filiationis* in assenza di legame biologico – come nel caso del divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa *ex art. 9 della l. n. 40 del 2004* – talaltra, dinanzi al divieto penalmente sanzionato di avanzare pretese genitoriali, se non suffragate dal dato genetico (divieto di maternità surrogata *ex art. 12 l. n. 40 del 2004*).

A tal proposito, osserva la Corte che l'innegabile presa d'atto del divieto di maternità surrogata nel nostro ordinamento non significa che l'interesse del minore vada trascurato nelle decisioni concrete.

Dall'altro lato, è vero anche che ammettere una valutazione del giudice alla luce dell'interesse del minore non debba per forza tradursi in un'automatica cancellazione dell'esigenza di verità nei rapporti parentali.

Pertanto, è proprio alla luce dei principi fondamentali sottesi (art. 2 Cost., artt. 30-31 Cost., art. 117 Cost., art. 8 CEDU) che si rende opportuno un giudizio comparativo, in quanto la rilevanza costituzionale delle due variabili – verità e *best interest* del minore – rifugge dalla «rigida alternativa vero o falso»²⁶.

²⁴ GALLO 2016.

²⁵ Cfr. Corte Cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in «Giustizia civile», 3, 2012, 591.

²⁶ Così si esprime Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in «Rivista di Diritto Internazionale», 2, 2018, 632.

La sentenza chiarisce anche l'ambito dell'indagine comparativa cui è chiamato il giudice: anzitutto occorre individuare se nel caso specifico debba prevalere l'interesse alla verità – sollevato da chi impugna il riconoscimento del figlio da parte del genitore surrogato – o l'interesse del minore a conservare lo *status* ormai acquisito.

A sua volta, per risolvere tale quesito occorre chiedersi se l'azione di cui all'art. 263 c.c. sia idonea a realizzare l'interesse che si intende prevalente.

Quest'ultimo risulta essere uno snodo fondamentale nel ragionamento valutativo, poiché scongiura decisioni frutto di mere questioni di principio, spostando l'attenzione sui risvolti pratici e consequenziali dell'azione processuale.

Occorre, quindi, chiedersi: veramente il diritto del minore alla identità personale ed alla conoscenza delle origini passa necessariamente dall'azione di disconoscimento del rapporto parentale con i genitori surrogati?

Altrimenti detto, l'art. 263 c.c. servirebbe a far riaffiorare il veridico/biologico rapporto parentale? È reale il rischio che – davanti all'impossibilità di individuare il donatore del gamete o a causa della rinuncia della gestante ai suoi diritti sul bambino che ha partorito – il figlio resti comunque privo del genitore biologico e l'azione di disconoscimento sia utilizzata come strumento per inserire il minore abbandonato in una nuova famiglia (adottiva)?

E a questo punto, trattandosi di affidare il minore ad una famiglia comunque adottiva, siamo certi che il *best interest* non sia restare nel contesto familiare (genitori surrogati) in cui è già stato accolto?

Coglie nel segno, dunque, la Corte quando impone al giudice di indagare la rispondenza tra effetti dell'azione processuale di cui all'art. 263 c.c. ed interesse concretamente perseguito, poiché questa è l'unica via percorribile, se non si vuole correre il rischio di una cura peggiore del male.

La sentenza, pertanto, indica alcuni parametri sulla base dei quali il giudice dovrà orientare la propria decisione, nella formulazione di un ragionevole giudizio di bilanciamento.

Ed invero, secondo la Corte vanno sicuramente considerate le modalità del concepimento e della gestazione. Ed infatti un conto è la maternità surrogata “parziale” – là dove l'ovulo fecondato appartiene alla stessa donna che porterà a termine la gravidanza – un conto è quella totale, ove il figlio è concepito mediante l'unione dei gameti dei genitori surrogati, ma non ha alcun legame genetico con la donna gestante.

In quest'ultima ipotesi, si realizza una metodica procreativa più vicina a quella della fecondazione medicalmente assistita (omologa) e ciò potrebbe spingere il giudice a voler preservare il rapporto instauratosi tra minore e genitori committenti.

Il parametro che tuttavia appare come decisivo, poiché suscettibile di rivelare la *ratio* sottesa al percorso logico-argomentativo della Corte, è quello della durata del

rapporto di fatto instauratosi tra genitori surrogati e minore, inteso come sintomatico di una probabile «condizione identitaria già acquisita»²⁷.

Va da sé che in presenza di relazioni familiari consolidate e durature, se l'ambiente familiare in tutte le sue declinazioni – economiche, affettive, educative e culturali – è funzionale al sereno sviluppo della personalità del minore ed alla garanzia dei diritti/interessi che il nostro ordinamento riconosce, non vi sarebbe ragione di voler dichiarare adottabile il figlio, per una presunzione assoluta di non idoneità dei genitori surrogati.

Ciò nonostante, il giudizio della Consulta termina con un chiaro *revirement*, mediante il quale essa rimarca l'insopprimibile spazio che nella valutazione comparativa deve attribuirsi all'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale».

A questo punto, per comprendere appieno la portata della pronuncia, residua il seguente interrogativo: questa decisione segna una svolta nella difficile riflessione sui nati da maternità surrogata o, piuttosto, essa è il frutto di un'abile manovra di aggiramento del problema, nella volontà di limitarsi a dettare i criteri per la risoluzione di un quesito meramente tecnico (l'azione demolitoria di stato *ex art. 263 c.c.*), evitando vere e proprie aperture giuridiche o giudizi di ordine etico?

Indubbiamente la Corte, al netto delle dichiarazioni di intento iniziali – volte ad espungere dal *thema decidendum* la questione della maternità surrogata *sic et simpliciter* e a circoscrivere il giudizio al problema della ricerca del concreto interesse del minore – ha ribaltato la prospettiva, ponendosi in una posizione di forte censura e rimarcando le inevitabili ripercussioni che l'illiceità della metodica procreativa comporta.

La conclusione del percorso argomentativo presenta dunque una certa incoerenza, se non altro per il fatto di offrire al giudice numerosi strumenti argomentativi a tutela dei nati da maternità surrogata, indicando però, al contempo, il disvalore della maternità surrogata stessa quale parametro del giudizio di bilanciamento.

Il discorso sembra allora tornare al punto di partenza: può il giudice italiano tutelare i minori nati all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata o il disvalore di tale metodica (vietata *ex art. 12, comma 6, l. n. 40/2004*) prevale anche sulle garanzie che l'ordinamento riconosce per i minori?

4. Rilievi critici, prospettive future e questioni irrisolte: *mater semper certa est?*

L'atteggiamento ondivago della Corte Costituzionale suggerisce diversi spunti di riflessione critica.

²⁷ Merita approfondimento l'analisi sul bilanciamento principio di verità e interesse del minore di MATUCCI 2018.

Il primo dato da osservare è la scelta di aver optato per una sentenza interpretativa di rigetto, la quale qualifica come infondata la questione di legittimità costituzionale e afferma che non vi è lesione dei principi costituzionali in una norma (l'art. 263 c.c.) che ammette l'impugnazione del riconoscimento del figlio nato per surrogazione di maternità, poiché in questa ipotesi non vi è legame biologico tra la madre committente ed il figlio.

Più precisamente, la Corte formula una sentenza interpretativa (di rigetto) di principio, con la quale dichiara la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale e, tuttavia, non attribuisce alla disposizione censurata il significato conforme alla Costituzione, bensì enuncia un principio al quale il giudice *a quo* dovrebbe richiamarsi, affinché la disposizione stessa sia interpretata correttamente.

Nel caso di specie, dunque, si afferma che l'azione di disconoscimento per difetto di veridicità non è lesiva dei principi costituzionali e, tuttavia, innanzi all'ipotesi di un minore nato mediante maternità surrogata, il principio di verità va temperato con il principio del concreto interesse del minore.

Di conseguenza, non va rimosso il legame parentale genitore surrogato/figlio là dove il *best interest* prevalente risulti quello di preservare la relazione affettivo/familiare già instauratasi tra i soggetti interessati.

Ciò che ha indotto alcuni a leggere nella sentenza una «elegante scappatoia con l'onore delle armi»²⁸, è il fatto di aver attribuito al giudice una piena discrezionalità decisionale, onde poter garantire al meglio la realizzazione del concreto interesse del minore, non rinunciando però a bilanciare detto interesse con il principio di verità.

Ebbene, è proprio quest'ultimo ad essere, dal punto di vista logico-deduttivo, non perfettamente in linea con il percorso motivazionale della pronuncia.

Ed invero, se si guarda alla questione empirica che il giudice *a quo* è tenuto a risolvere, emergono due alternative: accertare lo stato di abbandono del minore, in quanto privo di un legame biologico con i genitori surrogati, e conseguentemente dichiarare lo stato di adottabilità del medesimo oppure reputare prevalente l'interesse concreto del minore al mantenimento del legame affettivo già maturato nei confronti dei genitori stessi.

Orbene, che si opti per l'una o per l'altra soluzione, comunque il bambino sarà concretamente destinato a crescere nel contesto di una famiglia "adottiva", relazionandosi con dei genitori privi di legami biologici con il medesimo.

Non si comprende *a fortiori* perché la Corte Costituzionale perseveri nell'impostare la sua argomentazione lungo l'alternativa "principio di verità/interesse concreto del minore".

²⁸ L'espressione è di ZANASI, FIGONE 2018.

È infatti di palmare evidenza che l'azione di disconoscimento di cui all'art. 263 c.c. non è uno strumento idoneo ad assicurare la realizzazione del principio di verità, poiché, quand'anche il giudice del caso concreto reputasse prevalente il principio di verità, non si procederebbe comunque ad un ricongiungimento del bambino con la madre che lo ha partorito.

Ma vi è più.

Compiendo un ulteriore passaggio logico, si può affermare che l'interrogativo troncante in materia di tutela dei nati da maternità surrogata non ruoti più attorno alla dicotomia verità di parto/interesse concreto, quanto attorno alla possibilità – previa interpretazione analogica dell'art. 44, l. n. 184/83 – di sussumere il rapporto genitori surrogati/minore sotto lo schema normativo della famiglia adottiva.

In altre parole, decidere di continuare ad affidare il minore alle cure dei genitori surrogati risponderebbe alla *ratio* sottesa alla fattispecie “adozione in casi particolari”?

In caso di risposta affermativa, evidentemente non avrebbe più senso decidere di allontanare automaticamente il minore dal contesto “adottivo” in cui si sta già relazionando, a meno che non si voglia asservire l'istituto della adozione a logiche giustizialiste (che non gli sono proprie!), volendo cioè punire i genitori per il fatto di essere ricorsi alla maternità surrogata all'estero.

Ed invero, a fronte di un recente orientamento giurisprudenziale, la strada dell'analogia tra adozione in casi particolari e relazione parentale genitore surrogato/figlio non appare poi così peregrina.

Infatti, la Cassazione ha recentemente affermato che l'adozione di cui all'art. 44, l. n. 184/83:

«integra una clausola di chiusura del sistema, intesa a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando, come elemento caratterizzante del concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono cura»²⁹.

E dunque, trasponendo siffatto pensiero alla motivazione della sentenza presa in esame, non è forse innegabile che la Corte Costituzionale, nell'indicare il parametro del *best interest of the child* per scongiurare un'automatica ed indiscriminata applicazione dell'art. 263 c.c. a tutti i casi di maternità surrogata, abbia inteso salvaguardare l'interesse concreto del minore alla continuità affettiva ed educativa della relazione con i genitori surrogati, sì come accade nelle ipotesi di adozione di cui all'art. 44, l. n. 184/83?

Sembra, pertanto, che la Consulta abbia già, suo malgrado, allargato le maglie dell'interpretazione dei casi di adozione cd. “particolare”, aprendo la strada a

²⁹ Cfr. Cass. Civ., 22 giugno 2016, n. 12962, in «Ricerche Giuridiche», 5, 2, 2016, 349 ss.

nuove future prospettive di valorizzazione dei rapporti parentali sorti a seguito del ricorso alla metodica della surrogazione di maternità.

Dall'altro lato, è chiaro però che l'oscillazione argomentativa, unita al giudizio di forte censura, nonché al sovente riferimento al principio di verità, rischia se non di svuotare, quanto meno di rendere precarie le affermazioni di principio poste a tutela dei nati da maternità surrogata.

Si potrebbe osservare che, nell'intento di riuscire a districarsi nel tortuoso percorso che porta alla tutela dei nati mediante *surrogacy*, in un ordinamento che tuttavia punisce l'attuazione di tale pratica, la Corte si sia pronunciata secondo lo stile del "minimalismo interpretativo"³⁰.

Partendo dal presupposto che la Costituzione nasce come risposta ai conflitti generati dal pluralismo, ma allo stesso tempo essa deve rispondere all'esigenza di preservare quest'ultimo evitando la soppressione del dissenso, il minimalismo interpretativo

«Plaude alla pazienza, alla moderazione e al compromesso nei casi difficili e privilegia argomenti circoscritti e superficiali. La Corte dovrebbe astenersi da teorie più ampie e modificare indirizzi consolidati solo con estrema cautela (*evitando di*) ingenerare conflitti sociali con sentenze troppo audaci»³¹.

In ogni caso, quello che qui si vuole sostenere non è certamente un giudizio di approvazione *tout court* per quella che è una modalità procreativa fortemente discutibile e perpetuata, in taluni contesti, in condizioni di degrado sociale ed in violazione della dignità della donna e del bambino.

Si vuole sottolineare piuttosto che sarebbe stato più opportuno mantenere una netta separazione tra il piano del giudizio (censura) sulla maternità surrogata, da quello della tutela dei nati mediante tale pratica: i genitori committenti, infatti, pongono in essere un comportamento punito nel nostro ordinamento da un precetto penale; i figli, invece, sono del tutto estranei alla illiceità della vicenda e, pertanto, è auspicabile che non patiscano alcun riverbero giuridico/sociale, bensì godano della miglior tutela che uno Stato di diritto deve loro garantire.

Quanto alle prospettive *de iure condendo* emerge un dato: l'inserimento del divieto di maternità surrogata nel testo della legge sulla PMA non si è rivelata una strategia utile a scongiurare il rischio che nascano comunque figli mediante il ricorso a tale metodica.

³⁰ La tesi del minimalismo interpretativo per la risoluzione dei conflitti costituzionali nascenti dal pluralismo è proposta da SUNSTEIN 2001.

³¹ Sul punto si distingue per completezza ed efficacia la disamina del costituzionalismo americano di CORSO 2016.

Piuttosto, l'origine degli aspetti patologici e censurabili, ossia la mercificazione e l'esercizio di un potere sul corpo della donna, va ricercata nella medicalizzazione e nell'intermediazione in materia di gestazione per altri³².

Invero, l'immoralità del *business* che ruota attorno ai nati da maternità surrogata è cresciuta parimenti al diffondersi di cliniche specializzate, professionisti del settore sanitario e agenzie private di intermediazione, disposte a lucrare nell'offerta di assistenza alle coppie che accedono a quella che, di fatto, è una *species* del *genus* fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologa.

La maternità surrogata, così come oggi è praticata, si ricollega quindi a quella logica del "biopotere" verso la quale già Foucault aveva manifestato non poca preoccupazione, soprattutto a ragione dei possibili (oggi largamente diffusi) usi economici della genetica³³.

Di ben diverso tenore sarebbe il discorso se si parlasse della cd. "surrogazione di prossimità" ovvero della gestazione per altri realizzata senza intermediazione alcuna, senza lucro ovvero con il diretto coinvolgimento – secondo uno spirito solidaristico o nella logica del dono – di relazioni affettive, amicizie o vicinanze.

Ed invero, secondo il pensiero di Rodotà la sottrazione di alcuni beni dal regime di mercato (beni quali ad esempio la maternità) dovrebbe avvenire in nome del supremo ed inderogabile dovere di solidarietà, che andrebbe tuttavia inteso non solo come fonte di doveri, ma anche come espressione dell'esercizio di facoltà e libertà ovvero di autonomia³⁴.

L'argomento può sembrare accattivante, pur tuttavia sono altrettanto condivisibili i timori di quella dottrina che, sulla base del fatto che l'art. 2 Cost. definisce la solidarietà come "dovere inderogabile", ritiene pericoloso farne discendere l'esercizio delle libertà, a causa della

«dipendenza assiologica dei diritti nei confronti dei doveri (anziché una loro più "neutra" interdipendenza), ripercorrendo a ritroso il faticoso cammino che ha portato [...] dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti. L'esito è, in altre parole, la funzionalizzazione dei diritti in senso sociale»³⁵.

Riflettendo, invece, sul dato che ad oggi nessuna legge può impedire ad una donna di decidere di concepire un figlio, come pure di scegliere di restare nell'anonimato

³² È questo l'autorevole pensiero di ANGELINI 2018.

³³ Sul tema del rapporto tra diritto, biopotere ed il pensiero di Foucault si veda anche BRIGAGLIA 2016, 441 ss.

³⁴ RODOTÀ 2006, 280 ss.

³⁵ Così opinando, ritiene più pertinente, come limite all'autonomia privata, il concetto di dignità e libertà umana PINO 2007, 207.

dopo il parto³⁶, qualche autore³⁷, in una prospettiva femminista, sostiene che la strada più ragionevole per assicurare una tutela ai nati da maternità surrogata non sia il proibizionismo, bensì la regolamentazione.

In risposta agli argomenti degli oppositori – mercificazione dei bambini, sfruttamento del corpo e talvolta delle condizioni di indigenza della donna – tale orientamento include la maternità surrogata tra i contratti (leciti) aventi ad oggetto la vendita di servizi riproduttivi, alla stregua dei contratti di vendita di servizi sessuali (quali ad esempio la prostituzione).

Ed infatti, si ritiene che i *surrogacy contracts* consentirebbero ai genitori committenti di acquistare il diritto di accesso al corpo della donna gestante – e per questo l’oggetto dello scambio economico non sarebbe più il bambino, bensì il “servizio di gestazione” – mentre permetterebbero alla gestante di cedere, a titolo oneroso, l’insieme dei diritti, doveri e responsabilità che essa vanterebbe nei confronti del nascituro.

Per una parte della letteratura femminista, pertanto, rinunciare a pagamento ai propri diritti di madre non costituisce un atto di vendita, nella misura in cui una madre, non essendo la “proprietaria” dei propri figli, non può nemmeno disporre di essi mediante la vendita.

Dunque se è in gioco una mera rinuncia e non un atto di vendita, il bambino non sarebbe affatto una merce.

Si ritiene altresì infondata la paura dello sfruttamento del corpo della donna, in quanto la madre agirebbe in forza di un atto di autodeterminazione inviolabile.

D’altra parte, si argomenta che sebbene sia innegabile che la gravidanza costituisca comunque un potenziale rischio per la donna, per via non solo del parto, ma anche degli effetti della gestazione su molte funzioni del corpo (cardiovascolari, digestive, muscolari, urinarie, psicologiche), è pur sempre vero che una gravidanza non è in fondo tanto più impegnativa di molte altre attività in cui le persone si cimentano a pagamento (il riferimento va dal lavoro in fabbrica per diverse ore al giorno, allo svolgimento di lavori pericolosi come quelli in miniera o a quelli svolti in condizioni di vita “estreme”, come quelle delle astronave nelle navicelle spaziali, in assenza di gravità).

A rendere legalmente validi tali contratti, sarebbe pertanto l’annullabilità del contratto, che offrirebbe alla donna partoriente la *chance* di poter tenere il bambino dopo il parto, previa rinuncia al compenso economico.

³⁶ Riflettendo sul legame tra surrogazione di maternità e legge n. 40 del 2004, reputa giusto il divieto della pratica, ma errata la sua collocazione (quale sottospecie della fecondazione eterologa) all’interno della legge sulla PMA ancora ANGELINI 2018.

³⁷ Per una ricostruzione sistematica di quel pensiero femminista che sostiene la validità dei contratti di maternità surrogata, FABRE 2006.

L'interrogativo che allora si impone è il seguente: davvero la dignità umana (dell'essere donna, genitore o figlio) può dirsi tutelata da una mera regolamentazione contrattuale e si esaurisce così nella opportunità delle parti di esercitare una libertà negativa ovvero sciogliersi da un'obbligazione contrattuale?

La risposta non può che essere negativa e le ragioni sono molteplici: *in primis* il solo diritto di recesso contrattuale non esclude affatto che l'accordo abbia natura transattiva e non nega la mercificazione della maternità.

Si esprime in questi termini un'altra esponente del femminismo, la quale intravede nella surrogazione di maternità l'ennesima espressione di un deprecabile dominio patriarcale, il quale – secondo una ideologia da “*Test-Tube Women*” – disprezza le donne che non riescono a riprodursi ed invidia, al contempo, il potere di generare nuova vita che loro appartiene, tentando a tutti i costi di gestirlo e manipolarlo. Tutto ciò implica che

«[...] Le nuove tecnologie riproduttive sono utilizzate per “fare a pezzi” letteralmente donne ancora vive, riducendoci a ovuli e uteri, trattandoci con pericolosi cocktail ormonali invasivi e, nella surrogazione di maternità, manipolarci psicologicamente per credere al mito che la gestazione di un bambino senza una connessione genetica non ci farà sentire alcun attaccamento, e che quindi questi bambini “surrogati” non sono i nostri figli veri»³⁸.

Non convince, peraltro, l'opinione di chi ritiene insussistente il rischio di una compravendita dei figli per il fatto che i genitori committenti si prendono amorevolmente cura del bambino. Secondo tale prospettiva, vi sarebbe mercificazione solo nel caso in cui i genitori, ad esempio, rivendessero il bambino al miglior offerente o decidessero di disfarsi di lui, una volta appurato che egli non ha soddisfatto le loro aspettative³⁹.

Ed invero, la commercializzazione ha certamente come suo apice la tratta degli esseri umani, ma non si esaurisce in essa; pur senza giungere a compiere atti quali la vendita di un minore “al migliore offerente”, vi è mercificazione già nel fatto di acquistare a pagamento la rinuncia di un'altra donna ai diritti che per natura dovrebbero esserle riconosciuti nei confronti del frutto del suo grembo. È altresì mercificazione considerare la gravidanza alla stessa stregua di un servizio o di un qualsiasi altro lavoro “faticoso o rischioso” (come il lavoro in fabbrica) suscettibile di retribuzione. È sempre mercificazione guardare alla genitorialità come uno strumento di personale benessere per una “vita appagante”, un servizio che ognuno

³⁸ Per ulteriori approfondimenti sul pensiero del femminismo che si oppone alla maternità surrogata, qualificandola come una violazione dei diritti umani, KLEIN 2017; cfr. WIKLER 1986, 1043 ss.

³⁹ FABRE 2016, cap. 8.

deve poter acquistare come soluzione per superare disagi psicologici, depressioni o rotture della vita coniugale⁴⁰.

Pur senza voler ignorare la sofferenza che l'infertilità può arrecare ad una coppia, non può non considerarsi che in materia di procreazione il punto di vista è e deve restare biunivoco, coinvolgendo i genitori da un lato, e il nascituro dall'altro.

Ed allora, il diritto alla genitorialità deve accompagnarsi alla responsabilità genitoriale che, a sua volta, passa necessariamente dal dovere di riconoscere al figlio il suo valore intrinseco di persona, nel suo aspetto più assoluto e finalistico.

Questa la ragione per cui autorevoli autrici di ispirazione femminista reputano necessaria la risoluzione delle controversie in materia di maternità surrogata all'insegna del pragmatismo, partendo dunque dal caso concreto e da soluzioni individualizzate, nel tentativo di trovare quel difficile bilanciamento tra contrastanti obiettivi⁴¹.

Il carattere multifattoriale della maternità surrogata – la *Double Bind of Surrogacy* – implica che, qualunque sia il punto di vista condiviso (rifiuto della pratica o legittimazione), vi saranno sempre dei vantaggi e degli svantaggi.

Decidere per l'inammissibilità *tout court* degli accordi significa negare alle donne la protezione legale offerta da uno strumento contrattuale, che regoli appositamente tutte le dinamiche sottese e, infatti, la mancata regolamentazione costringerebbe soprattutto le donne disagiate ad impattarsi con la sottovalutazione del loro “servizio riproduttivo”.

D'altro canto, legalizzare i contratti di maternità vorrebbe dire accettare che un aspetto essenziale dell'essere donna – la maternità – divenga qualcosa di fungibile e disciplinato dalle logiche di mercato⁴².

Ad ogni modo, non si dovrebbe mai dimenticare che l'ineliminabile funzione del diritto è proprio quella di valutare a monte preferenze e desideri, prima ancora di avanzare riflessioni sulle conseguenze e sugli svantaggi che conseguono alla legalizzazione di un determinato comportamento.

Sarebbe un errore giuridico concludere che la maternità surrogata vada sempre tutelata o che un figlio vada sempre e solo affidato, secondo un giudizio sentimentalista, a coloro che lo hanno maggiormente “desiderato”, in quanto:

⁴⁰ In questa prospettiva, FABRE 2016, cap. 8 osserva: «Now, parenting is one of the most important, most fulfilling conceptions of the good life individuals may have; it is also one of the hardest to have to abandon in the face of enduring infertility. The emotional and psychological difficulties experienced by many individuals and couples who cannot have the children they want are well known, ranging from marital breakdown and loss of self-respect to severe clinical depression».

⁴¹ È senza dubbio interessante l'applicazione del pensiero femminista alla problematica della surrogazione di maternità, secondo i quattro approcci – uguaglianza formale, approccio del predominio, edonista e pragmatico – la ricostruzione del pensiero femminista – declinati da BECKER 1993, 303.

⁴² BECKER 1993.

«Non si può ridurre il diritto a semplice regolatore del traffico dei desideri. Non si può chiedere al diritto di diventare uno strumento docile a tutti i nostri desideri e alle nostre preferenze e (solo) gli esiti di questo scrutinio possono condurre a concedere a questi desideri lo status di veri e propri diritti soggettivi [...] oppure respingerli nel campo dell'illecito»⁴³.

Volendo trarre le conclusioni delle riflessioni sin qui espresse, sembra anzitutto che la questione della tutela dei nati da maternità surrogata, seppur valutata sotto prospettive ideologiche profondamente differenti, non si presti ad assolute e definitive soluzioni di principio.

In secondo luogo, anche declinando come parametro di riferimento quello del *best interest of the child*, non è facile esprimere in termini astratti un concetto che è per natura polivalente, ragion per cui – riallacciandoci al pensiero della Corte Costituzionale – il giudizio deve orientarsi in un bilanciamento il più possibile pragmatico ed individualizzato, senza automatismi decisionali.

Per contestualizzare meglio, si può auspicare che l'affidamento del minore alla cura dei genitori surrogati avvenga solo là dove gli stessi risultino idonei alla luce degli accertamenti dei servizi sociali e secondo i criteri di cui all'art. 57 della l. n. 184/83 (criteri per le adozioni in casi particolari), quali l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare, la personalità del minore, la possibilità di idonea convivenza ed infine i motivi che hanno spinto gli adottanti (i genitori surrogati) a ricorrere alla maternità surrogata.

Si potrebbe dire che una simile scelta giuridica nasconda quell'esigenza – condivisa da molti autori – di un ritorno della ragionevolezza quale nuova espressione della legge naturale⁴⁴ ovvero, per citare il pensiero di Tommaso, quell'esigenza di fedeltà all'ordine della ragione, come strada sicura per raggiungere il bene umano.

Ed invero, è proprio su questioni bioetiche come quella esaminata, che ancora oggi vale la pena di accostare al concetto di dignità umana il noto imperativo kantiano: «agisci in modo da considerare l'umanità, sia nella tua come nella altrui persona, sempre come fine e mai come semplice mezzo».

⁴³ Per una riflessione che risalga alla radice del problema, a partire da uno dei primi e più noti casi giudiziari – il caso Baby M. (1986 - USA) – VIOLA 1997, 24.

⁴⁴ In questo senso, si ritiene efficace una risposta ai quesiti etici e bioetici che, senza incorrere nell'accusa di fallacia naturalistica, sia fondata proprio sui principi della ragion pratica, in VIOLA 2011, 41 ss.

Riferimenti bibliografici

- ANGELINI F. 2018. *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte Costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in «Costituzionalismo», 2, 2018, disponibile in: <http://www.costituzionalismo.it> (consultato il 7 maggio 2018).
- ATTIANESE L. 2017. *Il nuovo boom dell'utero in affitto*, disponibile in: <http://www.ansa.it> (consultato il 27 aprile 2017).
- BECKER M. 1993. *Four Feminist Theoretical Approaches and the Double Bind of Surrogacy*, in «Chicago Rent-Law Review», 69, 1993, 303 ss.
- BINDEL J. 2015. *Surrogacy and gay couples*, disponibile in: <http://www.newfeminism.com> (consultato il 28 giugno 2018).
- BRIGAGLIA M. 2016. *Diritto, normalizzazione, bio-potere: Michel Foucault*, in BONGIOVANNI G.P. (ed.), *Che cos'è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Torino, Giappichelli, 2016, 441 ss.
- CHINI C. 2016. *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del danno e preminente interesse del minore*, in «Bio-Law Journal - Rivista di BioDiritto», 2016, 1, 173 ss.
- CORSO L. 2016. *I due volti del diritto. Élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, Torino, Giappichelli, 2016.
- CORTI I. 2000. *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè, 2000.
- FABRE C. 2006. *Whose body is it anyway? Justice and the Integrity of the Person*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- GALLO C.E. 2016. *La sentenza della Corte Costituzionale 10 giugno 2014, n. 162 alla luce dei principi costituzionali*, disponibile in «Bioetica News Torino», 4, V, 2016, 10 ss.
- KLEIN R. 2017. *Surrogacy: A Human Rights Violation*, North Geelong, Spinifex Press, 2017.
- MARINI L., APREA I. 2016. *Forme di maternità e desiderio di genitorialità: la "maternità surrogata" nei documenti del CNB e del Consiglio d'Europa*, in «Ordine internazionale e diritti umani», 2016, 469 ss.
- MASTROIANNI IANNI R. 2015. *La surrogazione di maternità: una questione controversa*, in «Tigor - Rivista di scienze della comunicazione argomentazione giuridica», 7, 1, 2015, 103 ss.
- MATUCCI G. 2018. *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 2, 2018, 1 ss.
- PINO G. 2007. *Tra diritto e non diritto*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 1, 1, 2007, 207 ss.

- PIZZO A. 2006. *Una questione bioetica: la maternità surrogata. Problematica e prospettive*, in «Dialegesthai», 2006, 4 ss.
- PIZZOLANTE G. 2018. *La Grande Camera di Strasburgo ritorna sulla maternità surrogata*, disponibile in: <http://www.ilfamiliarista.it> (consultato il 28 giugno 2018).
- POLI L. 2017. *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso Campanelli*, disponibile in: <http://www.sidiblog.org> (consultato il 15 aprile 2018).
- RODOTÀ S. 2006. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006.
- RUSSA R., CAMPOLONGO A.A., VIOLA R.V., GATTO V., SCOPETTI M., SANTURRO A., LASCIO C., TURILLAZZI E., FRATI P. 2017. *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizionistiche e liberali*, in «Responsabilità civile e previdenza», 82, 2, 2017, 1 ss.
- SUNSTEIN C.R. 2001. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard, Harvard University Press, 2001.
- TONOLO S. 2017. *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in «Rivista di diritto internazionale», 100, 2017, 1070 ss.
- VARANO C. 2017. *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, in «Famiglia e diritto», 8-9, 2017, 825 ss.
- VIOLA F. 1997. *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Bari, Laterza, 1997.
- VIOLA F. 2011. *Una nuova teoria della legge naturale*, in GEORGE R.P. (ed.), *Il diritto naturale nell'età del pluralismo*, Torino, Lindau, 2011, 41 ss.
- WIKLER N.J. 1986. *Society's Response to the New Reproductive Technologies: The Feminist Perspectives*, in «Southern California Law Review», 59, 5, 1986, 1043 ss.
- ZANASI F., FIGONE A. 2018. *Corte Costituzionale 18.12.2017 n. 272: quando l'infondatezza è una vittoria*, disponibile in: <http://www.personaedanno.it> (consultato il 4 maggio 2018).